

Jurisprudence

Revue critique

SOMMAIRE

SÉMINAIRE

THÉORIES DU DROIT, THÉORIES DE LA JUSTICE – RUPTURE OU DIALOGUE?	7
--	---

ACTES DU SÉMINAIRE

AIX-EN-PROVENCE, 16 SEPTEMBRE 2011	9
--	---

Présentation

Sébastien PIMONT	11
------------------------	----

Le déclin de l'argument de justice

Christian ATIAS	15
-----------------------	----

Re-penser le rationalisme dans son rapport à la justice

Simone GOYARD-FABRE.....	29
--------------------------	----

Appréhender le phénomène juridique à l'aune de la justice : l'autre versant du dialogue philosophique

Alain SÉRIAUX	41
---------------------	----

Les théories de la justice vues par un économiste. De « l'économie du bien-être » au « post-welfarisme » contemporain

Claude GAMEL	47
--------------------	----

Pour une théorie impure du droit? La déconstruction, entre interprétation et politique

Julie SAADA.....	63
------------------	----

CONTRIBUTIONS

THÉORIES DU DROIT, THÉORIES DE LA JUSTICE – RUPTURE OU DIALOGUE?	79
--	----

La balance de la justice et le système des poids et mesures

Ricardo A. GUIBOURG	81
---------------------------	----

Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice

Frédéric ROUVIÈRE	89
-------------------------	----

<i>À propos de la Justice sociale : de Nancy Fraser à Axel Honneth</i> Geneviève PIGNARRE	101
CHRONIQUE DES IDÉES	113
<i>De la permanence de l'État à sa déréliction : L'exercice de l'État de Pierre Schoeller (France, 2011)</i> Magalie FLORES-LONJOU et Lionel MINIATO	115
<i>Les Kāmasūtra comme une porte d'entrée dans le droit hindou ancien ?</i> Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ	127
<i>Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion</i> Jean-François DREUILLE.....	149
VARIA	167
<i>Droit et développement, essai d'analyse critique</i> Renaud BEAUCHARD.....	169
<i>La possibilité d'une contre-théorie du contrat</i> Vincent FORRAY.....	191
<i>L'histoire du droit est-elle soluble dans l'archéologie du savoir ?</i> <i>Une rétrospective sur les émotions et les indifférences suscitées par Michel Foucault</i> Sacha RAOULT	217

SÉMINAIRE

THÉORIES DU DROIT, THÉORIES DE LA JUSTICE – RUPTURE OU DIALOGUE ?

ACTES DU SÉMINAIRE
AIX-EN-PROVENCE, 16 SEPTEMBRE 2011

PRÉSENTATION

SÉBASTIEN PIMONT*

Le colloque dont nous publions les actes dans les pages qui suivent a été organisé au début du mois de septembre 2011 par le *Centre de théorie du droit de la Faculté de droit de l'Université d'Aix-Marseille III* dirigé par Jean-Yves Cherot. Il doit beaucoup au travail de notre collègue et ami Frédéric Rouvière, véritable cheville ouvrière de cette manifestation. Ce colloque est le troisième initié par *Jurisprudence Revue Critique*. Il porte sur le thème des ruptures et des dialogues entre les théories du droit et celles de la justice. Ce qui appelle quelques mots d'explications.

Savoir, droit et justice

Une idée banale voudrait que le savoir des juristes n'ait presque rien à voir avec la justice. Cette idée, discutable, nous le verrons, est pourtant l'une de celle que nos enseignements colportent. Les introductions à l'étude du droit n'ont ainsi pas la justice pour objet. Parfois, le mot même de « justice » est exclu de leur table des matières ou plus étonnamment, de leur index. Et dans les salles de classe, nous sommes nombreux à professer que les solutions justes sont (souvent) juridiquement fausses, que le

droit ne doit pas être confondu avec la justice, pas plus qu'il ne doit l'être avec la morale. Bien sûr, une telle relégation de la justice hors des amphithéâtres s'explique. Elle est souvent la marque d'un « positivisme de métier », le fruit d'un légalisme ordinaire. Des *principes* la soutiennent aussi, un *credo* moderne l'accompagne et une *théorie du droit* (théorie de la connaissance du droit ; théorie de la science du droit) la renforcent¹.

Bref, aux âges modernes, le divorce entre la justice et le droit est consommé. Et pourtant, le désintérêt des juristes pour la justice demeure troublant. Il faut dire que nos pères l'ont jalousement étudiée. Eux qui, dans ce monde sublunaire, se pensaient comptables de son application². Il faut bien aussi constater qu'une telle question passionne encore³. Et que d'autres : philosophes, politistes,

1 Voyez par exemple H. Kelsen, *Qu'est-ce que la justice?*, Préface V. Lasserre, Éditions Markus Haller, 2012

2 Voyez notamment Ph. Remy, « Les civilistes français vont-ils disparaître? », *Jurisprudence Revue Critique*, 2010, p. 15

3 Ainsi, chacun a sans doute en mémoire les importantes discussions qui ont accompagné la publication en France de l'ouvrage de Amartya Sen, *L'idée de justice*, Flammarion, 2009 – à propos duquel voyez notamment L. Fontaine, « La justice sociale selon Amartya Sen », *Esprit*, octobre 2010, p. 145 s.

* Maître de conférences à l'Université de Savoie.

économistes, essayistes en font un objet d'étude et parfois même un projet politique. Ainsi, bien loin de nos facultés, hors l'étroit cercle des universitaires, de nombreuses théories de la justice prospèrent, livrées à la critique et à l'interprétation du plus grand nombre. Une telle floraison⁴, peut-elle être ignorée par les juristes? Pouvons-nous ainsi rester hors du monde – hors de ce monde qui fut longtemps le nôtre? L'idée de ce séminaire vient d'un doute. Elle est née de notre impuissance à répondre simplement à de telles questions. Certes, nous savons qu'une rupture existe entre les théories du droit et celle de la justice. Mais après les fracas du siècle passé, rien n'interdit d'imaginer un dialogue.

Liens

Car enfin, droit et justice semblent inextricablement liés. D'abord, ils participent, se confondent même, en une seule pratique sociale. Tout part d'une expérience douloureuse⁵, celle de l'injustice et d'un besoin facilement perceptible, la soif de justice. Un besoin qui, toujours, se métamorphose en *obligation*⁶ – déjà les mots du droit. L'obligation de rendre la justice, dont les princes étaient débiteurs: «Dieu a établi les rois pour qu'ils rendent la justice»⁷; celle dont le Code civil impose l'exécution aux juges à peine de commettre un «dénî de justice» (art. 4). La justice dont on parle ici se confond finalement avec «l'appareil judiciaire»: «un corps de lois écrites, des tribunaux [...] investis de la fonction de dire le droit, des juges, c'est-à-dire des individus [...], chargé de prononcer la sentence juste dans une circonstance particulière; à quoi il ne faut pas

oublier d'ajouter le monopole de la coercition, à savoir le pouvoir d'imposer une décision de justice par l'emploi de la force publique»⁸.

À un autre niveau, le droit et la justice s'entremêlent encore. «Vertu cardinale», qui commande l'oubli de soi («accomplit ce qui est avantageux pour les autres») et «nécessité de l'institution politique» (répartition des charges et des avantages), la justice est, tout à la fois, un idéal moral et un principe politique⁹. Elle est aussi, nous l'avons dit, une institution, un pouvoir même, qui, à sa façon, domine les autres. Tout alors la ramène au droit: elle devrait habiter, comme sens moral, l'esprit de ceux qui incarnent l'institution qui dit le droit: «volonté constante de rendre à chacun le sien» mais aussi «solidité de jugement et grand discernement» pour Ulpien au Digeste (livre 1, titre 1, «*de justitia et jure*», fragment 10); elle est le principe politique au nom duquel on fabrique du droit: justice sociale, justice fiscale; celui par lequel on le critique, le disant injuste.

Ce n'est pas tout. Par une sorte de choc en retour, le droit, comme système, inspire notre imaginaire de la justice. Il façonne même l'idée qu'on s'en fait et le projet qu'elle porte. Pour certain, l'importance qu'on accorde à ce qu'on nomme les «théories de la justice», comme principe de cohésion de l'ordre sociale, en Amérique du Nord s'explique ainsi par la place qu'y tient le droit.

Enfin, sur un autre plan, même les mots se mêlent. La langue de la justice, avec ces exigences et ses absolues, borde le lexique des juristes. Plus important sans doute, ce sont les mots du droit qui formalisent la justice lui donnant «ses raisons pour ou contre, supposées plausibles, communicables, dignes d'être discutées»¹⁰. Elle qui apparaît alors, tout à la fois, comme une pratique de la communication codifiée et, nous l'avons dit, comme *une obligation, la pro-*

4 Sur les différentes théories débattues, pendant les années 1990, au sein du monde anglo-saxon, voyez notamment: W. KYMLICKA, *Les théories de la justice. Une introduction*, La découverte, Poche, 2003

5 Voy. P. RICŒUR, *Le Juste 1*, Éditions Esprit, 1995, p. 11.

6 Plus largement voyez W. BARANÈS et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La justice, L'obligation impossible*, Éditions Autrement, Collection «Nos valeurs», 1994

7 Sur ce point voyez J. KRYNEN, *L'idéologie de la magistrature ancienne, L'État de la justice*, NRF, Gallimard, 2009, p. 17 s.

8 Voyez P. RICŒUR, *Amour et justice*, Point, Essai, 2008, pp. 26-27

9 Voyez C. AUDARD, «Les théories de la justice et la philosophie morale», dans le *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, tome 1, direction M. Canto-Speber, PUF, Quadrige, 2004, p. 1001 s.

10 Voyez P. RICŒUR, *op. cit.*, p. 27

messe d'une réparation, celle du rétablissement d'un ordre troublé: retour au *statu quo ante*. Le droit est le langage du procès et des lois.

Forces de l'ordre social

En somme, dans une certaine approche, le droit et la justice sont *les forces d'un ordre*. La première est la revendication (et la promesse corrélatrice de l'État) du rétablissement d'un ordre troublé dans le cadre d'un processus dialogique; quant au droit, il est cet ordre même: un système, des codes, un langage; ceux dont la *connaissance* permet l'exercice de la justice, c'est-à-dire la prise de décision. D'où la supposition suivante: si les juristes ne parlent majoritairement pas de justice, c'est parce qu'ils sont d'accord sur une théorie de la justice. Une théorie que formalise leur discours. Cette théorie consiste dans le rétablissement d'un ordre légal ou plus exactement dans l'établissement, la production, décision après décision, d'un ordre juridique formel. Bien sûr, il existe des résistances. Certains pensent que l'ordre à rétablir est à chercher ailleurs que dans la loi – qu'il existe un ordre naturel, une nature des choses, un ordre en raison. On se dispute alors sur ce qui est connaissable. Mais pas sur l'idée selon laquelle, le droit et la justice sont garants d'un ordre.

Antinomies

Pourtant, il y a quelque chose d'insupportable en l'union de la justice et de l'ordre – l'ordre du discours des juristes comme l'ordre juridique. Le lien les unissant est fragile, contestable aussi. L'ordre est une violence. Il est source d'injustice. De sorte qu'au nom de la justice (c'est un thème classique), sa contestation est légitime. Et il peut alors être déstabilisé en ce qu'il a de plus intime, affecté dans sa construction même, dans sa constitution comme un « mixe de langage et de force »¹¹. La justice, et

c'est sans doute pourquoi elle inquiète tant, ne se laisse jamais enfermer dans les formes du discours des juristes, dans les formes qu'un tel discours imprime au droit et, au contraire, presse celui qui doit décider de « re-justifier » et de « réinventer » « dans la réaffirmation et la confirmation nouvelle et libre de son principe » chacune des règles applicables aux litiges¹².

En somme, tout en s'appuyant sur un langage formel, qui rend possible l'échange d'arguments, la justice, comme principe critique, est aussi un puissant appel à mettre en cause les formes du droit. Ainsi s'attaque-t-elle finalement au discours des juristes. C'est-à-dire à la *façon d'être* (ou à la *modalité d'existence*) de l'ordre juridique.

Premier jalon

Liés ou déliés? Indissociables ou antinomiques? Pour un juriste moderne, les relations du droit et de la justice, des théories de l'un et celle de l'autre restent malaisées à penser. Ce séminaire avait pour objectif d'y aider. Il forme un premier jalon, permettant de situer les théories du droit et celle de la justice entre rupture et dialogue.

11 Voyez sur la définition du droit comme « mixe de langage et de force » J. SAADA, « Théorie critique et déconstruction. Derrida, critique

du droit », dans *Le souci du droit. Où en est la théorie critique?*, Sens & Tonka éditeurs, 2009, p. 119 s.

12 Voyez J. DERRIDA, *Force de loi*, Galilée, 1994, p. 51

LE DÉCLIN DE L'ARGUMENT DE JUSTICE

CHRISTIAN ATIAS*

1 – L'argument de justice n'est pas un argument de droit. La justice ou l'injustice d'une solution n'est pas un argument pertinent en droit. Cette affirmation assez banale sonne étrangement à nos oreilles.

D'un côté, son évidence la rend inutile. Les dispositions constitutionnelles, légales et réglementaires, complétées par les principes prétoriens, sont là pour déterminer les solutions à mettre en œuvre et justifier les décisions rendues ; ils les rendent prévisibles et éliminent l'arbitraire que comporterait inévitablement la référence à la justice. En dehors de ces « sources », il ne saurait y avoir de droit. Le principe de légalité s'impose et c'est « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables » que le juge « tranche le litige »¹. Paraphrasant l'arrêt bien connu, il faudrait écrire : « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque que (juste) que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances », pour se libérer d'une règle, et notamment, pour modifier les

conventions². Tout est simple : le droit, c'est la réalité et la justice, c'est le rêve.

D'un autre côté, le justiciable réclame justice ; il saisit le juge pour qu'il lui rende justice. D'ailleurs, bien des réformes législatives et des revirements des positions juridictionnelles sont présentés comme inspirés par le souci de consacrer des règles meilleures, plus satisfaisantes, dans l'ordre de la justice notamment, de mettre fin aux conséquences injustes des règles antérieures³. Ces progrès du droit veulent être des progrès dans l'ordre de la justice.

2 – Entre l'éviction de la justice au nom du droit et l'aspiration à la justice par le droit, la lutte ou le dialogue permanent se poursuivent. Ils pourraient avoir profondément changé. Un phénomène qui était prévisible et qui n'est nullement anodin, en serait le signe ; il se produit sous nos yeux. Une préoccupation nouvelle dans sa formulation s'installe.

2 Cass. civ., 6 mars 1876, *D.P.* 1876, I, p. 193 : mais précisément, il ne s'agit que d'une paraphrase (voir *infra* n° 7).

3 Comparer l'argument invoqué par l'auteur d'un pourvoi en cassation : « il serait de bonne justice, pour une juridiction, de se mettre en mesure d'appliquer une loi nouvelle, meilleure, par définition, que la loi ancienne – qualifiée, en l'espèce, d'« anachronique » par l'exposé des motifs du projet de loi – » : Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1972, n° 71-12.862, *Bull. civ.*, I, n. 165.

* Agrégé des Universités.
1 Art. 12, al. 1, C.P.C.

La qualité du droit devient un objectif législatif et prétorien. Il n'est pas une nuance ou un complément apporté à d'autres choix de finalités; il marque le recul, la mise à l'écart, l'abandon d'une certaine idée du droit.

La première manifestation du phénomène est venue de la Cour de cassation. Elle s'est dotée de «programmes de qualité»⁴, dont «l'inspiration se veut régulatrice»⁵. En particulier, en 2004, a été instituée une «commission de liaison avec les cours d'appel pour la qualité de la jurisprudence», chargée «de mener une réflexion sur la qualité de la jurisprudence des juridictions du fond» exclusivement. La «qualité» dont il s'agit se mesure en nombre de cassations prononcées, en nombre de décisions révélant «une non-conformité évidente... à la règle de droit, laquelle est incontestablement très pénalisante pour les justiciables dès lors qu'elle a pour effet d'allonger encore la durée du procès»⁶ et, par conséquent aussi, en durée des instances. La «jurisprudence» pourrait ainsi mieux faire; ses progrès seraient attendus dans l'ordre de l'unité. Les «divergences de jurisprudence» au sein de la Cour de cassation sont également considérées comme des signes de mauvaise qualité⁷.

Une deuxième manifestation du même phénomène est d'ordre législatif. La loi n. 2011-525 du 17 mai 2011, par exemple, est dite «de simplification et d'amélioration de la qualité du droit». Il est aisé d'admettre que l'une va bien avec l'autre. En revanche, il est permis de se demander si le contenu de cette loi justifiait un tel intitulé, si toute loi n'est pas prise pour «l'amélioration de la qualité du droit». Surtout, il y a lieu de relever l'intitulé du chapitre 1^{er}, pour le rapprocher de celui de la loi: il regroupe, en effet, des «dispositions tendant à améliorer la qualité des normes...». La qualité du droit ne peut procéder que d'un progrès des règles.

4 Voir les rapports annuels de la Cour de cassation, La documentation française.

5 Rapport annuel de la Cour de cassation, 2006, Paris, La documentation française, p. 565.

6 Rapport annuel de la Cour de cassation, 2006, précité, p. 547. Cette commission n'est plus évoquée dans le Rapport 2007.

7 Rapport annuel de la Cour de cassation, 2006, précité, p. 549.

3 – Il n'est guère besoin de souligner les fondements caractéristiques de cette recherche de qualité. Ce qui est en question, c'est clairement le droit comme technique, comme instrument de la réalisation d'objectifs assignés. Un droit de qualité serait un droit qui parviendrait aux résultats escomptés.

Le Code civil n'a pas été écrit dans un tel esprit. La notion cardinale de droit commun ne correspond nullement à un tel état d'esprit. Certes, l'un et l'autre se préoccupent d'ordre, de sécurité, de liberté et de moralité; ils ne les envisagent que pour veiller à éviter de susciter le désordre, de créer l'insécurité, de restreindre excessivement la liberté ou de favoriser l'immoralité.

Se référer à la qualité du droit et à son amélioration, c'est, d'abord, supposer que cette qualité peut être appréciée en elle-même. Elle n'a pourtant pas été définie. Ses critères n'ont pas été identifiés. Tout se passe comme s'ils ne pouvaient laisser place au doute; tout le monde saurait reconnaître un droit de qualité. La préoccupation de la qualité du droit suppose, ensuite, une possibilité de mesure; elle est le plus souvent d'ordre quantitatif. Elle suppose, enfin, que des décisions, des actions déterminées, puissent influencer cette qualité pour l'améliorer. Le droit est supposé maîtrisé; il est dans la main, sous le pouvoir de ceux qui posent les règles.

4 – Le changement qui se révèle ici s'accompagne d'une certaine confusion, dans le langage et dans la pensée, entre droit, règles et justice. Il est le fils de cette conception du droit qui en fait, non pas même un véritable ensemble de règles, mais une somme, une juxtaposition, un catalogue, une collection de règles. C'est pourquoi, l'amélioration du droit semble devoir passer nécessairement par l'amélioration de chaque règle – qui va généralement jusqu'à l'adoption d'une règle nouvelle – et par l'amélioration de leur mise en œuvre. Dans les «programmes de qualité», dans les lois votées pour améliorer la qualité du droit, la justice n'est pas évoquée, sauf dans son sens institutionnel.

Le signe ne doit pas tromper. L'amélioration du droit est recherchée pour elle-même; comme toute technique, il doit avoir son progrès permanent qui confirme son

autonomie et son auto-suffisance. Ce droit-là n'a pas besoin de la justice.

5 – Pour lui rendre une place, deux directions paraissent pouvoir être suivies. Elles sont assez différentes l'une de l'autre. C'est la nature du droit qui est en question, avec ses fondements mêmes.

La première voie consisterait à supposer la présence de la justice à côté du droit, mais sans qu'ils puissent se rencontrer. La justice serait, comme la morale, étrangère au droit proprement dit, au vrai droit, au droit positif. Le droit est, alors, pris comme un pur phénomène de pouvoir. Toute considération de justice, non prise en compte dans la règle par l'organe de décision, est indifférente. Elle ne regarde pas les juristes. C'était la position de Kant sur le droit naturel, fondement assuré, mais étranger au droit mis en œuvre.

La seconde direction serait plus subtile. Elle ferait, de la justice, l'une de ces préoccupations auxquelles il faut penser toujours, mais dont il ne faut parler jamais. Le juriste devrait inévitablement se résoudre à admettre que le droit n'est rien sans la justice, « mais qu'il est préférable de ne pas le dire »⁸. Pourtant, une question cruciale se poserait alors : y a-t-il, en droit, des choses qu'il serait permis de penser, en se réservant la possibilité de ne pas les dire ? L'admettre est un choix dans lequel la nature du droit est engagée.

Poser une telle question pourrait donner l'occasion de reconnaître la possibilité d'une troisième voie qui serait à dégager. Encore faut-il vérifier qu'il ne s'agit pas d'une fausse piste !

6 – Le chemin proposé ne prétend pas conduire à la justice. Parce qu'il ne « mène nulle part », notre chemin pourrait bien annoncer une éclaircie. Les rapports entre droit et justice demeurent indéterminés, parce que droit et justice demeurent indéterminés. « Tout ce qui n'est pas décidé ne vit jamais que de cela entre quoi il n'est pas

décidé »⁹. L'échec persistant de la réflexion sur les rapports entre droit et justice révèle notre incapacité à penser le droit et la justice. Le constat n'est pas anodin.

La question qu'il suscite, et dégage, est inévitable. Elle porte sur la nature de cette incapacité. Elle pourrait être provisoire et de circonstance ; il n'y aurait qu'à attendre un progrès de la pensée pour qu'enfin, le droit, la justice et leurs rapports soient définis, saisis, précisés, éclairés. Il pourrait pourtant ne pas s'agir de cela. L'incapacité à penser le droit et la justice, et leurs rapports, pourrait être précisément ce qui les définit, les précise et les éclaire.

7 – La consultation des lois est ici de peu de secours. Les termes « justice » et « juste » sont peu employés dans la langue législative. L'article 545 du Code civil détonne lorsqu'il exige que l'indemnité d'expropriation soit « juste ». L'enrichissement sans cause est volontiers qualifié d'enrichissement injuste. Entre les deux formulations, l'alternative est révélatrice ; la qualification est présentée comme une sorte de correctif de règles trop raides et rigoureuses. L'article L. 131-59 du Code monétaire et financier¹⁰ reprend la qualification en matière cambiaire. La légitime défense suppose une agression « injustifiée »¹¹ qui est souvent présentée comme injuste¹².

Le plus souvent, il est plutôt question d'équité¹³. La nuance est d'importance. L'équité qui fait référence aux circonstances particulières de l'espèce ; elle paraît moins corrosive de la règle. Elle l'évince dans un cas particulier, et, précisément, parce qu'il est si particulier qu'il ne relève d'aucune généralisation, d'aucune règle. Pourtant, la Cour

8 Comparer J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 4^e éd., 1994, n. 560, p. 514 : à propos de l'abrogation des lois par la désuétude.

9 M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser ?*, 1951, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1954, Paris, P.U.F., 1959, Coll. Epiméthée, 1992, Coll. Quadrige, traduction A. Becker et G. Granel, p. 38.

10 Pour une illustration, Cass. com., 3 novembre 2010, n° 09-16.326.

11 Art. 122-5 C.P.

12 Cass. crim., 5 octobre 2010, n° 10-80.610. Cass. crim., 16 novembre 2010, n° 10-81.633. Cass. crim., 6 juillet 2011, n° 11-82.903.

13 Art. 815-13, al. 1, 1135 C. civ. Pour une allusion de pur fait, Cass. 3^e civ., 24 mars 2009, n° 08-10.863 : décision majoritaire « dans un souci d'équité ».

de cassation le rappelle sans défaillance : « l'équité n'est pas une source de droit »¹⁴. La justice inquiète davantage encore le droit ; elle semble une ombre inaccessible ou un reflet déformant.

8 – D'où la proposition d'emprunter un chemin de traverse, de faire un détour ! Plusieurs s'offrent. Nous en retiendrons un au hasard, arbitrairement.

Le travail quotidien des juristes sur le droit passe toujours par l'argumentation, par le travail sur des raisons, raisons de la loi, raisons de décider. Ils multiplient les arguments ; ils les fourbissent comme des armes. Même s'ils ne s'accordent guère sur une liste prédéterminée, ils ont le sentiment de savoir quels arguments sont irrecevables, quelles arguties sont à écarter d'un revers de manche ou d'un trait de plume. Ils conjuguent des arguments de diverses sortes. Ils opposent leurs arguments aux dispositions légales et aux sens qui leur sont donnés, aux décisions judiciaires les plus solennelles. Ils classent et distinguent.

9 – Les juristes ne sont pas sûrs que le droit soit l'art du bon et de l'équitable¹⁵, voire du bien et du juste ; mais ils seraient moins troublés de le voir défini comme l'art d'une certaine argumentation. Surtout, ils ne peuvent ni s'illusionner sur la valeur des définitions du droit et de la justice qu'ils évoquent, ni douter de la place que tient l'argumentation dans la recherche du droit.

Il doit donc être possible de les suivre dans leur activité de juristes pour essayer d'apprécier la valeur qu'ils ont reconnue, qu'ils reconnaissent à l'argument de justice.

10 – Ce chemin de traverse n'est pas commode ; encombré d'obstacles et de chausse-trappes, il est à défricher. L'argument de justice est d'une grande complexité. Pour l'invoquer, il ne suffit pas de présenter la solution comme juste ou injuste, comme plus juste ou moins juste, voire comme moins injuste. C'est pourquoi, cet argument

peut être présent en permanence, sans apparaître, ni même prendre la portée qui est la sienne, qui ne peut pas ne pas être la sienne.

La question se précise. Rien n'autorise à postuler d'emblée que l'argument de justice aurait toujours occupé la même place, que son rôle et sa portée seraient constants, intangibles. L'hypothèse de son déclin paraît avoir, pour elle, quelques raisons simples. Cet argument n'est guère invoqué comme tel. Les dispositions légales, les positions judiciaires notamment viennent en première ligne dans les raisonnements juridiques. L'appel à la justice est, au moins, discret, dissimulé ; il pourrait sembler relever d'un autre âge. Tout se passe comme si le progrès du droit, le progrès des normes et des droits l'avaient rendu inutile. Ce n'est pas assez pour conclure à son élimination.

La présence de l'argument de justice se vérifie aisément. Sa nature demande à être pensée.

I. Sur la présence de l'argument de justice

11 – Évoquer un déclin, et, particulièrement, celui de l'argument de justice, n'est-ce pas sombrer dans la facilité contemporaine qui incline à la négation, au rejet, à la condamnation des institutions notamment, au « reportage romancé qui ne fouille que sur les pentes et dans les bas-fonds »¹⁶ ? Il ne s'agit pourtant pas de pessimisme. Ce qui est en question, c'est la façon de rendre justice. Il est facile d'admettre qu'elle a changé ; il est même possible que ce changement fut inévitable. Ce qu'il faut tenter d'apprécier, c'est en quoi elle a changé, ce qu'elle est devenue.

Les illustrations du recours à l'argument de justice sont parfois apparentes ; elles se situent plus souvent dans la profondeur du raisonnement juridique. Il n'est que de les envisager pour déceler ce que nous demandons à la justice et au droit, et comment l'argument de justice y décline.

14 Cass. 2^e civ., 9 décembre 2003, n°02-30.804. « Il serait inéquitable et contraire à l'esprit de la loi... » : Dijon, 1^{re} Ch. 1^{re} Sect., 10 juin 1986, cassé par Cass. 3^e civ., 10 février 1988, n°86-17.210.

15 « *Jus est ars boni et aequi* » : Celse, *Digeste*, 1, 1, 1. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 3^e éd., 1992, p.380, n°184.

16 M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser?*, précité, p.35. Voir aussi, même ouvrage, p.38.

A. L'argument de justice en profondeur

12 – Dans l'interprétation des règles, l'argument de justice est généralement présent. Il demeure sans doute sous-jacent ; mais il pèse son poids, et ce poids est considérable. Ainsi, la portée d'une disposition légale peut être appréciée à l'aune de la justice des solutions dont elle fonde la mise en œuvre ; son caractère dérogatoire peut être invoqué pour déceler la raison de justice qui justifie l'éviction de la règle générale¹⁷.

L'argument de justice s'insinue dans bien des raisonnements qu'il dirige ou oriente sournoisement. Ce mode d'action est préoccupant. Craindre l'argument de justice, ce n'est évidemment pas l'éliminer ; ce peut être le laisser à l'état brut, irréfléchi, non éprouvé. Il conserve des formes multiples et affirme ainsi sa présence dans le droit.

a. Formes de l'argument de justice

13 – L'argument de justice prend les formes les plus diverses. Le juge, l'avocat font parfois expressément référence à l'injustice ou à la justice d'une solution. Sous une première forme, l'argument de justice s'affirme dans des décisions qui paraissent souvent étranges, critiquables, faiblement motivées. Elles évincent, en effet, les dispositions légales sans autre justification qu'une référence vague à une certaine idée de la justice. Leur auteur n'a pas su trouver le juste dans le droit ; il le reconnaît implicitement.

Ce fut le cas lorsque des cours d'appel refusèrent d'ordonner la démolition d'une construction empiétant sur le fonds d'autrui, parce que « la rigoureuse application de

la règle juridique n'aurait d'autre effet que d'aboutir à une solution barbare »¹⁸.

C'est encore le cas lorsqu'une cour d'appel écarte le moyen développé devant elle, en le tenant pour « à l'évidence inadmissible »¹⁹. L'adjectif dont elle use peut sans doute faire référence aux règles de droit qui paraissent exclure un tel argument ; il peut aussi évoquer une certaine conception de la justice. La Cour de cassation censure une telle décision qui ne la met pas en mesure d'exercer son contrôle²⁰. En droit, l'inadmissible ne peut être invoqué sans autre explication.

14 – Il ne s'agit pas d'épisodes anecdotiques. Les références à l'argument de justice sont fréquentes ; elles sont trop nombreuses pour pouvoir être négligées. Le traitement réservé à un salarié, notamment lorsqu'il est discriminatoire, est dit injuste²¹. Un déséquilibre financier peut être présenté comme injuste²². Une attitude jugée « honteuse » peut paraître injuste même si elle ne constitue pas nécessairement, pour autant, un abus de procédure²³. Un « motif certes fondé juridiquement, mais allégué tardivement et de mauvaise foi », pour s'opposer à une vente acceptée et tenter

18 Aix-en-Provence, 13 décembre 1962, cassé par Cass. 1^{re} Sect. civ., 1^{er} mars 1965, *D.* 1965, p.560. Comparer Bordeaux, 18 mars 1958, cassé par Cass. 2^e Sect. civ., 25 mai 1960, *Bull. civ.* II, n.342 : la victime ayant versé une somme au réparateur du véhicule endommagé par la faute du responsable, « il serait injuste de ne pas lui en accorder le remboursement ». Commission de 1^{re} instance de Tarbes, 24 mai 1960, cassé par Cass. 2^e Sect. civ., 14 février 1963, n°60-12.458, *Bull. civ.* II, n.156 : « il serait souverainement injuste de faire subir (à la femme qui n'avait pas déclaré sa grossesse) les conséquences d'une erreur médicale ».

19 Bordeaux, 1^{re} Ch., 22 novembre 1976, cassé par Cass. 3^e civ., 13 mars 1979, n°77-10.598, *Bull. civ.*, III, n.64. Comparer « Il serait inéquitable et contraire à l'esprit de la loi... » : Dijon, 1^{re} Ch. 1^{re} Sect., 10 juin 1986, cassé par Cass. 3^e civ., 10 février 1988, n°86-17.210.

20 Cass. 3^e civ., 13 mars 1979, précité.

21 Soc., 21 avril 2010, n°09-40.848. Soc., 29 juin 2011, n°10-14.067. Pour un licenciement, Soc., 7 juin 2011, n°09-71.357.

22 Cass. com., 27 avril 2011, n°10-17.778.

23 Soc., 4 juin 2009, n°07-44.927. Comparer Cass. 3^e civ., 17 décembre 2002, n°01-13.177.

17 Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 2009, n°08-15.331, *Bull. civ.*, I, n.153 : sur les rapports entre les articles 1413 et 1483 du Code civil.

d'obtenir une augmentation du prix, semble bien écarté en raison de l'injustice qu'il recèle²⁴.

15 – Lorsque tant de juristes invoquent le principe d'interprétation stricte des exceptions, c'est au nom de la conviction que la règle générale est de qualité supérieure, qu'elle est plus juste, voire qu'elle est la seule à être juste, même s'il faut bien y déroger exceptionnellement. Le droit commun est toujours plus ou moins le droit supérieur, le droit plus juste²⁵. La restriction de l'exception demande, elle aussi, de plus amples justifications.

Un autre exemple peut être évoqué. Même dans les hypothèses où la difficulté d'interprétation paraît résulter de la rédaction défectueuse des dispositions légales, les « systèmes » qui s'opposent ne sont pas fondés sur la lettre de la loi qu'il faudrait « sauver » comme un phénomène. Chaque système se prévaut d'une meilleure justification des distinctions qu'il instaure, des solutions qu'il retient; elles sont volontiers présentées comme plus juridiques – la juridicité est-elle susceptible de degrés? –, voire comme plus justes.

16 – La présence de l'argument de justice est le plus généralement plus discrète. Sous cette deuxième forme, l'argument est beaucoup plus fort.

Il inspire tout raisonnement qui ne se contente pas d'invoquer le sens le plus évident des dispositions légales. Toute réflexion approfondie sur la raison d'être qui devrait être celle de la loi, s'inspire d'une aspiration à la justice. Cet argument embarrassant est présent chaque fois qu'une solution, avancée à tort ou à raison, sur le fondement de la loi, est combattue. Le travail sur la raison de la loi est toujours ambigu. Ce n'est pas simplement la raison invoquée par les auteurs de la disposition sous examen, l'évanescence « volonté du législateur »; c'est celle qu'elle a acquise au fil de ses mises en œuvre successives dans des espèces multiples. Plus encore, c'est celle qui serait susceptible de la fonder. Redisons-le; la raison dont s'inspire le raisonnement juridique, dans l'argumentation, c'est celle qui devrait être la

raison de la loi, celle qui aurait dû inspirer la conception de la loi et qui l'aurait probablement inspirée si ses auteurs avaient eu connaissance de l'espèce, de ses particularités, de ses enjeux.

Si tout le droit était contenu dans les règles de droit, la critique de leur mise en œuvre serait dénuée de pertinence. Elle ne pourrait servir qu'à exprimer le rêve d'un changement de la règle. L'argumentation se développerait nécessairement en dehors de la règle dans son contenu établi.

17 – L'objection est facile. Les libertés prises avec les « sources du droit » doivent demeurer tout à fait limitées, épisodiques, voire anecdotiques, exceptionnelles. Les règles posées ne peuvent certainement pas être supplantées par l'argument de justice.

Comme les sciences, auxquelles il rêve de ressembler, le droit, tel qu'il est mis en œuvre, « ne pense pas »²⁶; il ne doit pas penser. Il ne pourrait penser qu'en acceptant de perdre « sa chance », « ce qui – à en croire nombre de juristes – assure sa démarche propre et bien définie »²⁷.

18 – Depuis plus d'un siècle maintenant, et probablement depuis beaucoup plus longtemps, le droit se veut « technique », tributaire d'une « science », devant laquelle « à notre insu, nous abandonnons tout », dès qu'elle nous explique ce qui est, ce qui peut seul être²⁸. Les règles seraient mises en œuvre par ces « hauts-fonctionnaires d'une volonté de puissance superficielle et mal comprise, [...] poussés aux postes les plus élevés de son organisation multiforme »²⁹. Ici aussi, la technique supplante la science qui se laisse « encercler par ses résultats »³⁰.

24 Cass. 2^e civ., 9 juillet 2009, n° 08-18.114.

25 M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, P.U.F., Collection Léviathan.

26 M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser?*, précité, p. 26.

27 *Ibidem*.

28 M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser?*, précité, p. 44. Voir aussi, même ouvrage, p. 45.

29 M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser?*, précité, p. 55.

30 M. HEIDEGGER, *Chemins qui ne mènent nulle part*, 1949, Francfort/Main, Vittorio Klostermann, 1962, Paris, Gallimard, traduction W. Brokmeier, Collection Tel n° 100, p. 110.

b. *Quelle Justice pour quel droit?*

19 – Le droit n'est pas l'opposé de la justice qui n'est pas son ennemie. Il n'a pas à se défendre contre elle, à la combattre pour la maintenir dans d'étroites limites.

La conviction contemporaine n'est inverse qu'au prix d'une déformation, d'une dénaturation de la justice. Pour l'extraire du droit, il ne suffit pas de le réduire à un phénomène de pouvoir; il faut encore définir la justice de telle façon qu'elle puisse en être dissociée.

Un mouvement de pensée, fort ancien et constamment à l'œuvre, conduit à cette définition; il fait de la justice un idéal. Il ouvre ainsi une alternative. Les uns – ils seraient des «réalistes – se défont de l'incertitude et de la «subjectivité» de cet idéal qui serait nécessairement personnel à chacun. Les autres – qualifiés d'idéalistes – refuseraient d'y renoncer, tout en s'efforçant à «l'objectivité». Comme toujours, ce réalisme et cet idéalisme, ce subjectivisme et cet objectivisme, sont frères; étroitement associés, ils ne vont pas l'un sans l'autre.

20 – La justice est vue comme un idéal, parce qu'elle ne peut être définie sur des bases sûres et demeure inaccessible. Ce choix idéologique demanderait à être fondé.

La justice est sans doute «insaisissable»; elle est «absence de solution»³¹. Elle l'est pour d'autres raisons. Elle est impensable; ce qui ne signifie ni que nous ne sommes pas attirés dans sa direction, ni que nous serions radicalement incapables de reconnaître l'injuste. «L'im-pensé dans une pensée n'est pas un manque qui appartienne au pensé. L'im-pensé n'est chaque fois tel qu'en tant qu'il est Im-pensé. Plus une pensée est originelle, plus riche devient son Im-pensé. L'im-pensé est le don le plus haut que puisse faire une pensée»³².

C'est «pour les évidences du bon sens humain, (que) l'im-pensé d'une pensée demeure tout simplement l'incompréhensible... (et) l'incompréhensible demeure toujours pour la compréhension habituelle ce qui est simplement choquant; elle y voit aussitôt la preuve que l'on exige d'elle, qui de naissance a déjà tout compris, quelque chose qui n'est pas vrai et qui feint seulement de l'être. Ce dont le bon sens humain est le moins capable, c'est de reconnaître»³³.

Nous devrions être capables de «reconnaître» nos limites, de reconnaître que l'im-pensé, l'inaccessible et l'incompréhensible ne sont ni l'inexistant, ni l'indifférent, ni le non pertinent.

21 – Il n'est pas interdit de renoncer aux errements du «bon sens humain»; il est possible encore aujourd'hui d'essayer de reconnaître la justice. La justice n'est pas «instituée par nous»³⁴; elle nous est donnée.

Le juste fait partie à la fois, de «ce qui se retire devant nous» et de ce qui «nous tire précisément du même mouvement avec lui, [...] ce qui nous attire en se retirant»³⁵. Nous avons en propre de «montrer dans la direction du retraitement»³⁶, même si nous sommes incapables de formuler clairement le contenu de ce «don»³⁷.

C'est bien pourquoi, l'insaisissable qui nous appelle n'est nullement insignifiant. «Ce qui est inutilisable peut tout de même, et même d'autant mieux, être une puissance»³⁸. L'insaisissable nous guide de façon incertaine et imprécise; mais il nous donne une direction, celle où s'ouvre la question de droit³⁹. En la suivant, il doit être possible de dégager le droit; et le verbe est essentiel parce qu'il souligne que le droit ne s'invente, ni ne se fabrique.

31 M. VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les carnets de Michel Villey*, Paris, P.U.F., 1995, textes préparés et indexés par M.-A. Frison-Roche et Ch. Jamin, XV, n. 52, p. 327, XXI, n. 75, p. 429.

32 M. HEIDEGGER, *Parménide*, 1942-1943, Francfort/Main, Vittorio Klostermann, 1982, 1992, Paris, Gallimard, 2011, collection Bibliothèque de Philosophie, traduction Th. Piel, p. 118.

33 M. HEIDEGGER, *Parménide*, précité, p. 118.

34 M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser?*, précité, p. 24.

35 M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser?*, précité, p. 27.

36 M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser?*, précité, p. 28.

37 M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser?*, précité, p. 22, 37.

38 M. HEIDEGGER, *Introduction à la métaphysique*, 1935, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1952, Paris, P.U.F., 1958, Gallimard, 1967, traduction G. Kahn, Collection Tel n° 49, p. 21.

39 M. HEIDEGGER, *Introduction à la métaphysique*, précité, p. 32-34.

L'insaisissable contribue à la définition du droit qui a en propre d'être préalable et préexistant, même s'il n'est pas clairement donné.

22 – Nous sommes sans doute contraints au silence sur la justice; mais, dans ce silence, demeure une «parole silencieuse», contenue dans celle du droit. «Nous sommes tenus de laisser la parole – celle qui serait proprement juridique – dans sa vérité» qui est la justice⁴⁰. Par conséquent, la résistance qui s'impose «ne tient pas à l'outrecuidance d'un savoir-mieux, mais à la prudence d'un non-savoir»⁴¹.

L'important est précisément de réapprendre à faire silence. L'une des causes de déclin de l'argument de justice tient à la multiplication des règles, à la propension du législateur et du prêteur à tout régler par avance, à trop parler.

23 – Nous l'oublions depuis des siècles et, plus encore, depuis les «temps modernes». Nous l'oublions parce que nous sommes «brusquement entrés dans l'inquiétude de n'avoir plus le temps»⁴². Nous recherchons ce que nous croyons être «la performance et l'efficacité»⁴³. Nous renonçons à l'effort de connaissance, pour sombrer dans le vertige de l'action.

L'origine de cette mutation est claire. «Le début de la métaphysique moderne repose sur la mutation de l'essence de la *veritas* en *certitudo*... Descartes, le premier penseur de la métaphysique moderne, interroge l'*usus rectus rationis*, i. e. *facultatis judicandi*, l'usage correct de la raison, c'est-à-dire de la faculté de juger. L'essence du dire et de l'énoncé n'est plus alors depuis longtemps le *λογος* grec, c'est-à-dire l'*αποφαινεσθαι*, laisser apparaître ce qui est hors du retrait. L'essence du dire est le *judicium* romain – dire ce qui est juste, c'est-à-dire atteindre sûrement ce qui est juste»⁴⁴.

Alors, inexorablement, «le saisir régnant dans la raison précise des fins, érige des règles, dispose des moyens, règle tout sur les modalités de l'action»⁴⁵. Alors, la désolation s'installe; elle «cultive précisément et étend tout ce qui garotte et tout ce qui empêche»⁴⁶. Elle empêche de penser le droit et de le dire.

24 – Le déclin guette; il se révèle dans la perversion que subit la distinction de l'*imperium* et de la *jurisdictio*. Dans un premier temps, l'*imperium* a changé de sens. Il était fonction, mission de montrer, d'indiquer ce que la *jurisdictio* devait expliquer, justifier, fonder. Il est devenu pouvoir de prendre et de prescrire des mesures, puissance de décider, commandement⁴⁷. Dans un second temps, l'*imperium* étend, s'il est possible de le dire, son empire; il empiète sur la *jurisdictio*. Il se pare d'une puissance nouvelle, en prenant son autonomie. S'éloignant de la mission de dire un droit préalable, transposé pour l'espèce, il devient pouvoir de trancher, sans que demeure posée la question de la légitimité du juge⁴⁸.

Imperium et *jus* avaient et ont le «même domaine d'essence»⁴⁹. L'un et l'autre sont passés du domaine de la connaissance ou du savoir à celui de l'action ou du pouvoir. Les règles ne sont plus dégagées, découvertes; elles sont créées, imaginées, formulées, posées.

25 – Le lien entre l'*imperium* et la *jurisdictio* se distend et se perd, là où le pouvoir l'emporte sur le savoir, là où la mise en défense du premier paraît pouvoir justifier le sacrifice du second.

Le Doyen Claude-Joseph de Ferrière déniait, par exemple, toute autorité aux décisions rendues contre le

40 M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser?*, précité, p. 32.

41 M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser?*, précité, p. 42.

42 M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser?*, précité, p. 76.

43 B. DERoyer et R. APÉRY, «Le dossier de plaidoirie. Pour une évolution des pratiques», *D.* 2010, p. 2075. Comparer M. HEIDEGGER, *Parménide*, précité, p. 238: «la pratique, c'est-à-dire le succès et la performance...».

44 M. HEIDEGGER, *Parménide*, précité, p. 88.

45 M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser?*, précité, p. 57. Voir aussi, même ouvrage, p. 60.

46 M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser?*, précité, p. 36.

47 M. HEIDEGGER, *Parménide*, précité, p. 70-72, 78, 83, 86, 101, 133.

48 Comparer Premier Président Draï, Audience solennelle de la Cour d'appel de Paris du 6 janvier 1998: «Le juge et sa légitimité».

49 M. HEIDEGGER, *Parménide*, précité, p. 78.

droit⁵⁰; il affirmait ainsi une certaine «prééminence du droit», d'un droit qui ne sacrifiait pas la justice à un rêve de sécurité, non moins inaccessible. Désormais, l'autorité de chose jugée est attachée à toute décision judiciaire si erronée soit-elle, si contraire aux principes de droit apparaît-elle. C'est une autre «prééminence du droit»⁵¹ qui prévaut.

26 – Le recul de la *juris-dictio* est dissimulé parce que, simultanément, le fondement du droit recule en se complétant.

De nouvelles normes s'imposent sous couvert du contrôle de constitutionnalité et de celui des juridictions européennes. Accueilli comme un progrès de grande importance, ce changement-là fait oublier qu'aucun recours ne peut rendre leur signification véritable aux décisions de justice, si elles la perdent de l'intérieur.

B. L'argument de justice en déclin

27 – La «prééminence du droit», si volontiers invoquée aujourd'hui, a manifestement changé de sens.

Elle est devenue hiérarchique. La règle supérieure l'emporte sur l'inférieure, comme la juridiction supérieure impose sa souveraineté aux juridictions dont les décisions sont soumises à son contrôle. La position qu'elle occupe dans la hiérarchie judiciaire importe bien davantage que sa fonction légale.

La formulation de règles présentées comme des principes réduit la place laissée à la réflexion sur les raisons, c'est-à-dire à l'aspiration de justice. Le principe s'impose comme tel, indépendamment des raisons qui le fondent.

28 – La distinction du fait, relevant de l'appréciation des juridictions du fond⁵², et du droit, soumis à une censure spécifique, n'a plus guère de sens. Plus exactement, elle acquiert une signification nouvelle et d'ordre hiérarchique.

Elle marque la supériorité d'un droit posé à l'avance sur le fait qui, pourtant, l'informe et le forme nécessairement.

La Cour de cassation use de sa liberté de décider pour s'immiscer dans l'appréciation des faits, voire pour tenter de l'interdire. Elle use aussi de sa liberté pour se dispenser de motiver ses arrêts, pour se comporter comme un organe souverain – le Conseil d'État n'est-il pas «juridiction suprême»? – qui n'a plus grand rapport avec une juridiction.

Dans les deux cas, des règles sont posées; dans les deux cas, l'argument de justice régresse, parce que sa place est dans la particularité du fait.

29 – Dans ce mouvement de fond, l'argumentation et la motivation s'appauvrissent et régressent. Il est à craindre que les avocats ne se préparent à se soumettre à ce qu'ils tiennent pour l'état du droit. Ils méconnaissent ainsi la nature de leur position et de leur mission. Le combat mené pour la motivation est ancien; la résistance des juges est opiniâtre. Ils refusent de se dévoiler, d'avouer leurs raisons et, peut-être, leurs doutes et leurs faiblesses. Ils méconnaissent ainsi la nature de leur position et de leur mission.

Par là encore, l'*imperium* tend à supplanter la *juris-dictio* sans laquelle il n'est rien.

30 – Les conclusions déposées devant les juridictions et les plaidoiries sont émaillées de références à des décisions de justice, à des arrêts de la Cour de cassation notamment. Il en est de même pour les études publiées.

La signification de cette pratique mérite réflexion. En s'y soumettant, l'avocat, l'auteur donnent des gages de leur sérieux et de leur «réalisme». Ils traitent bien du droit positif et fournissent les moyens de vérifier leurs affirmations. Ce ne sont pas leurs opinions personnelles qu'ils avancent. Ils invoquent aussi l'argument d'autorité. Le risque est de tarir la source de l'imagination et de la liberté qui doivent inspirer l'argumentation.

31 – Les références aux décisions antérieurement rendues peuvent revêtir une autre signification: l'ont-elles conservée? Elles peuvent offrir des exemples de mise en œuvre des règles et des modèles de raisonnement. L'argu-

50 Cl.-J. de Ferrière, *Nouvelle traduction des Institutes de Justinien*, Paris, Savoye, t. VI, 1770, p. 357.

51 Cass., Ass. Pl., 23 janvier 2004, n° 03-13.617, *Bull. civ.*, n. 2.

52 et qui n'a donc rien à voir avec une pratique couramment suivie, à laquelle le droit devrait prétendument se soumettre nécessairement.

ment de justice y transparaît notamment lorsque le résultat inadmissible ou, au contraire, parfaitement satisfaisant de la solution retenue en l'espèce, est souligné. C'est bien pourquoi l'arrêt le plus manifestement contraire à la position défendue peut être utilement invoqué en sa faveur ; il n'est que d'en déceler les faiblesses, les limites et les failles.

Toute espèce remet la règle de droit en question ; elle contraint à poser les deux questions cruciales ; la façon de juger, adoptée dans des espèces précédentes, vaut-elle aussi pour celle-ci et ce nouveau cas ne révèle-t-il pas les failles des raisons de la décision antérieure ? L'argumentation et la motivation judiciaires doivent précisément travailler sur ces questions. C'est leur vocation propre.

32 – Il appartient aux juges de statuer, de trancher, de mettre fin, dans la mesure du possible, au litige. Leur décision est pourtant, par nature, l'expression du droit qu'ils disent. Par conséquent, ils ne peuvent poser une solution, comme le législateur pose une règle. Le jugement ne vaut que par les raisons de fait et de droit qui justifient le dispositif.

Quand un juge se croit autorisé à substituer l'affirmation en droit à la motivation par les raisons de la règle mise en œuvre, l'argument de justice régresse ; c'est le droit lui-même qui régresse. L'argument de justice y est trop central pour ne pas l'emporter avec lui.

33 – Ce que l'argument de justice traduit, ce qu'il cherche à communiquer, c'est le sentiment de l'intolérable, de l'inadmissible, ou simplement de l'insatisfaisant. L'intolérable, l'inadmissible, l'insatisfaisant, les termes sont vagues ; ils indiquent pourtant une direction. L'intolérable, l'inadmissible, l'insatisfaisant, est ce qui n'est pas compatible avec l'idée que celui qui argumente se fait du droit.

L'argument de justice, invoqué contre telle ou telle solution, qui a peut-être, pour elle, une certaine habitude acquise, la routine établie dans l'interprétation d'une disposition légale ou d'un principe prétorien, dans la détermination de leur domaine, signifie que la solution ne peut être la bonne, celle qui convient, celle qui est de droit et doit l'être dans l'espèce sous examen.

Beccaria écrivait que « la morale politique ne peut procurer à la société aucun avantage profitable, si elle n'est fondée sur les sentiments ineffables du cœur de l'homme »⁵³. Du droit, il faudrait écrire qu'il ne peut être lui-même s'il « n'est fondé sur les sentiments ineffables du cœur de l'homme ».

34 – Le sentiment de l'injuste, de l'intolérable, de l'inadmissible, ou de l'insatisfaisant, varie assurément de l'un à l'autre. C'est l'objection trop commune de la « subjectivité ». Il n'y a même pas lieu de lui opposer que toute interprétation recèle une même « subjectivité », puisqu'aucune règle ne permet de choisir entre plusieurs interprétations concevables.

La question n'est pas là. Elle n'est pas de savoir si nous pouvons parvenir à déterminer les critères de l'intolérable, de l'inadmissible, ou de l'insatisfaisant, de telle façon qu'ils soient communs à tous. Ce qui importe, c'est que la présence de l'argument de justice est constante et que les juristes ne sont jamais parvenus à s'en passer. L'insaisissable et invérifiable justice demeure notre phare lointain, notre aspiration toujours vouée à être déçue.

La prudence, sans laquelle il n'y a pas de juriste, est une qualité personnelle, intime, insusceptible d'être transmise ou enseignée. Le droit ne peut pas ne pas dépendre des qualités personnelles de ceux qui le mettent en œuvre. Par nature, le droit se juge, s'apprécie en fonction des raisons qui le fondent ; et cette appréciation est difficile, incertaine, sujette à discussions et à révisions.

II. Sur la nature de l'argument de justice

35 – Apparemment, la question initiale demeure posée, sans qu'aucun progrès n'ait été accompli : l'argument de justice est-il un argument de droit ?

La question ne peut être traitée qu'au nom d'un choix relatif à la nature du droit. Ceux qui veulent y voir une discipline, un ensemble de règles de conduite assorties

⁵³ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1856, réédition Éditions d'Aujourd'hui, introduction, § 2, p. 14.

de contrainte, ne peuvent tolérer ce trublion qu'est l'argument de justice. La loi s'impose, même si la conséquence qui paraît devoir en être tirée semble intolérable, inadmissible, ou insatisfaisante. À leurs yeux, le recours à l'argument de justice vaut aveu d'impuissance juridique, aveu d'illégalité de la position adoptée parfois, aveu, plus souvent, de l'illégalité de la défense présentée; l'invoquer, c'est se mettre hors la loi. La réponse est prête d'avance; même si la réaction suscite une certaine sympathie, l'ordre social ne saurait l'admettre.

36 – La question n'est nullement de savoir si, par nature, la justice serait seulement un argument. Il suffit de constater que, dans l'argumentation juridique, elle est invoquée comme telle et inspire plus ou moins ouvertement la recherche de la direction qui conduit à la solution de droit.

37 – Le choix disciplinaire⁵⁴ n'est pas seulement fort réducteur; seules certaines règles sont «punitives»⁵⁵ ou sanctionnatrices. La position se heurte à plusieurs difficultés. Elle ne pourrait être retenue, même s'il pouvait être démontré, à la fois, que la conséquence qui paraît devoir être tirée de la disposition légale, et qui en est habituellement tirée, s'impose, qu'aucune autre disposition n'est susceptible de l'évincer ou de la nuancer, et qu'aucune autre interprétation notamment n'est envisageable.

Elle supposerait également que la sécurité attendue de la discipline instaurée soit effectivement obtenue et justifie ainsi le sacrifice de la justice possible, en s'arrêtant à la règle, à sa lettre, et en tenant l'argument de justice aussi éloigné que possible de l'argument de droit.

A. La place du général

38 – Les juristes, les juristes français peut-être plus encore, aiment le général qui les rassure. La solution particulière n'est de droit que si elle procède d'une règle susceptible de valoir dans une série d'espèces présentant, par

définition, des caractéristiques analogues. Le droit est seulement un ensemble de règles dont la mise en œuvre, dans chaque espèce, est indifférente. Ou bien, elle est conforme à la règle et ne remet pas en cause la définition; ou bien, elle n'est pas de droit.

La généralité semble porteuse d'égalité; Il est attendu d'elle qu'elle chasse l'arbitraire de l'appréciation qui serait individuelle par son auteur et par ce sur quoi elle porte. Surtout, la généralité exclut la vérification et, par conséquent, la réfutation. Dans le général, tout est vrai.

39 – Comme le désert, le général croît dans notre droit. La faveur dont il profite le conduit à tout envahir. Dans la détermination de la solution de droit, le fait, l'espèce, le cas, les circonstances, les besoins à satisfaire, les intérêts en cause, les buts poursuivis, les moyens disponibles et ceux mis en œuvre, reculent; ils sont enserrés dans le carcan précontraint, prédéterminé, de règles toujours prêtes à l'avance pour les recevoir et les rendre juridiques.

Les règles se multiplient sous la forme de dispositions légales et réglementaires et de principes prétoriens. Le comportement de chaque professionnel n'est plus apprécié en lui-même; il l'est à l'aune de la catégorie générale des professionnels opposés aux consommateurs. Si, – c'est un autre exemple d'actualité –, un principe de précaution⁵⁶ est consacré, cela signifie que les précautions effectivement et soigneusement prises dans des circonstances données risquent fort d'être jugées insuffisantes. Là où «le fait de provoquer la chute d'un autre grimpeur constitue une faute»⁵⁷, il n'y a plus lieu de «caractériser la faute» en fait⁵⁸. Là où une réticence dolosive «rend toujours excusable l'er-

54 Pour une illustration, voir R. Crosson du Cormier, *D.* 7 janvier 1999, Actualité, p.1: «ne doit-on pas enseigner... qu'il convient de respecter les décisions de justice...».

55 Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2011, n° 11-40036.

56 Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, art. 2: «Charte de l'environnement de 2004», art. 5- Art. L. 110-1-II-1°, C. env.

57 Cass. 2^e civ., 18 mai 2000, n° 98-12.802, *Bull. civ.*, II, n. 85.

58 Cass. 2^e civ., 20 janvier 1993, n° 91-15.081, *Bull. civ.*, II, n. 26.

reur provoquée»⁵⁹, il n'y a plus lieu d'apprécier l'incidence de «manœuvres destinées à provoquer une erreur de nature à vicier le consentement»⁶⁰.

La tendance est tout à fait généralisée. La multiplication des droits individuels, protéiformes et diversement qualifiés, y participe. Ils constituent des cadres, des réceptacles pré-déterminés pour des affirmations solennelles qui vaudraient indépendamment des circonstances du cas.

39 – Dans un droit ainsi rendu plus abstrait, il n'y a guère de place pour la justice, pour l'argument de justice. L'expression de «droit juste»⁶¹ est vicieuse et «il est impossible de justifier le droit par le droit»⁶².

La plupart des règles ne sont ni justes, ni injustes. C'est pourtant de la justice des règles que l'on discute et disserte volontiers. Là est la fausse piste, le chemin qui égare. Là, en effet, il n'y a guère place que pour les convictions personnelles, pour les réactions personnelles, pour les histoires personnelles. L'un estime, par exemple, que seul est juste le respect de la propriété; pour l'autre, seule la limitation de la propriété peut être source de justice. Le débat n'a pas d'issue, faute de critère du juste en général.

40 – Les définitions classiques – au sens propre du terme – de la justice en font une vertu. C'est dire qu'elle est directement liée à la qualité des hommes. Il n'y a pas de justice là où il est fait abstraction du facteur personnel. Ce n'est pas de subjectivité dont il s'agit. Nulle opposition avec la prétendue «objectivité» du droit n'est ici de mise.

Précisément, la leçon qui nous est donnée depuis si longtemps est inverse. La justice et, avec elle, le droit, sont tributaires des hommes. Aucune règle de droit ne peut

faire que les hommes soient droits. En particulier, aucune règle de droit ne peut faire que les hommes chargés de poser les règles et les hommes chargés de les mettre en œuvre soient droits.

41 – La justice générale, dont traite Aristote, n'a rien à voir avec la prétendue justice du général. Elle est «la conformité de la conduite d'un individu à la loi morale», pitié, courage, prudence, tempérance, modestie...», permettant «l'ordre, l'harmonie, la bonne relation aux autres»⁶³. Elle «déborde largement le droit»⁶⁴; et c'est pourquoi elle peut porter sur des conduites humaines. À l'évidence, nul ne s'approche davantage de cette justice générale en raisonnant en général.

42 – «La justice «particulière» est une vertu purement sociale, quintessence de la justice... À quoi vise l'homme juste? À ne pas détenir plus que sa part ni moins que sa part»⁶⁵. Cette visée n'a de sens que dans les circonstances concrètes, dans le cas, dans l'espèce toujours inédite.

Elle a peu à voir avec les règles générales, avec les droits individuels juxtaposés. «Rendre à chacun le sien» ne se peut dans ce lacs de prérogatives abstraites.

43 – Dans la généralité, il n'y a pas place pour l'argument de justice, parce que la confrontation des arguments est vaine.

Chacune des propositions est irréfutable. L'argumentation n'a plus de sens; elle sombre dans «l'art d'avoir toujours raison».

B. Argument de justice et argument de droit

44 – L'argument de justice n'est jamais autonome; il ne se suffit pas à lui-même. Il indique une direction. Il est une sorte d'adminicule constant du droit.

C'est pourquoi l'erreur de Kelsen est multiple. Son normativisme peut valoir pour les organes de l'État qui ne peuvent envahir la société civile sans se prévaloir de la norme

59 Cass. 3^e civ., 21 février 2001, n°98-20.817, *Bull. civ.*, III, n. 20. Opposer Cass. 3^e civ., 2 octobre 1974, n°73-11.901, *Bull. civ.*, III, n. 330: relevant que l'erreur avait déterminé le consentement du cocontractant et que le fait dissimulé aurait empêché de contracter «s'il avait été connu».

60 Cass. 1^{re} civ., 10 juillet 1995, n°93-17.388, *D.* 1997, p. 20, note P. Chauvel.

61 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, traduction Ch. Eisenmann, p. 418.

62 H. Kelsen, *Ibidem*.

63 M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, t. I, 4^e éd., 1986, n. 31, p. 57.

64 M. VILLEY, *op. cit.*, n. 32, p. 58.

65 M. VILLEY, *op. cit.*, n. 33, pp. 60-61.

qui leur en donne le pouvoir; c'est à eux que s'adresse la norme. «Ce qui doit être, ce n'est pas la conduite ordonnée, mais bien la sanction»⁶⁶. Ce normativisme ne nous apprend rien sur le droit.

Les conditions de possibilité d'une théorie pure du droit dérivent, dans sa pensée, en conditions de possibilité de l'auto-proclamation du droit; celui-ci est défini de façon qu'il puisse être l'objet du mode de connaissance que Kelsen appelle de ses vœux, sans avoir démontré qu'il serait approprié au droit, à sa réalité, et qu'il s'imposerait. La norme hypothétique fondamentale est, elle-même, «vérifiée» par l'effectivité globale – toujours supposée – des règles de droit. Dans la mesure où elles supposent une définition du droit susceptible d'en être l'objet, ces conditions de possibilité pourraient bien démontrer, par elles-mêmes, qu'il n'est pas possible d'élaborer une théorie du droit, tel qu'il est, qui serait présentée comme «pure».

45 – D'une part, l'argument de justice n'est pas plus «subjectif» que l'argument de droit. Kelsen est contraint de reconnaître qu'aucune norme ne permet de choisir entre deux interprétations possibles de la règle de droit⁶⁷. Il confirme ainsi que la hiérarchie des normes ne peut clore le débat juridique, à moins de supposer que seule est mise en œuvre une interprétation «authentique» qui s'impose en vertu du pouvoir de son auteur; le débat se développe sans doute à partir des règles consacrées, mais il s'en libère et va au-delà.

46 – D'autre part, l'argument de justice prend son autorité et son poids – ce que Kelsen appellerait sans doute une «forme d'objectivité» –, en s'appuyant sur le droit qui guide, nourrit et inspire sa détermination. Le droit n'est qu'une béquille pour des hommes qui ne savent pas marcher droit. Aristote le disait: la règle «accompagne» la vertu

de prudence qui permet aussi de discerner la «règle vraie» de celle qui ne peut conduire au juste⁶⁸.

47 – La justice demeure la direction, la visée de tout raisonnement, de toute argumentation, de toute motivation juridiques. Elle est toujours le questionné⁶⁹ de la question de droit, c'est-à-dire de la question que chaque situation de fait pose en droit et au droit.

Il n'importe que les points de vue sur la juste solution diffèrent, que la justice soit indéfinissable et insaisissable, voire impensable. Il suffit qu'elle soit recherchée, que cette préoccupation inspire le raisonnement et l'appréciation à laquelle, inévitablement, son résultat donne lieu. Du débat devant le tiers qui s'efforce au désintéressement et à l'impartialité, à la lueur des règles, peut jaillir un peu de lumière sur le juste.

48 – En lui-même, le fait attire et séduit. L'histoire racontée, les circonstances décrites et l'humanité qu'elles recèlent entraînent la pensée. Un pré-jugement en naît.

La règle est la médiatrice qui canalise cette séduction. Elle «accompagne» le raisonnement en l'aidant à se détacher de la première impression, pour le porter au niveau qui est proprement juridique. Il se caractérise par des allers et retours permanents du cas à la règle et de la règle au cas. Dans ce mouvement, la convenance de la règle retenue, du sens qui lui est donné, à l'espèce, s'éprouve. La valeur de justice de la solution premièrement adoptée s'apprécie.

49 – La «prééminence du droit» est prééminence de la justice, et réciproquement. Le droit et la justice se servent mutuellement de guides. Ils sont inséparables.

Le fait n'est pas l'ennemi qu'il faut tenir à distance. Il apporte au droit la chance de s'élaborer, de se remettre en question, de se corriger, de se nuancer, de s'enrichir et aussi de s'affirmer. Il est la contre-épreuve nécessaire; la justice y a sa part irremplaçable, inéluctable.

68 ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, traduction J. Tricot, Paris, Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, 1994, VI, 5, p. 285.

69 M. HEIDEGGER, *Prolégomènes à l'histoire du concept de temps*, 1925, Francfort/Main, Vittorio Klostermann GmbH, 1979, Paris, Gallimard, Bibliothèque de philosophie, 2006, traduction A. Boutot, p. 213-216.

66 H. KELSEN, *op. cit.*, § 5, p. 35.

67 H. KELSEN, *op. cit.*, p. 453 et s., § 45 et s., notamment p. 458: «les soi-disant méthodes d'interprétation».

50 – Tout déclin de l'argument de justice est un déclin du droit. Il ne suffit certainement pas d'en prendre conscience. « Un déclin n'est jamais surmonté du simple fait qu'on y résiste ou qu'on le freine, et qu'on remette les choses sur la voie d'un progrès vers des « temps meilleurs » »⁷⁰.

Il n'est d'autre solution que de s'efforcer de « sauver le commencement »⁷¹, de dégager cette forte inspiration d'origine d'une justice qui « montre »⁷², avant de commander, qui s'applique à connaître et à comprendre, avant de commettre et d'agir, qui s'astreint à justifier avant de décider et, plus encore, qui s'interdit de décider avant de justifier.

70 M. , *Parménide*, précité, p. 267.

71 M. HEIDEGGER, *Introduction à la métaphysique*, précité, p. 50.

72 M. HEIDEGGER, *Parménide*, précité, p. 71.

RE-PENSER LE RATIONALISME DANS SON RAPPORT À LA JUSTICE

SIMONE GOYARD-FABRE*

On ne pose pas assez profond les points d'interrogation.

L. Wittgenstein

Si le souci de la justice habite l'humanité depuis l'éveil des civilisations, c'est en inaugurant le temps de la modernité occidentale¹ que le rationalisme, dans une atmosphère de polémique, voire avec un parfum de scandale, a pensé la notion de justice à l'aune de la raison. Certes, les puissances de la raison n'étaient ignorées ni des grands philosophes grecs² ni des penseurs de la patristique et de la scolastique médiévale³; en outre, l'élan du rationa-

lisme moderne a suscité des résistances parfois virulentes qui se sont même manifestées pendant longtemps⁴. Mais, dans la vulgate philosophique, s'est installée l'idée de la coexistence, en Occident, du *rationalisme* et de la *modernité*. Or, si la référence de la justice à la rationalité a bien provoqué, à l'orée des Temps modernes, le déclin du mythe, la dissolution de la vie archaïque et l'avènement du *regnum hominis*⁵, elle a soulevé de graves objections qui ont suscité des remaniements successifs de ce philosophème commun.

Re-penser les rapports du rationalisme et de la justice présuppose la manière préalable de les *penser*. Plutôt que

saint Thomas, pour qui il importe de connaître Dieu par la raison à partir de principes révélés.

⁴ Donnons quelques exemples. Descartes lui-même appuie la validité de la science sur la véracité divine; Malebranche souligne dans son *Traité de morale* que «l'homme n'est point à lui-même sa raison et sa lumière»; Bossuet proclamait encore, contre le rationalisme, l'ancien idéal théocratique auquel il donnait un sens métaphysique; Rousseau concédera que, même à l'heure où les hommes, pour se conduire, ont besoin de gouvernements et de lois, «la justice vient de Dieu»

⁵ Dans un texte inachevé qui date de 1622, *De la justice universelle*, Francis Bacon soulignait l'importance du *regnum hominis* appelé à posséder, selon lui, sans recours à la révélation, la puissance unificatrice de la religion et même à la remplacer. De son côté, dans un autre contexte, Boèce insistait sur le caractère «humain» de la raison qu'il opposait au caractère divin de l'intellect.

* Professeur émérite des Universités en Philosophie (Université de Caen).

¹ Max WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, 1920, traduction J. Chavy, 1964, p. 23. Leo STRAUSS, dans *Les trois vagues de la modernité*, 1975, Pegasus, Indianapolis-New-York, trad. française, Yves Hersant, *Cahiers philosophiques*, Centre national de documentation pédagogique, n° 20, 1984.

² Jean-François MATTÉI, *La naissance de la raison en Grèce*, (Actes du Congrès de Nice, mai 1987), PUF, 1990.

³ Citons, parmi de nombreuses références, saint Augustin : « Nous ne pourrions même pas croire si nous n'étions pas des êtres doués de raison »; saint Anselme, qui reprend le *Credo ut intelligam* d'Augustin ;

de verser dans une historiographie narrative et descriptive condamnée à être superficielle, nous adopterons dans notre propos une démarche critique afin de montrer que le rationalisme des Modernes s'est embourbé dans la sécheresse de ses **principes pionniers (I)** au point d'en promouvoir des transformations endogènes d'abord par le **tournant kantien (II)** puis, parce que celles-ci, quoique nécessaires, n'étaient pas suffisantes, de devoir re-penser aujourd'hui les rapports du rationalisme et de la justice selon les **paramètres nouveaux d'un post-criticisme (III)**.

I. Les principes pionniers d'une justice rationnelle

L'émergence du rationalisme juridique s'est opérée dans un contexte de scandale. C'était en 1625 : dans l'univers intellectuel de l'humanisme néerlandais, une petite phrase souleva des tempêtes : « Le droit serait ce qu'il est, *etiamsi daremus non esse Deum* (même si Dieu n'existait pas) »⁶. Bien sûr, cela ne se pourrait concevoir sans « un crime horrible ». Pourtant, Grotius, par son hypothèse impie, venait de déplacer le centre de gravité de la planète juridique. Proche de l'humanisme d'Erasme, bouleversé par la tragédie de Galilée, il osait donner à l'empire du droit la chiquenaude qui faisait descendre le *jus* et le *justum* du Ciel sur la Terre. Le jurisconsulte, quoique instruit des Saintes Écritures, des thèses aristotélico-thomistes et de la scolastique espagnole⁷, affirmait dans le droit, plutôt que l'ordre cosmique ou l'appel de Dieu, la sagesse pratique de *l'homme*, libre et rationnel. « La découverte métaphysique de l'homme » par Descartes, le mécanisme de Mersenne, le rationalisme de Hobbes empruntèrent des chemins analogues : la première « vague de

la modernité » venait, dans le cadre d'une pensée polémique qui préférerait l'anthropodicée à la théodicée, de submerger les schémas antiques et médiévaux.

N'entendons pas que, dans ce contexte fiévreux, l'idée de justice ait pris une figure iconoclaste. Mais, en se réclamant de la raison, elle s'inscrivait dans un vaste projet philosophique qui ne se voulait pas indépendant du développement scientifique. Cette prise de parti doctrinale en faveur de l'humanisme avait ses points forts. La logique du juste cristallisait alors autour de trois clefs : la sécularisation ; la non-contradiction ; le primat du sujet.

Rappelons brièvement le pouvoir de ces trois clefs.

La sécularisation

Avec la découverte métaphysique de l'homme, le critère principal du droit passe de la transcendance à l'immanence : la raison n'est pas servante de la révélation. L'humanisme postule une nature humaine universelle – *l'humanitas ipsa* comme dit Grotius – qui contient ses propres normes et leur donne un poids institutionnel.

La transcendance de l'idéal n'est pas abolie pour autant car l'incroyance n'a pas cause gagnée. Mais l'idéalité a changé de lieu : elle ne relève plus de l'ordre cosmique ou divin ; elle coïncide avec la fonction fondatrice de *l'homo universalis* dont les capacités opératoires sont mises en exergue. Il en résulte que, dans l'adéquation du *jus* et du *justum*, la justice est déclarée autonome par rapport aux dogmes de la théologie et à l'omnipotence de la volonté divine. Comme le montrent Grotius et Hobbes, elle trouve son propre centre de gravité dans les pouvoirs de la raison.

La non-contradiction

À l'heure où Port-Royal définit « l'art de penser », la raison fixe les lois d'airain qu'elle doit observer dans ses productions. Les règles de sa méthode brisent les vieilles tables de la loi et supplantent les anciennes idoles de la tribu. En outre, contre les illusions de l'imagination et la dérive des passions, elle précise un idéal de rigueur et de non-contradiction dont la science n'a pas le monopole et qui insuffle

6 Hugo GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, Prolégomènes, § XI, in traduction J. Barbeyrac, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, P U de Caen, 1984 ; traduction P. Pradier-Fodéré reprise et revue par D. Alland et S. Goyard-Fabre, PUF, 1999.

7 Peter HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, PUF, 1983. Voir également les Travaux du Colloque Hugo Grotius de Genève (1983) édités par A. DUFOUR, P. HAGGENMACHER et J. TOMAN sous le titre *Grotius et l'ordre juridique international*, Payot Lausanne, 1985.

dans le droit et la justice, ainsi que l'explique Leibniz, les exigences logiques de la *mathesis universalis*. L'universel domine le particulier et, même si la jurisprudence reconnaît des cas d'espèces, il appartient à la forme stable des principes rationnels universels de déterminer la finalité de tous les actes juridiques. La rationalisation que symbolise désormais l'idée d'un « droit naturel » qui n'est plus enté dans les choses mais appartient à la raison de l'homme, confère à la justice la silhouette d'une rationalité normative immuable. Noblesse oblige. Pufendorf et Leibniz tirent les conclusions que Grotius n'avait que pressenties : le droit et la justice dépendant d'axiomes et de définitions porteurs des lumières de la raison, celle-ci se fait législatrice. Elle est l'ouvrière du constructivisme qu'instaure sa réglementation ; elle préside à l'architectonique d'un « système » de justice. Sous ce principe de raison et de non-contradiction dont Leibniz excelle à souligner la capacité de domination, la justice s'affirme comme un appareil centralisé d'administration publique : l'État de raison n'est pas loin de l'État de droit.

Le primat de la subjectivité

Cette théorisation du droit et de la justice relève d'une attitude d'esprit qui sacralise *l'ego cogito*. Dans les philosophies de la conscience que déploie « le grand siècle », le sujet est élevé au rang de raison humaine universelle. Il devient l'indicateur épistémologique d'un « individualisme institutionnalisé »⁸. Ce qui est juste se mesurant à l'aune de la seule raison et s'éprouvant dans ses règles, se fonde dans l'immanence de la conscience. Il s'ensuit que, par la médiation du principe de subjectivité, l'étalon rationaliste de la justice coïncide avec sa prétention humaniste.

Toutefois, si la problématisation de la justice s'au-reole des ruses conquérantes que permettent les principes pionniers du rationalisme, ceux-ci l'emplissent aussi des pièges redoutables qui embarrassent les jusnaturalismes

modernes⁹. La rationalité qui, en se sublimant, préside à la théorisation du droit et de la justice est loin d'être exempte de dogmatisme ; marquée de plages d'ombre, elle ouvre la route d'illusions dangereuses. Pour échapper à ses propres pièges, la raison doit se mettre elle-même en question. En cette exigence critique, se profile une *révolution méthodologique* qui, comme nous allons le voir, impose une révision de son outillage intellectuel et transforme l'épure de la justice.

II. La justice devant le tribunal critique de la raison

Au milieu de ses triomphes, le rationalisme s'est trouvé confronté à une révolution interne par laquelle une démarche réflexive a érodé la silhouette altière de ses principes inauguraux et déplacé le centre de gravité du droit et de la justice.

Au lieu de retracer le cours d'une évolution historique linéaire, nous nous attacherons à sonder ici les secousses conceptuelles et catégoriales qui, dans un climat conflictuel, ont conduit à penser le *jus* et le *justum* d'une autre manière. Conséquence méthodologique de la dynamique conflictuelle de la raison, Rousseau a préparé en sous-main le tournant qu'a effectué le criticisme kantien.

À l'heure où s'éveillait la modernité, juristes et philosophes semblaient d'accord pour chercher dans la raison les principes qui étayaient la connotation de la justice. Seulement, même si les théories rationalistes excluaient du concept de droit l'ineffable et le mystère, elles ne posaient pour la justice aucun point archimédien fixe et unitaire. Elles versèrent donc très vite dans la controverse : Pufendorf et Grotius furent de faux amis ; le désaccord se manifesta entre Barbeyrac et les auteurs qu'il traduisait ; Montesquieu fut l'adversaire déclaré de Hobbes. Cela, sans doute, n'avait rien de très original : la marche de la pensée s'opère souvent au rythme des objections et réponses. Mais la conflictualité des rationalismes du « grand siècle » avait quelque chose de si fort qu'elle conduisit la raison à se soumettre à son propre

8 L'expression est de Durkheim.

9 Nous renvoyons sur ce point à notre ouvrage *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Vrin, 2002.

examen. Plutôt que de céder au dogmatisme qui met dans ses conclusions ce que contiennent ses présuppositions, elle entreprend en sous-œuvre un travail réflexif destiné à la rendre transparente à elle-même. N'entendons pas qu'elle fit tout d'un coup table rase des certitudes sécurisantes des dogmatismes mais qu'elle opéra sur elle un mouvement d'auto-réflexion et d'auto-interrogation.

Par cette critique auto-référentielle, la raison transforma ses problématiques afin d'en assurer la validité. Lors même que le rationalisme juridique continuait de faire sien la définition du droit comme *id quod justum est*, la question de la justice se posait d'une autre manière: au lieu de se demander, en termes essentialistes, ce qu'est la justice, le rationalisme s'interrogea sur ce qui la fonde, c'est-à-dire la rend possible et valide. Après le séisme philosophique provoqué par l'hypothèse impie de Grotius, c'était une révolution, *méthodologique* mais de large envergure *philosophique*, qui s'annonçait. Rousseau en indiqua l'orientation. Kant l'accomplit.

J.-J. Rousseau et l'intuition d'une révolution méthodologique

Rousseau s'enlise dans trop d'incertitudes, d'ambiguïtés et de contradictions pour élaborer solidement une théorie rationnelle de la justice. Mais sa pensée est autre chose qu'un bel exercice rhétorique: elle inaugure un nouveau chemin sur lequel, comme le note E. Cassirer¹⁰, «le centre intellectuel de l'époque se déplace». Rousseau, qui déclare «écarter tous les faits» pour «rentrer en soi-même», décide d'une intuition réflexive qui, par une prémonition «critique», l'oppose aux jusnaturalistes de son siècle. Il récuse leur idée de la «nature humaine» et dénonce leur conception de la justice comme fin et perfection naturelle de l'homme¹¹.

Parce qu'on ne peut, dit Rousseau, penser qu'hypothétiquement ce qui est pré- ou sous-humain dans «l'état

de nature», celui-ci ne laisse place à «aucune véritable idée de justice». Jusque dans la «société naissante», règne un «état de guerre» qui s'en remet à la force et ne connaît ni justice ni injustice. L'humanité n'étant pas inscrite dans la nature, elle ne relève, comme d'ailleurs la rationalité, que de la «perfectibilité»¹² dont l'histoire est le vecteur. La justice étant ainsi dépourvue d'assise ontologique, il faut, pour la comprendre, en élever le concept au niveau du devoir-être et du devoir-faire. Une telle problématisation récuse l'assurance essentialiste des jusnaturalismes et trouve sa pertinence dans son orientation déontologique.

Un tournant se trouve ainsi esquissé dans la méthode de penser: par le travail de la raison, dont la perfectibilité est en l'homme le critère de son humanité, n'est-il pas possible, au rebours des prétentions essentialistes de la métaphysique, de s'interroger sur ce qui rend la justice pensable et valable? Rousseau n'est pas assez philosophe pour écrire son «discours de la méthode»¹³ et jusque dans la rédaction, pourtant exemplaire, du *Contrat social*, questions et réponses interfèrent dans une démarche heuristique qui n'est pas encore vraiment maîtresse d'elle-même. Il reste que, s'interrogeant de manière inédite sur les sources et les conditions de la justice, il en découvre les fondations dans *l'État de raison* dont le «contrat social» est la médiation constructive¹⁴: le «prodige» de la loi – «la plus sublime des institutions humaines» parce qu'elle est «la raison publique» – est de permettre aux hommes d'accéder à «la justice et la liberté»¹⁵. Ainsi ancrée dans l'auto-réflexion de la raison,

12 *Ibid.*, p. 142 sq.

13 L'écrit intitulé *Idée de la méthode dans la composition d'un livre*, daté de 1745 par les éditeurs s'attache de manière rhétorique plutôt que philosophique à «la constitution du discours».

14 On peut à cet égard soutenir que l'État de raison du *Contrat social*, par les normes impératives qu'impose le primat, encore innomé, de la «raison pratique», préfigure «l'État de droit».

15 *Discours sur l'origine de l'inégalité*, p. 248. Notons au passage que Rousseau retourne l'argument jusnaturaliste: «Toute justice vient de Dieu», mais les hommes «ont besoin de gouvernements et de lois», *Contrat social*, Livre II, chap. VI, p. 378. La loi est donc antérieure à la justice et non, comme le dit Montesquieu dès le début de *L'esprit des lois*, la justice à la loi.

10 E. CASSIRER, «Le problème Jean-Jacques Rousseau», *Revue de métaphysique et de morale*, 1986, n° 4.

11 J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine de l'inégalité*, Première partie, O.C., «Bibliothèque de la Pléiade», tome III.

la justice ne peut être qu'une « justice raisonnée »¹⁶. Elle ne remédie assurément pas à l'inégalité physique; mais il n'y a pas lieu de le déplorer; l'idéal-type de la justice n'est pas déduit des postulats d'un État-Providence avide de l'égalité arithmétique des citoyens. La justice relève des exigences intrinsèques de la raison; elle puise en elles, dans un processus réflexif, les conditions de possibilité et de légitimité de son concept.

Rousseau n'accomplit certes pas totalement le virage philosophique du rationalisme. Mais, par la dynamique immanente à la raison, il en est le précurseur. Il substitue à une *polémique* contre la modernité rationaliste des Lumières de son temps une *problématique* inédite qui demande à la raison d'être comptable et juge de sa propre rationalité. La conséquence est énorme: les conditions fondatrices de la justice en gomme la signification substantielle pour lui substituer, au niveau du devoir-être, une fonction normative et régulatrice¹⁷.

Kant, qui fut sans doute le lecteur le plus profond de Rousseau, assumait, par sa *critique criticiste*, le legs de cette nouvelle problématisation.

Le criticisme kantien et l'horizon transcendantal de la justice

Kant, en ciselant la démarche auto-critique d'un rationalisme non-dogmatique exprima et approfondit ce que Rousseau n'avait pu que pressentir. Loin du jeu dialectique que le rationalisme des XVII^e et XVIII^e siècles conduisait à partir de ses présupposés et de son axiomatique, il transporta la question du droit et de la justice sur un terrain inexploré où, soustraite à la compétence de la métaphysique, elle cherche à se rendre transparente à elle-

même. La métaphysique, récusée et dépassée, laisse place à une *interrogation* qu'oriente et dirige la raison en tant que « faculté des principes »: ainsi est posée, comme dans le prétoire lors d'un procès, la question de la licéité et de la légitimité de ce qui est déclaré « juste ». C'est l'acte de naissance du *criticisme*.

Kant, au lieu de limiter son investigation à la tâche synthétique et architectonique que Leibniz et Christian Wolff, dans le cadre de leur système rationnel, avaient effectuée selon une déduction logico-métaphysique, *soumet la raison à son propre tribunal*. Loin de s'en remettre à un ensemble de règles techniques et procédurales, il pose la question *Quid juris?* qu'il examine au fil de la « déduction transcendantale »¹⁸. Il se transporte ainsi au cœur de la difficulté puisque le pouvoir judiciaire, en la personne du juge, attribue à chacun le sien suivant la loi – ce qui est la définition même du « juste »¹⁹ – et s'interroge sur les conditions de sa possibilité et de sa validité.

Dans la *Rechtslehre* qui est de bout en bout la réponse à cette question²⁰, le geste de la *critique criticiste* est non-polémique et non-dogmatique: il remonte à l'inconditionné qui conditionne ce que doit être la justice. Un détour est ici nécessaire: la justice, dans l'état de nature que régit le droit naturel privé, ne peut être que « commutative »: $a = a$; elle n'est alors garantie par rien; elle n'est qu'une possibilité et, telle une fiction rationnelle, elle demeure incertaine et sans efficace. C'est le passage du droit privé au droit public qui, dans un mouvement de synthèse, assure à la justice, par la médiation de la loi, une justice « distributive » irréfragable par sa forme: $a/A = b/B$. Rousseau l'avait compris.

16 Elle s'oppose non seulement aux « premières règles de justice » qui furent jadis destinées, sans réflexion et sans mesure, à prévenir les affrontements entre les hommes mais aussi à la justice commutative qui, se réclamant d'une « égalité rigoureuse », entend que « chacun fasse à autrui ce qu'il voudrait qu'on lui fit ».

17 Souligner ce point capital est évidemment dénoncer l'énorme erreur de lecture qui attribue à l'œuvre de Rousseau un dessein programmatique porteur d'un prosélytisme militant.

18 Cf. KANT, *Critique de la raison pure*, « Bibliothèque de la Pléiade », tome I, p. 721 sq. L'ouvrage peut passer pour un traité de la méthode, cf. « Théorie transcendantale de la méthode », p. 1293 sq.

19 KANT, *Doctrine du droit*, (*Rechtslehre*) – 1796 – § 45; in « Bibliothèque de la Pléiade », tome III.

20 Nous renvoyons à notre ouvrage *La philosophie du droit de Kant* (Vrin, 1996) et à notre article « La place de la justice dans la doctrine kantienne du droit » in *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1975, p. 235-257.

Kant justifie cette mutation en montrant que la possibilité de la justice en enveloppe la validité.

En ce point, le criticisme répudie les fiers rationalismes « modernes » et transforme l'idée même de la raison par le passage de *l'a priori* métaphysique à *l'a priori* transcendantal qui réfute la transcendance sublime de tous les idéalismes dogmatiques. Le droit et la justice ne sont pas des concepts construits par l'entendement (*Verstand*); ils n'ont rien à voir avec des abstractions spéculatives ou des décisions conventionnelles à usage pragmatique. Par leur fondation qui, sur l'horizon de l'esprit, implique une référence pure *a priori* à l'absolu, ils possèdent une dignité d'ordre transcendantal. La justice n'est donc la fin du droit que parce qu'elle exprime un principe pur *a priori* de la raison. Elle est ce que Kant appelle une *Idée de la raison*. Comme telle, elle est, en sa forme réflexive, une exigence immanente de la raison pratique (*Vernunft*), un « besoin » pur auquel la pensée ne peut se dérober sans se renier. Elle oriente la pensée et, plus précisément, le droit et la morale, en dépassant toujours *a priori* l'expérience *hic et nunc*. Si la justice disparaissait, l'humanité renoncerait à ce qui fait l'honneur des hommes.

Seulement, comme toute « Idée de la raison », l'Idée rationnelle pure de justice est, selon le criticisme kantien, aussi inaccessible que l'est la « chose en soi » en sa dimension nouménale. L'homme, qui vit et pense dans le monde sensible des phénomènes, ne l'atteindra et ne la réalisera jamais : non qu'elle soit un rêve ou une utopie ; mais elle ne fournit pas un principe constitutif de ses actions ; elle est un *principe directeur et régulateur*. L'objectivation de l'Idée rationnelle pure de la justice à laquelle se réfère le sujet qui la pense²¹ a même toutes chances de conduire à « l'illusion

transcendantale ». Ce principe transcendantal est néanmoins de si haute importance qu'il confère à la justice un caractère sacré. Comparable à la lumière d'un phare, il est à la fois un appel et un guide ; il livre sa lumière par éclats intermittents qui, quoique séparés de plages d'ombre, traduisent seulement un principe d'*espérance* : sur le chemin que trace la raison pure pratique, l'idéalité transcendantale de la justice *peut* et *doit* lui permettre de triompher de la rigueur déductive des rationalismes dogmatiques.

Cependant, pour lui donner l'effectivité qu'elle mérite, le rationalisme avait encore besoin de forger des paradigmes nouveaux²². En effet, l'Idée transcendantale est lestée, en sa rationalité pure *a priori*, d'ambivalence et de sérieux tragique : Kant ne l'ignorait pas. Hegel, devant la silhouette pratico-critique de la raison, pensa : « le ver est dans le fruit » ; Nietzsche cria à « l'impossibilité » du modèle kantien. Le temps était venu de *re-penser* les rapports du rationalisme et de la justice.

III. Transformation du rationalisme criticiste

La révolution criticiste a été un tournant décisif : en révélant dans l'Idée pure du droit et de la justice une raison régulatrice qui s'auto-régit, elle lui a conféré une validité normative. Pourtant, en ce qui concerne le statut noétique de la justice, la critique auto-référentielle de la raison s'avère aporétique.

Kant lui-même avait pressenti la difficulté.

Puis, après l'éclosion du nouvel âge de la modernité qu'inaugurèrent Nietzsche et Heidegger²³, une certaine

21 Le rationalisme critique de Kant ne renvoie ni au sujet empirique de la psychologie ni au sujet métaphysique qu'est la monade leibnizienne, mais au « sujet transcendantal ». Comme tel, il est une invite à réfléchir sur les contenus de la pensée d'après les structures catégoriales de la raison. L'enracinement de la « dialectique transcendantale » dans ces structures catégoriales fait de la subjectivité « pure » le siège des « principes de la réflexion ». Le *cogito* kantien est ainsi le point d'ancrage des conditions de possibilité et de validité de la justice.

Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point dans notre troisième partie à propos du procès intenté par les rationalismes contemporains à l'idée de subjectivité.

22 L'Idée rationnelle pure de la Justice est la plus haute espérance de la raison pratique en sa fonction régulatrice et en sa capacité disciplinaire (qui n'est pas nécessairement sanctionnatrice ou punitive). Aussi comprend-on que l'exigence d'universalité qui la caractérise soit un appel à passer les frontières du droit public étatique pour conquérir un statut international.

23 Cf. Leo STRAUSS, « Les trois vagues de la modernité », article cité note 1.

philosophie contemporaine²⁴ a intenté procès au rationalisme critique afin d'en stigmatiser les infortunes et de le « dé-construire ».

Aujourd'hui, cette démarche dissolvante est supplantée, après les recherches du courant analytique anglo-saxon²⁵ et des philosophies allemandes de la « fondation ultime »²⁶, par le travail de « reprise » qui permet de re-construire le rationalisme et de réviser, sur des bases renouvelées et par le recours à d'autres paradigmes, les rapports que la justice entretient avec lui.

Ce travail de transformation assume en grande part le legs kantien mais, surtout, il confère à l'exigence transcendante, comme nous voudrions le montrer maintenant, une *radicalité* dont la théorie du droit et de la justice ne saurait ignorer – surtout en notre temps de crise endémique – les *trois impératifs*:

1. reconnaître les limites de la raison ;
2. substituer aux enchantements de la subjectivité le sérieux de la relationnalité communicationnelle ;
3. donner une force nouvelle aux puissances du transcendantal.

À divers degrés, plusieurs auteurs contemporains²⁷ œuvrent à cette transformation.

24 Parmi les meneurs de cette offensive critique dirigée contre le criticisme, nous pouvons évidemment citer Michel Foucault, Jacques Derrida, Karl-Otto Apel, Jürgen Habermas et leurs épigones.

25 Nous ne faisons pas ici d'histoire de la philosophie mais il n'est pas inopportun de rappeler que les travaux de logique de Frege, de Russell et de Carnap et, plus encore, les investigations de Wittgenstein ont ouvert une large brèche dans le rationalisme traditionnel et même dans le rationalisme critique.

26 L'œuvre de G. Gadamer et, surtout, celle de K.O. Apel ont ouvert la voie, notamment par une confrontation entre Wittgenstein et Heidegger, à la « transformation de la philosophie » (1973) ; cf. traduction in *Critique*, octobre 1981.

27 Il est assez remarquable en effet que ni Husserl (même dans la *Krisis*), ni Wittgenstein ni Heidegger qui ont tant insisté sur la perversion de la raison, n'aient vraiment appelé de leurs vœux une transformation de la philosophie.

Reconnaître les limites de la raison

Comme toute Idée de la raison, l'Idée rationnelle *a priori* de la justice est, en sa transcendantalité pure, inaccessible et, partant, irréalisable. Kant l'avait expressément reconnu²⁸. Vouloir, au monde humain, lui donner consistance est proprement « l'illusion transcendante ». Cependant, ce constat n'est pas un déni : il signifie que la raison, confrontée à ses requêtes immanentes, a des *limites* qu'elle ne peut franchir. Le *premier impératif* est de le reconnaître, même si ce n'est pas chose aisée.

Que le rationalisme critique impose une auto-limitation à la raison, dès lors qu'elle est soumise à son propre tribunal, n'est pas un paradoxe. Mais il importe en l'occurrence de distinguer quant à la raison ses principes *purs* et sa réalisation *impure*. Cela n'entraîne pour la justice ni un déficit de rationalité ni une propension à une irrationalité avide de contingence, de différence ou d'imprévisibilité. En revanche, la distinction entre principes purs et réalisation impure indique que vouloir absolutiser l'Idée de justice est le chemin d'une dérive auto-négatrice : la raison n'a ni partout ni toujours raison. Elle n'est donc pas une garantie suffisante de la pensée. La difficulté est énorme. Kant croyait la résoudre²⁹ en lançant un assaut contre les valeurs des Lumières et, surtout, en affirmant le primat de la *raison pratique* sur la raison théorique. Pourtant, c'est là que le bât blesse. Dès lors, parce que le criticisme kantien n'a pas su aller à son terme, le style de la rationalité s'est trouvé mis en question.

Ainsi, après Nietzsche, qui estimait carrément le kantisme « impossible », d'autres ont insisté sur les forces subversives qui, inhérentes à la raison pratique jusque dans son activité edificatrice, sont chargées, selon une dialectique de contradiction, d'un potentiel de dissolution prêt à consumer la modernité tout entière. Position dialectique

28 KANT, *Doctrine du droit*, Conclusion L'Idée de justice, comme l'Idée de paix, « en ce qui concerne sa réalisation, demeure toujours un vœu pieux ».

29 Cf. KANT, *Qu'est-ce que s'orienter dans la pensée ?* et *Critique de la faculté de juger*.

à l'évidence extrême mais qui, laissant voir à travers la faiblesse des résultats en matière de justice la déficience de ses principes, jette le doute sur sa théorisation. Situer la justice (comme la religion) « dans les simples limites de la raison » notamment en son aspect pratique, revient à fermer les yeux sur l'inévitable recours à des procédures techniques relevant d'une dimension instrumentale et qui, aveugles à toute téléologie, préparent la terreur ou les totalitarismes. Les « maîtres du soupçon » n'avaient pas tout à fait tort de s'engouffrer dans cette brèche. Mais ils se sont trompés en la comprenant comme un maléfice idéologico-politique sur lequel il leur était facile de s'épancher de manière polémique. Leur erreur est impardonnable.

C'est donc une autre problématique qu'il convient de nouer : par une *démarche interrogative-critique*³⁰, il faut chercher la source originelle des limites de la raison et en préciser le niveau noétique. Au fil de cette enquête, un *second impératif* s'affirme pour *re-penser* les rapports entre le rationalisme et la justice.

Renoncer aux mirages de la subjectivité et s'ouvrir à la relationnalité communicationnelle

Le rationalisme des pionniers puis le rationalisme critique s'inscrivaient dans les philosophies de la conscience qui élaborent leurs théorisations à partir du paradigme subjectiviste. Un acte d'accusation est aujourd'hui dressé contre l'égoïsme d'une raison qui demeure, jusque dans sa démarche criticiste (ou phénoménologique), dans un isolement monologique.

Le paradigme du sujet ne saurait être la clef d'une théorisation crédible du droit et de la justice : celle-ci implique en effet la reconnaissance chez les autres des prétentions que l'on revendique pour soi. Kant, qui déjà avait vu en cette requête l'une des exigences majeures de la morale et du droit, plaçait bien la justice sous le signe de l'inter-subjectivité. Mais cette dernière se traduisait selon

lui par la co-existence d'une pluralité de sujets *partes extra partes* pour qui la norme de l'autonomie demeurerait la valeur suprême ; parlant de Beccaria, il disait expressément que le juste est, dans la co-existence des libertés, « la part qui revient à chacun ». À son dire, l'inter-subjectivité signifie tout au plus la limitation réciproque des libertés. Voilà l'erreur car, même si le sujet kantien n'a rien de subjectif au sens psychologique, la subjectivité reste un critère formel qui ne répond pas au souci communautaire et altruiste qu'exige un droit juste. C'est ainsi que la thématique des droits de l'homme a beau se glorifier de son anti-autoritarisme et de son anti-élitisme, elle est enclavée, parce qu'elle s'appuie sur la sacralisation de l'individu, dans ce que Hegel considère comme « l'esprit subjectif » du « droit privé »³¹. Soucieuse de l'autonomisation et de la réalisation de soi, elle exprime au plus haut degré une *philosophie de la séparation*³².

Telle est la faute qui conduit à une défaite de la pensée. Le droit et la justice ne prennent sens et n'ont d'existence possible que dans ce que Karl Popper appelle « la société ouverte », c'est-à-dire en un lieu où l'homme, n'étant homme que parmi les hommes, doit comprendre que ses droits et sa liberté ne commencent que là où finissent les droits et la liberté des autres, toujours présents à l'horizon de tous les comportements. Seul, on ne l'est jamais : c'est une question de logique juridique et, plus profondément, une question de métaphysique.

Donc, contre la tyrannie identitaire d'une raison repliée sur le sujet, c'est-à-dire contre l'obsession du « même » qui la maintient dans une philosophie de la séparation, il faut cesser de penser la justice de manière égologique. En détrônant le rationalisme subjectiviste, les théories de la communication fondent la justice et le droit sur une *philosophie de la relation*.

31 HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Première partie.

32 Cette « séparation » est même double : d'une part, les sujets, *partes extra partes*, sont irrémédiablement murés en eux-mêmes par leur singularité, donc privés de toute ouverture vers les autres ; d'autre part, chaque individu *ut singuli* est réduit à un sujet abstrait tel que tout lien ontologique est rompu entre lui et le réel.

30 Ici comme dans notre ouvrage *Re-penser la pensée du droit* (Vrin, 2007), nous empruntons ce concept à l'œuvre philosophique de Francis Jacques (cf. *infra*).

Élaborer une théorisation de la justice fondée sur le paradigme de la *relation* plutôt que de la séparation est une tâche délicate. Elle ne peut s'accomplir que par la convergence et la congruence d'apports diversifiés. Rappelons quelques contributions marquantes et suggestives, quoique insuffisantes.

Par leur conception des *Speech Acts*, Austin et Searle avaient posé les premiers jalons de l'ouverture et du réaménagement de la rationalité³³. Puis John Rawls, dans cette voie, a voulu accomplir un pas décisif par sa *Théorie de la Justice*³⁴. Sur une base qu'il prétend kantienne, il estime que la justice pose une question éminemment pratique dont il trouve la solution dans le pouvoir unificateur d'une intersubjectivité pensée comme une invite de la raison à promouvoir, au moyen d'ententes, d'accords et de conciliations, un « consensus par recoupement ». L'idée, assurément, est novatrice. Mais l'œuvre de J. Rawls possède un tour polémique qui l'oppose aux théories téléologiques comme aux théories utilitaristes. Souvent brumeuse et embarrassée derrière les principes que cache « le voile d'ignorance », elle est finalement peu constructive³⁵.

En revanche, la « théorie de l'agir communicationnel » que développe Jürgen Habermas³⁶ apporte une sérieuse révision des principes fondateurs de la justice : dès ses prémisses philosophiques, elle ouvre la querelle du sujet. La justice n'est pas édictée par une raison pratique solitaire. Elle n'a pas de sens si elle ne concerne qu'un sujet autarcique, clos sur lui-même en sa tour d'ivoire. Habermas récuse donc en elle les principes de l'« indivi-

duation » et de l'« autonomie » ; il leur substitue, parce qu'il n'y a ni droit ni justice possibles sans le commerce des pensées et l'échange des paroles, le *principe relationnel de la communication*. Par cette transformation, il s'agit pour lui d'opérer la refondation rationnelle de la justice : il faut renoncer à la raison métaphysiquement chargée de subjectivité et la remplacer par une raison que caractérise sa compétence communicative. L'indépendance des sujets cède place à leur *interdépendance*.

Nous voici au rouet. L'interdépendance qu'instaure la relation de communication ne provient pas, comme l'avait cru Vico en s'opposant à Descartes, de l'implantation des sujets dans une histoire commune ; elle est rendue pensable, précise Habermas³⁷, par la « relation interpersonnelle » que commande le paradigme de « l'inter-compréhension ». Le purisme d'une raison exclusive centrée sur le pouvoir nu du sujet n'existe pas ; le monde vécu est structuré par la communication qui s'établit par le discours et par l'action entre des êtres socialisés. Il n'y a donc pas de justice possible sans le dialogue et la discussion³⁸ qui attestent l'ouverture de l'identité à l'altérité.

En revendiquant un point de vue néo-critique, Habermas forge une catégorie nouvelle qui modifie la silhouette du rationalisme. Le concept de justice, implanté dans la réciprocité de l'action sociale, est, du coup, révisé et son implantation principielle corrigée puisque son « centre de régulation » passe des sujets *ut singuli* à la relation communicationnelle qui les unit. Dans son appareil conceptuel, il acquiert ainsi une résonance normative désormais attachée à « la raison pratique dans toute son étendue »³⁹.

Le tournant intellectuel accompli promet d'être innovant.

33 C. S. Peirce, également, écrivait : « Toute activité de pensée est dialogique ».

34 John RAWLS, *Théorie de la justice* (1971), trad. française, éd. du Seuil, 1987.

35 Cela explique en grande part – mais ce n'est pas ici le lieu d'en débattre – les critiques que lui ont adressées des auteurs aussi différents que R. Nozick, A. MacIntyre, Ch. Taylor, A. Sen...

36 Cf. notamment Jürgen HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel* (1981), trad. française Fayard, 2 volumes, 1987 ; « La raison communicationnelle : une autre voie pour sortir de la philosophie du sujet », in *Le discours philosophique de la modernité* (1985), trad. française, Gallimard, 1988, p. 348-396.

37 J. HABERMAS, « La raison communicationnelle : une autre voie pour sortir de la philosophie du sujet », in *Le Discours philosophique de la Modernité* (1985), trad. française, Gallimard, 1988, p. 348 sq.

38 Les deux thématiques de la communication dialoguée et de la discussion sont empruntées, avec des retouches non négligeables, à *Transformation der philosophie* de O. K. Apel (1973).

39 J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1992 ; trad. française sous le titre *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997, p. 170.

Pourtant, le tort de Jürgen Habermas est de rendre compte du rationalisme relationnel par une option sociologisante qui le rattache aux “sciences humaines”. Il s’arrête philosophiquement en chemin. L’infléchissement par lequel la justice est rattachée aux normes contraignantes d’un contexte social ou historico-culturel, incline sa théorie vers le réductionnisme du scientisme positiviste. De ce fait, est manqué le *troisième impératif* qui conditionne la transformation des rapports du rationalisme et de la justice, à savoir, la mutation du transcendantal. Or celle-ci est de la plus haute signification théorique et pratique.

La mutation du transcendantal

La plupart des philosophes contemporains accordent, fût-ce en des styles différenciés, que l’homme, loin d’être *l’homo viator* qui navigue en solitaire sur l’océan de la vie, est embarqué dans un réseau de relations. Cependant, admettre que le droit et la justice, en participant de ce tissu relationnel, ont besoin d’échanges, de discussions, de débats, de négociations ne suffit pas. Il faut préciser *le statut de la relationnalité* sur laquelle ils prennent appui.

La théorie du «dialogisme»⁴⁰ ciselée par Francis Jacques inaugure à cet égard un itinéraire fécond. Même si la question du droit et de la justice n’y est pas abordée directement, elle suggère, en sa profondeur philosophique, les linéaments d’une révision drastique des exigences de la justice. Sous-tendue par l’idée de la «compétence communicative», elle démontre avec rigueur, contre tous les monologismes, que la marche de la pensée ne s’explique que par la substitution du *factum relationis* au *factum rationis* kantien. Ce “fait relationnel” est présent en tout langage et en toute action. Il rend possible une “communication” qui n’est affaire ni d’histoire ni de sociologie comme le laissent croire les thèses d’Habermas. Celle-ci, plus profonde et plus vraie que l’autonomie de la volonté, requiert une «relationnalité» de nature *logique* profondément enracinée dans une *philosophie première*.

De ce paradigme neuf, la démarche *post-criticiste* (et non plus *néo-criticiste*) ainsi amorcée, creuse les réquisits : la raison échappe au carcan de la subjectivité et, désormais remodelée, *transforme la notion de transcendantal*. La conception du droit et de la justice trouve ici un nouvel éclairage.

La transformation⁴¹ du transcendantal s’effectue sur deux plans : *logique* et *fondationnel*. D’abord, compte tenu de l’apport du courant analytique anglo-saxon et des développements critiques de la philosophie allemande, la logique de la *relation* qui supplante celle de la *séparation* provoque, avec le bouleversement des procédures de la pensée, un coup de force intellectuel par lequel les puissances du transcendantal sont *élargies* jusqu’à l’universel. Ensuite, le principe communicationnel enveloppant dans le dialogisme des présuppositions fondatrices *a priori* qui, comme dans la ligne du criticisme, sont «transcendantales»⁴², la question, de logique, devient fondationnelle : alors il importe, par une démarche heuristique audacieuse, de creuser ces réquisits jusqu’en leur *radicalité* où se déterminent les puissances fonctionnelles du transcendantal.

Dans le post-criticisme ainsi instauré, la notion de transcendantal, élargie et approfondie, est doublement réformée : *horizontalement* et *verticalement*. Horizontalement, l’envergure logique du transcendantal élargi s’ouvre à l’universel : donc, la justice passe les frontières ; elle se veut internationale, elle tend à l’universalisme. Verticalement, la radicalité du transcendantal approfondi découvre l’abîme ontologique où la raison, et notamment la raison pratique,

40 Francis JACQUES, *Dialogiques. Recherches logiques sur le dialogue*, PUF, 1979 ; *L’espace logique de l’interlocution*, PUF, 1985. Cf. notamment p. 374 sqq.

41 La genèse de cette «modification» s’est effectuée par essais et ratés successifs. Ainsi, L. Wittgenstein l’avait ébauchée en 1921 dans son *Tractatus logico-philosophicus* ; mais il ne voyait en elle qu’«un nuage de métaphysique condensé en une goutte de grammaire» (*Zettel*, 1929-1948., publié en 1967 ; trad. *Fiches*, Gallimard, 1970). De son côté, K.O. Apel, en 1973, a déployé ce mouvement de pensée qu’il estimait indispensable à la «transformation de la philosophie».

42 Rappelons que, dans l’analytique kantienne, le «transcendantal» désigne l’ensemble des structures pures *a priori* qui, propres au sujet rationnel, rendent la connaissance possible.

puise *a priori* la sève de ses réquisitions. ; la justice réclame un humanisme lui aussi transformé.

Le pas accompli est immense ; à la fois théorique et pratique, il laisse augurer des nouveaux rapports entre le rationalisme post-critique et la justice. Du point de vue théorique, la critique kantienne avait montré que, par-delà l'axiomatisation et la formalisation du droit et de la justice, se posait la question de leur légitimité. Dès lors que la reprise post-criticiste de cette question s'effectue à partir du *factum relationis* comme point d'ancrage du dialogue et de la communication, le recentrement de l'enquête signifie que les paramètres qui, dans l'instance transcendantale, conditionnent la possibilité et la validité de ce qui est juste s'enracinent dans l'originarité pure de la pensée. De telles prémisses sont entées dans le lieu abyssal où naît la pensée. La *radicalité du transcendantal* est irréductible.

Il s'ensuit que, du point de vue pratique, il faut tenir compte, en deçà des normes rationnelles-pratiques de la communication et de « l'éthique de la discussion » qui l'accompagne, des réquisits purs de la pensée ; ils sont irrécusables et ont valeur fondationnelle. Par leur radicalité et leur impérativité formelle, ils s'imposent dans la détermination du cadrage des questions (sur la propriété, l'identité, la différence) que posent au tribunal les ouvriers de la justice ; ils s'imposent aussi dans la formation du noyau normatif qui inspire leur résolution. La justification transcendantale de la justice provenant de conditions immanentes originaires à la raison, leurs exigences inconditionnelles n'ont pas seulement une vertu régulative comme le pensait Kant ; elles ont un caractère *constitutif* et *fondeur* ; elles possèdent une vertu instituante.

Dans l'alliance hardie du formel et du transcendantal, le passage du plan logique au plan ontologique signifie que l'altitude noétique du transcendantal coïncide avec la profondeur d'abîme de la radicalité. Il y va de la qualité intrinsèque de la raison – ou si l'on préfère, de l'être même de la pensée. Le nouveau réquisit du transcendantal ne fait qu'un, pour la justice, avec les racines les plus profondes de l'être que sonde la philosophie première.

C'est donc un transcendantal *re-pensé* qui anime la pensée du droit et de la justice. Il commande la révision de ses prémisses, la réévaluation de ses paradigmes, l'amendement de ses catégories, le réajustement de ses paramètres. Il oriente et meut une pensée qui, assurément plus raisonnable que rationnelle et plus pratique que spéculative, se manifeste comme une énergie spirituelle conquérante capable de déliter les blocages sémantiques et les clôtures idéologiques. À tout le moins permet-il de comprendre pourquoi les théories sociologisantes ou idéologisantes qui se sont multipliées dans les deux derniers siècles⁴³ en introduisant dans la justice des éléments normatifs venus de l'extérieur, ont fait fausse route. Le privilège de validité que les thèses de ces multiples courants (libéraux, utilitaristes, libertaires, marxistes, communautariens, féministes) accordent à l'intérêt, à la conformité sociale, à l'évolution historique, aux mœurs est usurpé ; ces éléments extérieurs ne possèdent aucun pouvoir instituant. Confondre ce qui est fondé et ce qui est fondateur est un péché contre l'esprit. Au contraire, le rationalisme revu et corrigé⁴⁴ dans la perspective post-criticiste que détermine le transcendantal nouveau qui plonge ses racines dans les réquisits les plus profonds et les plus exigeants de la pensée condamne absolument pareille confusion. Le droit et la justice ne sont déchiffrables que dans une topique transcendantale dont les racines puisent leur sève nourricière au fond des abysses relationnels d'une philosophie première arrachée à l'opacité substantielle de la subjectivité.

La dynamique endogène des puissances inhérentes à la raison fait que les transformations du rationalisme ne sont évidemment pas aujourd'hui achevées et, sur un chemin jalonné de seuils, de ruptures, de changements de direction, elles sont fort probablement inachevables. Elles véhiculent néanmoins *une grande leçon*.

43 Cf. l'ouvrage de Will KYMLICKA *Les théories de la justice*, Éditions de la découverte, 1999.

44 Cf. Simone GOYARD-FABRE, *Re-penser la pensée du droit*, Vrin, 2007 ; *La textualité du droit. Étude formelle et enquête transcendantale*, Éditions du Cerf, 2012.

Les principes du rationalisme des grands siècles de la modernité ont souvent conduit à des impasses. En matière de droit et de justice notamment, ils avaient érigé un système de réglementation dont l'expression architectonique a vite accueilli une volonté de contrainte et de domination. Au tribunal critique de la raison elle-même, Kant leur avait intenté procès et en avait corrigé l'épure : la justice apparut comme une *Idée* transcendante de la raison qui, en sa pureté *a priori*, était inaccessible et irréalisable. Dans le rationalisme critique, ni le droit ni la justice ne sont de ce monde. Alors, fallait-il admettre une « éclipse de la raison » ? Étions-nous placés devant le paysage de ruines d'une raison exténuée, tout près d'être anéantie ? Étions-nous condamnés à constater, au bout du chemin, la « défaite de la pensée » ?⁴⁵

À de telles questions, nous répondons résolument « non » : d'une part parce qu'il n'y a aucun courage intellectuel à proclamer « la mort de la raison » comme on a déclaré « la mort de Dieu » et « la mort de l'homme » ; d'autre part parce que la pensée au travail consiste, en s'enfonçant comme une vrille jusqu'à ses racines fondatrices, à forger sans cesse des paradigmes neufs dont la pertinence éclaire les appareils conceptuels, sans cesse en voie de révision, dont la condition humaine a besoin.

Il paraît aujourd'hui évident qu'un *contre-discours de la modernité*, naguère marquée par le rationalisme dogmatique et ascétique des grands siècles, est nécessaire. Cependant, il serait imprudent de l'inscrire dans le registre idéologique de la controverse ou des réformes ponctuelles. Ce contre-discours ne saurait être que *méta-théorique*. Pour comprendre le droit et la justice, il lui faut *radicaliser le caractère transcendantal* de leurs exigences et de leurs axes porteurs. Reconnaître que le droit et la justice n'est pas s'engouffrer sur une voie d'échec. Tout au contraire, c'est arracher l'activité pensante aux délires orgueilleux de la subjectivité et porter au premier plan la valeur instauratrice des normes entées dans le principe relationnel de la com-

municabilité. En puisant son énergie dans les plus profonds replis transcendants de la pensée, le discours méta-théorique de la contre-modernité est capable d'affronter les difficultés et les crises.

Re-penser les rapports entre le rationalisme et la justice revient à chercher, sous le vernis de la rationalité, un *méta-rationalisme* qui n'en aura jamais fini d'approfondir, dans leurs propres limites, les capacités de la raison.

⁴⁵ Évoquons Nietzsche n'hésitant pas à écrire que le parcours de la raison est, depuis son éveil en Grèce, « l'histoire d'une longue erreur », Préface de *Par-delà le bien et le mal*.

APPRÉHENDER LE PHÉNOMÈNE JURIDIQUE À L'AUNE DE LA JUSTICE : L'AUTRE VERSANT DU DIALOGUE PHILOSOPHIQUE

ALAIN SÉRIAUX*

1 – Normativisme contre «justicialisme»?

L'affaire remonte au premier siècle de notre ère. Dans son fameux dialogue sur les lois¹, Cicéron part en quête de la «vraie science du droit» et propose pour ce faire de «remonter à la source [...] et au chapitre initial du droit». Ce point de départ, il le trouve dans la loi (*lex*). Mais alors qu'en son temps, l'emploi courant du mot *lex* vise tant bien que mal à rendre le concept grec de *nomós*, qui désigne la (juste) part assignée à chacun, l'orateur, soucieux d'établir la science du droit sur des principes aisément déductibles et éloignés de tout esprit de chicane², veut voir dans la loi la

manifestation de «l'esprit, le principe directeur de l'homme qui vit droitement». «Pour [les autres], résume-t-il, la loi c'est l'équité, pour nous c'est le choix»³. Le normativisme venait ainsi de naître. Vingt siècles plus tard, ce qui, dans l'esprit de Cicéron, n'était encore qu'un léger déplacement de sens, apparaît d'une portée autrement considérable. «*Nomós*» est devenu «norme» et le référent légal a pénétré en profondeur tout le champ sémantique du droit. N'est-il pas aujourd'hui presque un truisme de définir le droit comme l'ensemble des règles sociales assorties de contrainte, édictées et sanctionnées par les pouvoirs publics et que les tribunaux ont charge d'appliquer?

Il paraît vain de reprendre ici pour la énième fois une histoire déjà largement balisée. Mais il n'est peut-être pas inutile de nous placer, ne serait-ce qu'un court moment,

* Université de Perpignan.

1 *De legibus*, I, 5-6.

2 L'idée, esquissée dans ce passage (cf. I, 6 *in limine*), est développée plus loin en II, 18-19, où il est question de bien connaître «les principes d'où se tirent les différentes parties du droit». Cette connaissance une fois acquise, «il ne sera pas difficile, avec un peu d'agilité d'esprit, toutes les fois qu'un cas nouveau se présentera, de parvenir à la solution, sachant de quel principe elle doit se déduire» L'esprit de chicane des juristes de profession est au contraire vertement condamné: «Mais les jurisconsultes, soit qu'ils aient voulu nous tromper en faisant paraître à nos yeux leur science comme plus étendue et plus difficile qu'elle ne l'est, soit, ce qui est plus vraisemblable, qu'ils ne sachent pas enseigner

(car il y a un art d'enseigner comme il y a un art de savoir), divisent souvent à l'infini des questions qui sont comprises dans une seule et même connaissance».

3 «Choix» («*delectus*») permet d'insister sur l'idée de droite raison, de raison qui choisit bien. «Pour moi, précise juste auparavant Cicéron dans une étymologie assez fantaisiste, je dérive le nom de *lex* de *legendo*».

«aux commencements», quand l'esprit était jeune et alerte. C'est Aristote qui, le premier, sut identifier philosophiquement le droit. Au début du Livre V de son *Éthique à Nicomaque*, il oppose à la légalité platonicienne, celle qui est à l'œuvre dans la *République*, le *Politique* ou les *Lois*, une beaucoup plus modeste égalité, tantôt géométrique, tantôt arithmétique, dans laquelle il discerne ce point d'équilibre où tout un chacun détient ou reçoit ni plus ni moins que le sien. Le droit lui-même est spécifiquement cet «égal», ouvertement démarqué du «légal». C'est lui qui forme l'objet propre de la vertu de justice, qui attribue à autrui ce qui lui est dû. Vivre conformément à la loi – dans la légalité – n'est qu'une forme générique de justice, celle qui fait de tout homme un citoyen digne d'éloges. Dire le droit est la tâche du juge, auquel nous avons recours comme à une «justice vivante», alors que l'énoncé de la loi incombe au législateur, qui a en charge le bien de la cité – l'utilité commune. Quelques siècles plus tard, les juristes romains ne délivreront pas d'autre message. La seule lecture des titres *De justitia et de jure*, qui ouvrent tant les *Institutes* que le *Digeste*, nous en convaincrerait facilement.

Ce n'est pas ici le lieu de discuter les thèses du Stagirite. Nous voudrions simplement en retenir ceci qu'une réflexion sur la justice constitue, aussi bien et peut-être mieux que la loi, une voie d'accès au droit. Si cette approche a aujourd'hui perdu de sa validité chez la grande majorité des théoriciens du droit, du moins peut-elle se recommander à la fois d'une forte tradition historique et de quelques apports contemporains non négligeables. L'avant-propos du premier recueil d'articles consacré au *Juste* par Paul Ricoeur sonne ici comme un manifeste. «J'ai été conduit à penser, écrit l'auteur, que le juridique, appréhendé sous les traits du judiciaire, offrait au philosophe l'occasion de réfléchir sur la spécificité du droit, en son *lieu* propre, à mi-chemin de la morale [...] et de la politique»⁴. Une telle démarche était déjà, au XIII^e siècle, celle d'un saint Thomas d'Aquin, puis, du XV^e au XVII^e siècle, de la plupart des représentants

de ce qu'il est convenu de nommer la Seconde scolastique. Elle a été plus récemment reprise par des personnalités aussi diverses qu'Alexandre Kojève⁵, Michel Villey⁶ ou Vladimir Jankélévitch⁷, pour n'en citer que quelques-uns.

2 – Triple acception du mot «justice». Tel que le retrace plus ou moins bien n'importe quel dictionnaire, l'usage français du mot «justice» est susceptible de trois acceptions. La justice est d'abord cette vertu qu'en termes canoniques repris d'Ulpien l'on peut définir comme «la constante et perpétuelle volonté d'attribuer à tout un chacun son droit»⁸. Être juste, c'est vivre dans cet état d'esprit où, pour reprendre une formule de Vladimir Jankélévitch, «tout le monde a des droits, sauf moi»⁹. Hors du droit d'autrui respecté, rendu, reconnu, point de justice. D'autres vertus se présenteront à l'appel : l'amitié, la gratitude, la générosité, la religion, le respect et l'honneur dus aux parents... Si toutes ces vertus sociales ne peuvent être comprises sans la justice, elles la débordent néanmoins de toutes parts¹⁰. Le droit est appréhendé ici sous les espèces de l'exigence – ce que nous *devons* aux autres et qu'ils peuvent, le cas échéant, revendiquer contre nous. Mais en filigrane se détache l'idée que le droit est d'abord un objet – *ce que* nous devons, ni plus ni moins¹¹.

L'on aborde alors à la deuxième acception courante du mot «justice», celle que nous sous-entendons dans des formules du genre «la justice règne», «faire justice» ou, plus savamment, «*fiat iustitia pereat mundus*». Que toute chose ait sa place exacte, que tout un chacun n'ait ni plus ni moins que le sien ! Cette justice-là cohabite volontiers

⁴ *Le juste*, éd. Esprit, 1995, pp. 9-10. Un second volume est paru par la suite : *Le juste 2*, éd. Esprit, 2001.

⁵ *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981.

⁶ *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 54 s.

⁷ *Les vertus et l'amour, Traité des vertus (II)*, Flammarion, 1986.

⁸ «*Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*» : *Institutes*, I, 1,3 ; *Digeste*, I, 1, 10.

⁹ *Op. cit.*, chap. 5, VI, p. 67 s.

¹⁰ Cf. THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, IIa-IIae, q. 80 s.

¹¹ Cf. A. SÉRIAUX, «L'objectivité du *ius* selon saint Thomas d'Aquin», *Estudios en homenaje al prof. Javier Hervada (I)*, in *Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, vol. 40, 1999, p. 257.

avec la notion d'ordre au sens où l'entend saint Augustin dans *La Cité de Dieu* : « Une disposition des choses égales et inégales qui donne à chacune sa place »¹². Elle est alors quasiment synonyme de droit, avec toutefois une connotation plus holiste, celle d'un ordre social juste, pleinement conforme au droit¹³.

Dans une troisième acception, « justice » renvoie à une instance ou, mieux, un ensemble d'instances ayant pour mission commune de rendre justice, de déterminer en cas de conflit quel est ce ni plus ni moins qui revient à chacun. Ces instances disent le droit et constituent par là des juridictions. Examinant les sens successifs du mot « droit (*ius*) », Thomas d'Aquin insiste justement sur cet aspect. « Il est d'usage, écrit-il, que les mots soient détournés de leur acception première en vue de signifier d'autres choses : ainsi [...] le mot droit a été utilisé pour signifier la chose juste elle-même, puis il a désigné l'art de discerner le juste ; ensuite le lieu même où se rend la justice [...] ; et enfin l'arrêt, fût-il inique, rendu par celui qui est chargé de faire justice »¹⁴.

3 – La loi, entre contrainte et ordonnancement. Que nous offre, en regard, l'usage courant du mot « loi » ? En dépit d'une réelle polysémie, la loi est d'abord une orientation, tantôt nécessaire en ce qu'elle ne peut manquer de s'accomplir (lois physiques), tantôt obligatoire en ce qu'elle requiert l'obéissance de ses destinataires (lois morales). Ce caractère plus ou moins contraignant paraît si bien être de son essence qu'une étymologie aussi ancienne que constante voit dans le latin *lex* un dérivé du verbe *ligare*, lier. La loi est le lien des cités, ce qui les tient et les protège comme

un rempart, enseigne déjà Héraclite¹⁵. À l'heure de choisir entre la mort et l'exil, c'est le souci de fidélité aux lois – celle d'Athènes – dont on a jusqu'ici accepté librement le joug qui l'emporte dans l'esprit de Socrate. Il mourra donc, puisque celles-ci le commandent¹⁶.

Plus profondément, la loi est aussi, dans les rapports humains, principe d'ordre ; si elle ordonne (au sens de commander), c'est pour ordonner les hommes entre eux en établissant les droits et devoirs de chacun. Par le truchement des lois, voici l'ordre juridique institué et doté de l'exigibilité souhaitable. L'on rejoint par là un troisième sens, plus formel, dans lequel la loi est l'acte propre du législateur, à la fois souverain et fondé du pouvoir de gouverner ses concitoyens. Par ses règles générales et impersonnelles, le législateur détermine ce qui revient à chacun. Le juge, a-t-on vu, assume le même rôle, mais il le fait désormais dans un cadre plus restreint : celui que lui fixe la loi, qu'il est simplement chargé de concrétiser pour les justiciables relevant de sa compétence.

Par des chemins légèrement différents, justice et loi mènent bien toutes deux au droit. Dès le départ, celui-ci apparaît comme l'objet de l'une comme de l'autre : objet immédiat, pour la justice, dans la mesure où celle-ci tend à se confondre avec le droit réalisé ; objet plus médiateur, pour la loi, qui cherche seulement à en susciter la réalisation en indiquant les voies qui lui paraissent les plus appropriées. Y a-t-il alors place pour une véritable confrontation ? Il est, nous semble-t-il, de bonnes raisons de l'admettre. Tant au plan ontologique qu'au plan épistémologique, la perception du droit en termes de justice peut au moins prétendre servir d'utile correctif aux approches normatives dominantes.

4 – Un dialogue ontologique. La loi ne se confond pas avec le droit ; elle est tout au plus une règle *du* droit¹⁷.

12 *Cité de Dieu*, XIX, 13 : « *Ordo est parium dispariumque rerum sua loca tribuens dispositio* ».

13 Cette synonymie est courante dans le langage des philosophes. On la trouve en particulier chez PASCAL, *Pensées*, 82 (« La justice et la vérité sont deux pointes si subtiles... »), 294 (« Plaisante justice qu'une rivière borne... »), 312 (« La justice est ce qui est établi... »), 375 « J'ai passé longtemps de ma vie en croyant qu'il y avait une justice... », etc.

14 *Somme théologique*, IIa-IIae, q. 57, art. 1, ad 1.

15 Cf. HÉRACLITE, *Fragments*, 44 : « Le peuple doit combattre pour la loi comme pour ses murailles ».

16 Cf. *Criton*, 50-52.

17 Et non une règle *de* droit, comme les normativistes tendent trop facilement à le dire. La loi est aussi une règle de droit, mais en un autre sens : celui de règle établie en conformité avec des principes juridiques plus élevés, la constitution par exemple.

Une théorie de la justice permet en effet de mettre l'accent sur le caractère d'ajustement entre les personnes qui est de l'essence du droit. Un ajustement ne saurait se satisfaire d'approximations: il lui faut une mesure exacte qui détermine un ni plus ni moins – le juste. C'est précisément pour cette raison que, dans un système politique où la loi occupe le centre de la production normative, les dispositions légales ont besoin de la sentence judiciaire pour leur application correcte. Thomas d'Aquin a fort bien vu cela. «La loi, explique-t-il, n'est pas le droit, mais une certaine mesure du droit (*aliqualis ratio iuris*)». Et de proposer une analogie avec la création artistique, où l'idée générale sur l'œuvre à venir sert à l'artiste de source d'inspiration¹⁸. Le droit se situe ainsi davantage du côté de l'équité, cette mesure propre au cas particulier, que du côté de la loi, par essence beaucoup plus générique. Mieux, le droit s'incorpore à cela-même qui a été jugé – il est à proprement parler cette «chose jugée» que l'on trouve dans le dispositif d'une sentence judiciaire. *Mutatis mutandis*, des observations analogues mériteraient d'être faites à propos des règlements. Malgré leur plus grande précision, les dispositions réglementaires conservent par définition une dose irréductible de généralité qui appelle de soi des déterminations encore plus précises. Les hiérarchies juridiques fonctionnent la tête en bas: voilà ce que risquent de négliger les théories normatives du droit.

Ces concrétisations peuvent être le fait du gendarme; mais elles sont surtout celles du juge dont la mission consiste principalement à dire le droit dans les cas douteux. L'action du premier se situe dans le prolongement de celle de la loi ou du règlement qu'il se borne à appliquer; l'acte du gendarme exploite le performatif légal, empruntant à la loi-même sa force d'obliger (*potestas*). L'action du second, au contraire, est avant tout celle d'un interprète qui, en vertu de son *auctoritas*, ajoute à la norme sa propre interprétation. L'acte du juge constitue, pour les justiciables, ce que l'on peut appeler, par analogie avec la conscience morale, la «norme prochaine de juridicité», car c'est le jugement

et non la loi qui est coextensif au droit. La «justiciabilité»: voilà bien, comme le souligne Jean Carbonnier¹⁹, un critère passable du juridique. À la rigueur, le droit peut se passer de lois; mais il ne peut évacuer le juge. Encore convient-il de préciser que le procès et son résultat ne produisent du droit que pour l'affaire directement soumise à la juridiction du juge. Ce que nous nommons chez nous «jurisprudence» n'est au fond que la somme, d'origine judiciaire, des déterminations supplémentaires des critères légaux. Mais cette jurisprudence appelle à son tour d'autres précisions issues d'autant de nouvelles sentences *ad hoc* rendues pour des cas particuliers. Pour parler comme les économistes, le droit se situe dans le dispositif de la sentence «marginale»: celle qui, récapitulant les critères précédemment dégagés par les sentences antérieures, en tire les conséquences pour un ultime justiciable.

Le juge lui-même ne tient son enviable position que de l'objet de son activité: ajuster les parties, déterminer le point d'équilibre qui doit régner entre elles pour que chacune occupe à l'égard de l'autre la position juste. Si le juge est une «justice vivante», ce n'est pas en raison de son impartialité personnelle, mais parce qu'il tient structurellement la position liée à son activité-même: être, à égale distance des parties, ni d'un côté, ni de l'autre, l'homme du juste milieu. L'impartialité est l'essence de l'idée de juge parce que, pour être tel, tout jugement doit être dépassionné: exclusivement raisonnable. On ne peut en dire autant du législateur. Quel que soit son niveau supposé de désintéressement²⁰, le législateur statue chez lui, pour ses propres sujets; la règle qu'il édicte vaut aussi pour lui. Son intervention est ainsi toujours d'ordre communautaire. Le juge, en revanche, occupe la position d'un véritable «tiers»,

19 *Sociologie juridique*, PUF, 2^e éd., 2004, p. 319 s.

20 L'affaire est délicate. Le fonctionnement des systèmes politiques démocratiques montre combien les membres élus des corps législatifs sont guidés par des orientations partisans, où la distinction ami/enennemi chère à Carl Schmitt trouve l'une de ses plus belles illustrations. Pour accéder à la réalité d'un législateur impartial, il faut en passer par l'idée de volonté générale, comme l'ont parfaitement senti Rousseau et Kant après lui.

18 *Op. cit.*, IIa-IIae, q. 57, art. 1, ad 2.

étranger aux relations entre les justiciables. Il règle un litige qui n'est en aucune manière le sien. Le droit, dans sa pureté, requiert cet élément d'extranéité, qui le soustrait tôt ou tard à l'emprise des lois²¹.

5 – Un dialogue épistémologique. Dans le processus épistémologique qu'appelle la connaissance du droit, la pensée normative est conduite à voir dans la loi ou dans ce qui en tient lieu (un précédent judiciaire quelconque), un donné dont il faut toujours partir. La règle n'est-elle pas, par définition, dotée de force contraignante? Dans ces conditions, l'accent est essentiellement mis sur l'application de la règle au cas et la forme du discours juridique correspond à celle d'un syllogisme où la majeure est la règle, la mineure le cas – tenu pour constant – et la conclusion le jugement qui tranche dans un sens ou dans l'autre. La qualification des faits relève elle-même de l'étiquetage: il s'agit d'appliquer au cas des désignations légales préétablies. Le seul «moment» où le juge recouvre une certaine liberté est celui de l'interprétation, quand il s'agit de dégager le sens de la règle et de décider de son applicabilité au cas considéré. La configuration générale de ce processus est donc de type hiérarchique; elle répond à ce que l'on peut appeler, dans le sillage d'Alvaro d'Ors, une mentalité «ordonnatrice»²². Elle a fait florès dans l'enseignement du droit en France

21 Deux remarques, ici. D'abord, que le droit ne se dit jamais aussi librement que lorsqu'il est soustrait à l'emprise des lois, notamment dans les rapports internationaux (entre États) ou transnationaux (entre particuliers). Ensuite, que la situation du juge soumis aux lois de son pays, lois qu'il doit appliquer (juge-fonctionnaire), est plus problématique que celle du juge indépendant, choisi par les justiciables pour sa seule compétence reconnue dans les matières où il doit statuer (juge-arbitre). Dans les cas extrêmes (l'application de la législation antisémite sous le régime de Vichy, par exemple), le premier n'a d'autre choix que se soumettre ou se démettre, alors que le second peut librement se laisser guider par son sens de la justice.

22 Cf. «La mentalidad jurídica», in *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, CSIC, Rome-Madrid, 1973, p. 35 s. Dans la version castillane originelle, d'Ors utilise lui-même un néologisme intraduisible comme tel: *ordonancista*, caractérisé par le fait de mettre en ordre les règles et les comportements qu'elles régissent. L'idée se retrouve chez Aristote lorsqu'il évoque la prudence architectonique, celle qui convient au bon gouvernant.

durant la majeure partie du XX^e siècle et, avec de plus en plus de réserves, jusqu'à nos jours.

Elle ne correspond néanmoins qu'assez partiellement à l'authentique œuvre de juridiction telle qu'elle s'évince d'une approche axée sur la justice. Que fait en effet le juge ou, plus largement, tout juriste soucieux de dégager la solution correcte dans une affaire déterminée – l'avocat qui plaide pour un client, le professeur de droit consulté lorsque la question s'avère par trop délicate? Avant tout, comprendre clairement l'enjeu du débat – ce qui, dans le cas précis soumis à son jugement, se trouve véritablement en cause. Cette opération fondamentale implique la reconstitution rétrospective des faits qui ont donné lieu au travail d'historien, si l'on veut, à ceci près que le juriste sélectionne ceux des faits qui importent vraiment au regard du point débattu – sous réserve qu'ils soient dûment établis. Cet exercice culmine dans une qualification au moins sommaire des faits, celle qui provient des faits eux-mêmes et non de termes législatifs préconçus dont on ne sait pas même encore s'ils ont vocation à s'appliquer au cas²³. Sur la base de ce pré-jugement s'ouvre la seconde phase du travail juridique: la quête des principes aptes à régler correctement le cas. À ce stade de nouvelles questions surgissent, qui obligent à revenir aux faits et parfois à en sélectionner de nouveaux, négligés jusqu'ici. Au cœur de ce va-et-vient se loge bien sûr le travail d'interprétation, pour lequel il est également bon de s'enquérir d'éventuels précédents. Mais ce travail ne consiste pas en une simple élucidation de la *ratio legis*; c'est bien plutôt à une confrontation entre le sens du droit qui s'évince du cas²⁴ et la réponse qu'offrent les lois ou les précédents sollicités qu'il s'agit de se livrer. À chacune de ces étapes, un échange serré d'arguments *pro* et *contra*, sans être absolument indispensable, est néanmoins largement susceptible de faciliter la tâche de qui doit dire

23 Cf. A. SÉRIAUX, «La qualification ou l'entre-deux du droit», *Mélanges Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, à paraître.

24 «*Ex facto ius oritur*», enseigne un vieil adage médiéval. La réponse (ou au moins un principe de réponse) à la question est dans la question elle-même. «Lisez bien l'énoncé», enjoint le professeur à ses élèves.

le droit. Que feraient les (mauvais) juges sans les (bons) avocats? À cette démarche de type «casuiste»²⁵ correspond la méthode d'apprentissage du droit chez les juristes de *Common Law*. Les motivations des décisions de justice, avec leur exposé des faits et leur présentation des arguments de droit, en fournissent d'excellents exemples vécus.

Il y aurait ici encore fort à gagner à réévaluer le travail législatif à la lumière de ce processus. Le législateur statue lui aussi sur des cas – ceux qui adviennent le plus souvent. Pour les régler par ses dispositions, il doit lui aussi se les représenter mentalement après les avoir sélectionnés. Ils détermineront autant de conditions *de fait* dont la conséquence *de droit* constituera le cœur du dispositif légal²⁶. La quête de principes régulateurs n'est pas non plus absente de ce travail et, si l'on veut bien y réfléchir, ces principes ne sont pas moins contraignants que ceux qui pèsent sur un simple juge. Certes le législateur est souverain, dit-on; partant, sa liberté de dire le droit devrait être plus grande que celle d'un juge. Mais le législateur ne s'inscrit-il pas lui aussi dans une tradition éthico-juridique dont il n'est que l'ultime maillon? Même des dispositions révolutionnaires doivent tabler sur le droit antérieur, ne serait-ce que pour le renverser adéquatement. *Volens nolens* les règles nouvelles sont pensées pour et dans un contexte juridique, passé et présent, dont il leur est impossible de faire abstraction. Les normativistes les plus scrupuleux en ont d'ailleurs pris nettement conscience. N'est-ce point là le sens profond de l'ultime version de la norme fondamentale de Kelsen ou de ce que Hart nomme la règle de reconnaissance?

25 A. D'ORS, art. précité, utilise pour la décrire le néologisme de «*judicialista*».

26 Cf. A. SÉRIAUX, «Trancher. Une sémantique de l'acte de juger», *Arch. phil. droit*, 53 (2010), p. 478 s., n° 10.

LES THÉORIES DE LA JUSTICE VUES PAR UN ÉCONOMISTE

DE « L'ÉCONOMIE DU BIEN-ÊTRE » AU « POST-WELFARISME » CONTEMPORAIN

CLAUDE GAMEL*

Introduction / Droit et économie : des évolutions contrastées?

Mon propos est de présenter, dans un colloque consacré aux rapports entre théories du droit et théories de la justice, comment ces dernières sont perçues par un économiste. À l'égard des questions de justice, la comparaison de la démarche des deux disciplines – droit et économie – est sans doute pertinente, car elle semble révéler un contraste frappant : en effet, si l'on en croit le texte de présentation du colloque, « la modernité a exclu « la justice », comprise comme la recherche de ce qui est « juste », du discours des juristes : sauf exception, elle n'appartient plus à leur argumentation ; elle ne sert plus à définir la finalité du droit ». Or, ce que je voudrais essayer de montrer ici, c'est qu'on pourrait pratiquement affirmer l'inverse à propos de l'économie.

Il y a une quarantaine d'années, l'économie normative, démembrément spécialisé de la discipline où sont

a priori évoquées les questions de justice, se réduisait à la « nouvelle » économie du bien-être (*New Welfare Economics*) d'inspiration foncièrement utilitariste : ainsi qu'on le verra plus loin, l'objectif était bien de maximiser une fonction d'utilité collective – rechercher « le plus grand bonheur du plus grand nombre » comme aurait dit Bentham –, mais en évitant les comparaisons interpersonnelles d'utilité et en se contentant de préférences ordinales et de la recherche unanimiste d'un « optimum de Pareto »¹. Dans cette perspective, le statut « positif » et « objectif » de la discipline en

1 Un état de la société est dit « optimal au sens de Pareto », s'il n'existe aucun autre état social meilleur au sens du critère de Pareto ; selon le « critère de Pareto », un état x de la société est meilleur qu'un état social y, si au moins un individu préférerait vivre dans l'état x plutôt que dans l'état y, alors que tous les autres seraient « indifférents » à vivre en x ou en y ; l'unanimité au sens large du terme (« qui ne dit mot consent ») provient du fait qu'en l'espèce aucun individu ne s'opposerait au passage à l'état social x en préférant inversement vivre en y plutôt qu'en x. Pour appliquer un tel critère, il suffit que les préférences des individus soient « ordinales » : ceux-ci doivent être uniquement capables de classer leurs choix, mais pas de mesurer le niveau d'utilité associé à chacun d'entre eux, ni la variation d'utilité en passant de l'un à l'autre.

* Université d'Aix-Marseille (école d'économie d'Aix-Marseille), CNRS & EHESS.

sortait, semblait-il, renforcé, puisque l'optimalité de Pareto n'est pas vraiment un critère de justice, mais plutôt un critère d'efficacité, qui limite les jugements de valeur en ne tolérant que des transformations sociales qui font consensus.

C'est dans ce contexte que la publication en 1971 de *A Theory of Justice* de Rawls va constituer un événement important qui va bouleverser l'économie normative : « mon but, affirmait d'emblée Rawls (1987 : 49), est d'élaborer une théorie de la justice qui représente une solution de rechange à la pensée utilitariste en général et donc à toutes les versions différentes qui peuvent en exister ». Indubitablement, l'ouvrage de Rawls va immédiatement intéresser les économistes importants de l'époque, comme Arrow ou Hayek, ou qui vont le devenir par la suite, comme Sen ou Kolm. Il faut dire que Rawls fréquentait personnellement plusieurs d'entre eux en participant à des séminaires d'économie à l'université de Harvard² et il a donc une bonne connaissance de la théorie économique de l'époque, ce qui est plutôt rare pour un philosophe, connaissance (ensembles convexes, courbes d'indifférence, critère de Pareto...) qu'il exploite d'ailleurs dès les premiers chapitres de sa théorie de la justice. En d'autres termes, l'impact de l'ouvrage de Rawls chez les économistes s'explique aisément et a largement contribué à ouvrir la phase actuelle de l'économie normative, souvent qualifiée de « post-welfariste » ou de « non welfariste »³ : en diversifiant ainsi les approches, les économistes, contrairement, semble-t-il, aux juristes, se sont réappropriés dans les dernières décennies l'examen des questions de justice, lesquelles constituent désormais un thème central de ce qu'on appelle de nos jours la « philosophie économique » (*Philosophy and Economics*).

2 Sur ce point, cf. les souvenirs personnels d'un des participants [Kolm (2003)].

3 On qualifie aujourd'hui de « welfariste » toute approche de la justice, où les utilités ou préférences individuelles sont considérées comme les seuls matériaux pertinents pour évaluer le bien-être collectif ; l'utilitarisme classique est ainsi une approche welfariste de la justice, mais il en existe d'autres. *A contrario*, les théories « non welfaristes » de la justice refusent de considérer l'utilité des individus comme un argument essentiel de l'analyse.

Plus précisément, mon propos ici sera de donner un aperçu de l'éventail des principales perspectives aujourd'hui explorées par les économistes en matière de justice sociale. Et il va de soi que la sélection opérée se concentre sur les tendances largement reconnues et ne prétend nullement à l'exhaustivité (de nouvelles approches en gestation sont volontairement laissées de côté⁴), ni même à l'objectivité (la place ici accordée à telle ou telle théorie, plus que le fait de l'avoir sélectionnée, pourrait être contestée et, en ce sens, il s'agit bien des théories de la justice vues par *un* économiste⁵).

Ces restrictions indispensables étant posées, quatre branches nous semblent devoir être retenues, que l'on abordera dans un ordre essentiellement chronologique, car les premières ont largement suscité l'apparition des dernières :

En tout premier lieu (I), il nous faut revenir sur l'approche « welfariste » de la justice, brièvement évoquée ci-dessus, qui n'a pas disparu, loin de là ; « l'économie du bien-être » ne fait que partager aujourd'hui le champ de l'économie normative dont elle avait, jusqu'à la fin des années 1960, la quasi-exclusivité ; ce rappel est d'autant plus indispensable qu'il permet de mesurer le chemin parcouru depuis dans trois autres directions que l'on qualifiera pour cette raison de « post-welfaristes ».

La première de ces directions post-welfaristes est bien sûr constituée des travaux d'économistes issus du « contractualisme » rawlsien (II) ; il s'agira d'expliquer moins ce que les économistes ont massivement retenu de Rawls que d'insister sur l'innovation fondamentale que son analyse introduit selon nous pour les théories économiques de la justice.

4 Le « libéralisme de gauche » de philosophes comme Cohen (1995) ou Vallentyne et Steiner (2000) reste à cet égard très prometteur, mais il n'a pas encore de retombées assez précises en économie normative.

5 En revanche, des théories comme celle de « l'habilitation » [Nozick (1974)] ou de la « non envie » [Kolm (1972), Varian (1974)] aurait certainement eu leur place dans des exposés plus complets, ainsi qu'à un moindre degré, les travaux sur l'égalitarisme et la responsabilité de Dworkin (1981-b), Arneson (1990) ou Roemer (1998) ; cf. respectivement Gamel (1992) et (2006).

L'évolutionnisme contemporain (III), que l'on qualifiera aussi de « non welfariste », est la plus indépendante des théories de la justice, car elle existait déjà en marge du welfarisme initial et a trouvé un écho largement amplifié à travers l'œuvre de Hayek *Law, Legislation and Liberty*, parue peu de temps après *A Theory of Justice* de Rawls. De notre point de vue, l'évolutionnisme hayékien, s'il est très critique à l'égard de l'expression même de « justice sociale », développe néanmoins une conception implicite de la justice en société.

Enfin, dernière direction majeure apparue dans le panorama des théories post-welfaristes de la justice, l'approche de la justice de Sen que lui-même qualifie de « comparatiste » dans son récent ouvrage de 2009 *The Idea of Justice*; on verra que cet ouvrage traduit une évolution progressive depuis les années 1970 de la pensée de Sen, qui, séduit à l'origine par le regard critique introduit par Rawls, s'en détache peu à peu pour proposer à travers le « comparatisme », une approche alternative au « contractualisme » rawlsien.

I. Le « welfarisme » longtemps dominant : le champ clos de l'économie du bien-être

L'emprise de l'économie du bien-être sur l'économie normative remonte aux origines de la théorie économique moderne, et, plus précisément, de la théorie microéconomique; dès lors que celle-ci s'est appuyée sur la notion d'utilité pour analyser le comportement des agents sur les marchés, on peut considérer que celle-ci est devenue une version raffinée d'une philosophie particulière, l'utilitarisme, dont elle adoptait le « principe d'utilité », non seulement en matière de comportement individuel mais aussi en matière de norme collective de justice. Or c'est précisément le caractère opérationnel de cette norme qui va aussitôt poser problème: comment en effet réaliser « le plus grand bonheur du plus grand nombre » ou, ce qui revient au même, comment maximiser l'utilité collective de la population, définie comme la simple somme des utilités des individus qui la composent? Cette question va provoquer à l'intérieur de l'économie normative un schisme opposant ce qu'il est

convenu d'appeler encore aujourd'hui « l'ancienne » à la « nouvelle » économie du bien-être.

Du côté de l'ancienne économie du bien-être, dominante au moins jusque dans les années 1920, le principe d'utilité appliqué à la norme de justice suppose, d'une part, que chaque individu soit capable de mesurer le niveau d'utilité qu'il ressent et, d'autre part, que ce niveau d'utilité puisse être comparé au niveau d'utilité indiqué par les autres individus, puisqu'il s'agit d'en faire la somme; le premier problème est celui de la mesure « cardinale » de l'utilité, le second celui de la « comparaison interpersonnelle » de ces utilités.

Par ailleurs, en admettant ces problèmes résolus, d'autres questionnements surgiraient si l'on parvenait ainsi à instaurer la maximisation de l'utilité collective; tout d'abord, le plus grand bonheur du plus grand nombre n'assure pas forcément le plus grand bonheur de tout le monde; le plus souvent il faudra donc sacrifier des individus à la réalisation de cette norme et, comme l'utilitarisme est purement « conséquentialiste », il n'y a pas *a priori* de limite à l'ampleur des sacrifices individuels à consentir (en termes de revenus, voire de droits élémentaires) pour le bonheur collectif. Ensuite la norme du plus grand bonheur suppose la recherche de l'agrégat maximal, peu importe en fait la répartition plus ou moins inégalitaire de ce quantum; or, dans certaines configurations, une telle norme pourrait tout aussi bien légitimer une aggravation des inégalités de bien-être⁶.

6 Pour éviter une telle dérive ou, du moins, une telle incertitude, les économistes de l'ancienne économie du bien-être vont ajouter à leur analyse une hypothèse *ad hoc*, en supposant l'identité fondamentale des fonctions individuelles d'utilité, hypothèse simplificatrice d'autant plus aisément acceptée qu'il se révèle difficile, voire impossible, de spécifier dans le détail la psychologie de chaque individu et donc la nature de la fonction d'utilité qui lui serait propre. Mais, conséquence non recherchée d'une telle hypothèse, la maximisation de l'utilité collective d'individus aux fonctions d'utilité parfaitement identiques conduit l'ancienne économie du bien-être à recommander une répartition parfaitement égalitaire des ressources entre les individus. Ce penchant égalitariste de l'ancienne économie du bien-être est donc purement contingent et n'est

Les remarques précédentes contiennent autant d'objections fondamentales formulées par les adversaires de l'ancienne économie du bien-être :

- Malgré les recherches importantes menées à l'époque, il demeure vain de vouloir mesurer cardinalement l'utilité d'un individu, comme on peut le faire pour la température dans une pièce, pour laquelle il existe plusieurs échelles de mesure (degré Celsius, degré Fahrenheit,...) et une clé de conversion de l'une à l'autre. *A fortiori* les utilités de deux individus restent incomparables, car les échelles de mesure que l'un et l'autre utilisent ont toutes chances d'être distinctes et il n'existe aucune clé de conversion fiable entre elles.
- Dans ces conditions, vouloir additionner des niveaux d'utilité exprimés dans des échelles différentes pour mesurer l'utilité collective reste impossible et, même si cela se révélait un jour envisageable, un tel exercice donnerait un pouvoir énorme à « l'arbitre impartial et bien intentionné » qui ferait ce calcul. Or quelle institution autre que l'État pourrait-elle être candidate à une telle fonction, État qui pourrait vite déraiper vers une forme autoritaire, voire totalitaire d'intervention sur la société ?
- Enfin les tolérances utilitaristes de l'ancienne économie du bien-être sur le sacrifice légitime d'une minorité, voire sur l'aggravation dans certains cas des inégalités ne manqueront pas d'être critiquées et apparaîtront comme autant de points faibles de l'analyse.

Dès lors, on comprend que, dès les années 1930, de nombreux économistes aient pris leurs distances avec l'orthodoxie de l'époque, pour prôner l'émergence d'une « nouvelle » économie du bien-être moins sujette à caution. C'est dans cette perspective que les partisans de cette nouvelle école vont emprunter des concepts à l'économiste

et sociologue du début du XX^e siècle Vilfredo Pareto, concepts qu'ils vont d'ailleurs détourner de l'usage que voulait en faire ce dernier, tout en lui rendant hommage en les appelant respectivement « critère » et « optimum » de Pareto. Comme on l'a évoqué précédemment (cf. introduction *supra*), ces notions vont permettre à la nouvelle économie du bien-être de poursuivre, à travers la recherche d'un « optimum de Pareto », l'objectif utilitariste de maximisation de l'utilité collective, mais en sélectionnant drastiquement les concepts et les outils à utiliser pour y parvenir :

- D'un point de vue technique, pour savoir si un état social est meilleur qu'un autre au sens de Pareto, il suffit que chaque individu soit capable de hiérarchiser ses choix, de les ordonner ; en d'autres termes, une conception ordinale des préférences, plus simple, se substitue à la vaine recherche de la mesure cardinale de l'utilité.
- Dès lors s'estompe la fiction d'un État « arbitre impartial et bien informé », capable d'imposer sa norme de justice sociale en manipulant le calcul du plus grand bonheur, puisque l'agrégation des utilités individuelles n'est plus nécessaire.
- À l'inverse seules sont acceptées les transformations sociales qui peuvent profiter à tous, ce qui donne une sorte de droit de veto à chaque individu autonome, lequel peut empêcher la transformation envisagée en s'y opposant.

Le résultat le plus important de la nouvelle économie du bien-être, qui illustre aussi la sélection draconienne des moyens à utiliser pour maximiser l'utilité collective, est fourni par le « premier théorème de l'économie du bien-être » ; celui-ci affirme en substance qu'« un état social où des marchés concurrentiels fonctionnent à l'équilibre constitue un optimum de Pareto ». En d'autres termes, l'équilibre des marchés résulte de la conclusion de contrats d'achat et de vente acceptés par des individus autonomes, qui ont tous considéré que leur situation personnelle était meilleure après la conclusion qu'avant (respect du critère de Pareto) ; à la fermeture du marché et dans le contexte

absolument pas fidèle à la philosophie utilitariste qui en constitue les fondements.

en vigueur à ce moment-là (répartition donnée des revenus notamment), l'état social ne peut donc plus être encore amélioré à l'avantage de tous, ce qui permet *a contrario* de le considérer comme un optimum de Pareto.

Si ce premier théorème, d'orientation manifestement libérale, assure la convergence théorique entre l'équilibre général des marchés et l'optimalité de Pareto, il en existe un second, plus interventionniste, qui affirme qu'un optimum de Pareto quelconque peut être atteint dans les conditions de la concurrence pure et parfaite, dès lors que le régime initial des droits de propriété et/ou l'allocation initiale des ressources auront été modifiés en conséquence. En d'autres termes, si l'État ne se satisfait pas de l'optimum de Pareto issu du fonctionnement concurrentiel des marchés, à lui d'intervenir et de modifier les dotations initiales des individus (en agissant sur la répartition des revenus et des richesses) pour amener les marchés, une fois ces transferts de revenus opérés, à atteindre un autre optimum de Pareto (plus égalitaire, par exemple).

De tout cela, on retiendra que la nouvelle économie du bien-être a gagné en précision et en rigueur par rapport à l'ancienne, mais qu'à l'inverse de celle-ci elle a perdu l'énoncé d'une norme précise de justice (l'état social assurant dans l'absolu l'utilité collective maximale), même si celle-ci était en fait impossible à atteindre. Ne peuvent désormais être considérés qu'une infinité d'états optimaux au sens de Pareto, incomparables les uns aux autres, relatifs aux états sociaux initiaux dont ils sont issus et entre lesquels il n'existe donc pas d'«optimum optimorum».

Au total, le champ clos de l'économie du bien-être a été le théâtre au milieu du XX^e siècle d'un important bouleversement provoqué par la réflexion sur la meilleure manière d'appliquer le critère de justice sociale qui lui est propre, à savoir la maximisation de l'utilité collective. De nos jours, les outils et la méthode progressivement imposés par la «nouvelle» économie du bien-être sont toujours d'actualité pour la plupart des économistes, notamment pour ceux qui considèrent que la Pareto-optimalité – ou la Pareto-efficacité (expression plus souvent utilisée aujourd'hui) – est le

critère dont on peut spontanément se contenter, lorsque les problématiques étudiées sont strictement économiques et/ou ne nécessitent pas une approche plus approfondie en matière de justice. Entre l'économie positive et l'économie normative version «nouvelle» économie du bien-être, il existe donc une certaine porosité qui rend floue la ligne de démarcation entre les deux.

En revanche, lorsqu'on prend conscience que ce «welfarisme», encore dominant par simple inertie dans toute la discipline, ne l'est plus, loin s'en faut, au sein de la seule économie normative, on mesure le chemin parcouru par les économistes, lorsqu'ils ont accepté de considérer des approches manifestement non welfaristes, de sorte qu'aujourd'hui cette économie normative, quant à elle, est déjà manifestement «post-welfariste». La première théorie «post-welfariste» à retenir est issue de l'œuvre de Rawls et du contractualisme qui la caractérise.

II. La première théorie «post-welfariste» : le contractualisme de Rawls

Il est impossible d'exposer ici les multiples raisons qui ont conduit Rawls à vouloir développer «une solution de rechange à la pensée utilitariste». Parmi celles-ci, figure en bonne place le caractère téléologique de la philosophie utilitariste, où le «bien» moral («l'utile») est défini prioritairement sur le «juste» (réduit à la maximisation du «bien»); selon Rawls, une véritable théorie de la justice doit avoir un caractère foncièrement déontologique et procéder de manière inverse, en définissant d'abord le «juste» (la «procédure» sociale, c'est-à-dire les règles du jeu social à respecter), avant de s'intéresser au «bien» (le respect de la «procédure» en question).

De ce caractère téléologique de l'utilitarisme découlent en particulier les deux critiques déjà évoquées à propos de l'ancienne économie du bien-être, à savoir l'insensibilité de la conception utilitariste de la justice à la répartition des satisfactions entre les individus, d'une part, et, d'autre part, le sacrifice *a priori* légitimé d'une minorité des individus au nom de la maximisation de l'utilité collec-

tive : « La pluralité des personnes n'est pas vraiment prise au sérieux par l'utilitarisme », affirme ainsi Rawls (1987 : 53).

Quoi qu'il en soit, ce souci de la procédure sociale se retrouve à un méta-niveau dans la genèse des principes de justice eux-mêmes, que Rawls va proposer. Comme on le sait, il s'inscrit dans le sillage de Rousseau en reprenant la fiction d'un « contrat social » à la source de la vie en société ; mais alors que la démarche de Rousseau est une œuvre de philosophie politique visant à faire émerger la « volonté générale », celle de Rawls est une œuvre de philosophie morale dont l'objectif est de jeter les bases d'une société juste. C'est pourquoi à la fiction rousseauiste d'une assemblée des citoyens constitutive de l'ordre social, Rawls va ajouter une seconde fiction, le « voile d'ignorance » dans la « position originelle » ; car il s'agit que chacun citoyen fasse abstraction de ses talents naturels susceptibles d'influer sur sa position sociale dans la société future. C'est à cette condition que, selon Rawls, les citoyens sont censés émettre des choix à portée morale, qui ne soient pas biaisés par l'intérêt personnel. De plus, si chacun fait cet effort de distanciation à l'égard de sa propre personne, Rawls est convaincu que les principes de justice seront définis à l'unanimité et qu'il n'y aura nul besoin de voter.

Bien que les deux principes de justice de Rawls soient de nos jours bien connus, il est utile de les rappeler brièvement (selon notre traduction), avant d'en préciser la hiérarchie sans laquelle leur logique d'ensemble ne peut être réellement perçue :

- Le premier principe est un « principe d'égaux libertés » : « Chaque personne a un droit égal au système le plus étendu de libertés fondamentales, compatible avec le même ensemble de libertés pour tous les membres de la société ».
- Le « second principe de la justice » ne porte pas de nom particulier et comporte deux volets : « Les inégalités économiques et sociales doivent, d'une part, être agencées pour le plus grand avantage des individus les moins favorisés [« principe de différence »] et, d'autre part, liées à des fonctions et à des situa-

tions ouvertes à tous dans des conditions d'égalité réelle des chances [« principe de juste égalité des chances »] ».

Si le premier principe n'a rien de très original sur le fond⁷, il joue néanmoins un rôle fondamental, car il est aussi le premier dans la hiérarchie rawlsienne et l'emporte donc sur le second : par voie de conséquence, il n'est jamais légitime de réduire les inégalités économiques et sociales, si c'est au prix du rétrécissement de la sphère des libertés publiques, ce qui fait sans nul doute de Rawls un auteur politiquement libéral.

Mais la hiérarchie doit encore être affinée, puisque le second principe comporte deux volets ; or le principe de « juste égalité des chances » l'emporte sur le « principe de différence », la théorie rawlsienne se caractérise par une double hiérarchie :

« égales libertés » > « juste égalité des chances » > « principe de différence ».

La première hiérarchie (« égales libertés » > « juste égalité des chances ») implique notamment qu'entre deux organisations de la société équivalentes sur le plan des libertés publiques, il faudra choisir celle qui assure le mieux l'égalité réelle des chances (et pas une simple égalité formelle) entre les individus. Cela suppose notamment que les systèmes d'éducation et de santé soient organisés en conséquence (écoles gratuites ou chèques éducation, par exemple), à travers une tutelle publique sur la production et surtout sur la répartition de ces biens, qui sont par nature des biens privés et donc marchands. Quelles que soient les modalités retenues, on a la confirmation que Rawls est ainsi un philosophe très sensible à l'idée d'égalité, que l'on retrouve aux deux niveaux de cette première hiérarchie.

Si deux organisations de la société sont tout à fait équivalentes en termes d'égalité dans les libertés et en termes d'égalité des chances, alors entre en jeu la seconde

⁷ Il fait notamment écho à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ».

hiérarchie (« juste égalité des chances » > « principe de différence ») : dans ce contexte, il faudra alors préférer, selon Rawls, l'organisation de la société qui offre aux plus pauvres la meilleure situation. Autrement dit, la philosophie rawlsienne de l'égalité atteint ici ses limites car, loin de tenter de résoudre le problème de la pauvreté par la solution radicale de l'égalité des revenus et/ou des richesses, Rawls préconise ce qu'on pourrait appeler de « justes inégalités ».

Ces inégalités sont justes, dès lors que l'écart des revenus entre riches et pauvres se ferait, non pas au détriment des plus pauvres, mais à leur avantage car, par définition, ils en seraient les premiers bénéficiaires ; et c'est ici que Rawls se révèle non seulement politiquement libéral (cf. *supra*), mais aussi économiquement libéral : avant de partager les richesses, il faut d'abord les produire et la fonction des inégalités économiques et sociales est de stimuler l'ardeur des plus productifs, sans lesquels il n'y aurait que peu à partager : le plus défavorisé sera mieux loti dans une économie riche mais inégalitaire (parce qu'inégalitaire, pourrait-on même dire) sur le plan des revenus et des richesses, que dans une économie trop égalitaire, mais de ce fait plus pauvre, car ayant cassé ou abîmé le ressort de l'incitation à produire.

Bien que Rawls soit indubitablement un philosophe libéral, il convient néanmoins de souligner combien son libéralisme est peu orthodoxe ; il fait en effet une distinction entre les « attentes légitimes » des individus dans une société juste, lesquelles résultent d'une logique fonctionnelle fondée sur des inégalités incitatrices (stimuler et attirer les talents là où ils peuvent le mieux contribuer à l'intérêt général) et le « mérite moral » de ces mêmes individus, que Rawls conteste absolument ; ceux-ci ne sont en effet responsables ni du milieu social qui les a vus naître, ni des talents naturels que la « loterie naturelle » leur a accordés. C'est précisément pour lutter contre ces deux dimensions de « l'arbitraire moral » que les deux volets du second principe de la justice trouvent toute leur légitimité : « juste égalité des chances » pour corriger l'impact du milieu social de naissance, « principe de différence » pour faire bénéficier

chacun, à commencer par les moins productifs, d'une partie des revenus que les talents des plus productifs ont générés.

Au total, le contractualisme de Rawls n'est pas seulement la première théorie post-welfariste de l'économie normative, mais fournit le fondement à une nouvelle théorie de la justice, l'« égalitarisme libéral », l'association de ces termes, souvent perçus comme antagoniques, permettant de traduire l'ambition du projet « rawlsien ». Même si de nombreux auteurs, philosophe comme Dworkin ou économiste comme Kolm⁸, ont reconnu l'influence que Rawls a pu avoir sur leur propre cheminement, cette ambition est loin d'avoir été complètement perçue par la majorité de la corporation des économistes, laquelle a complètement négligé l'enjeu idéologique (utilitarisme *versus* libéralisme), n'a même pas pris en compte, le plus souvent, la hiérarchie des principes de justice et ne s'est finalement intéressée qu'au niveau subalterne de cette hiérarchie (le principe de différence).

Sous la plume de beaucoup d'économistes, le « principe de différence » est même rebaptisé « critère du maximin », car cette expression renvoie à un critère classique de la théorie de la décision dans l'incertain où un joueur, par aversion du risque, choisit la stratégie qui lui offre le gain minimal le plus élevé possible. Bien entendu Rawls s'est toujours opposé à une telle dénaturation de sa pensée⁹, où les différences économiques et sociales qui

8 Cf. notamment Dworkin (1981-b : 338-345) et Kolm (2003 : 23-28). En ce qui concerne Dworkin, il convient de noter, semble-t-il, une différence de perception entre juristes et économistes. Dworkin est connu des juristes par ses ouvrages majeurs de philosophie du droit, en particulier *Taking Rights Seriously* (1977), où il doute de la pertinence de la notion rawlsienne de position originelle, ainsi que lui-même le rappelle en conclusion du texte cité (1981-b : 345). Les économistes ne connaissent pas ces ouvrages, mais surtout deux articles publiés en 1981 (1981-a et 1981-b), où Dworkin expose sa conception de « l'égalité des ressources » par opposition à « l'égalité de bien-être », ce qui en fait pour eux un auteur « rawlsien », à la fois par anti-utilitarisme et par la proximité de la notion rawlsienne de « biens premiers » (cf. *infra* IV) et de la notion dworkinienne de « ressources ». Je remercie M^{me} Goyard-Fabre de m'avoir incité à préciser cette différence de perception.

9 Pour une analyse du malentendu entre Rawls et les économistes sur le « maximin », cf. Clément (2009).

restent acceptables ont d'abord, comme on vient de le rappeler, une logique « fonctionnelle ». C'est dire combien l'impact de la première théorie post-welfariste sur l'économie normative reste encore partiel : il se limite le plus souvent à « l'importation » d'un critère de répartition (le « maximin »), qui paraît néanmoins une alternative intéressante à l'égalitarisme supposée de l'ancienne économie du bien-être (cf. note 6) ou à l'indétermination de la nouvelle économie du bien-être en l'absence d'*optimum optimorum*.

En dépit de son impact somme toute encore restreint, cette première remise en cause de l'hégémonie welfariste dans le champ de l'économie normative a eu néanmoins le grand mérite de ré-intéresser les économistes aux questions de justice, qu'ils avaient depuis longtemps négligées. Dans les années 1970 et 80, un tel contexte a sans doute aussi contribué à assurer une meilleure audience à l'évolutionnisme de Hayek, autre théorie non welfariste de la justice restée longtemps marginalisée.

III. La théorie « non welfariste » autonome : l'évolutionnisme de Hayek

Quelques années après *A Theory of Justice* paraît en 3 tomes *Law, Legislation and Liberty* de F. Hayek (1973, 1976, 1979) ; bien que le titre ne le souligne pas expressément, il s'agit là d'un autre ouvrage majeur pour notre propos. Le sous-titre est déjà plus explicite *A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, mais c'est surtout le sous-titre du tome 2 (1976) *The Mirage of Social Justice* qui a été remarqué, au point que l'on a surtout retenu de l'ouvrage la critique virulente de l'expression « justice sociale », vide de sens aux yeux de Hayek, alors qu'il contient néanmoins toute une conception de la justice en société. L'ouvrage est en outre remarquable par son caractère transdisciplinaire (droit, histoire, économie, mais aussi sciences cognitives, encore en gestation à l'époque) et par la dialectique qu'y développe Hayek : lorsque l'on accepte la dynamique hayékienne entre « ordre social spontané » et « organisations », cette dialectique projette le lecteur très loin en aval de ces prémisses, un peu comme dans l'œuvre de Marx, lorsque l'on souscrit à

la dynamique de la lutte des classes. Si le mirage de la « justice sociale » découle en effet d'un processus de sélection des meilleures institutions sociales, cela n'empêche pas l'auteur de suggérer une théorie évolutionniste de la justice, dont les racines relèvent de l'école autrichienne et qui n'est évidemment en rien welfariste¹⁰.

Les institutions sociales sont « le résultat de l'action des hommes mais non d'un dessein humain », aime à répéter Hayek reprenant ici une citation de Ferguson¹¹. À l'image des insectes sociaux comme les abeilles ou les fourmis, les hommes vivent en société sans pour autant maîtriser un processus aussi complexe que celui de la vie sociale à laquelle ils participent : ce processus relève d'une sorte de « darwinisme » appliqué aux institutions : de même que seules survivent les espèces qui résistent à l'évolution des conditions de vie, de même les meilleures institutions sociales sont celles qui résistent au temps, à l'évolution des mœurs et au progrès des connaissances notamment.

Pour le dire autrement, fondamentale est pour Hayek la distinction entre « l'ordre social spontané » issu d'actions d'hommes nombreux, mais qui n'est le résultat du dessein d'aucun d'entre eux et les « organisations » que les hommes peuvent concevoir en leur assignant un objectif précis. Dans les secondes et à la différence du premier, le degré de complexité est suffisamment modéré pour que les hommes puissent encore en contrôler tous les éléments

10 L'école « autrichienne » d'économie a pour origine dans l'œuvre de C. Menger, en particulier ses « principes d'économie » (1871) ; elle regroupe divers auteurs qui sont restés plus ou moins fidèles à sa pensée (Böhm-Bawerk, Schumpeter, Mises, Hayek, [...]). Co-fondateur avec Jevons et Walras de l'école « néo-classique » qui remplace la « valeur travail » des économistes classiques (Smith, Ricardo) par la « valeur utilité », Menger développe toutefois une conception « subjectiviste » de ladite valeur qui ne se prête à aucune mesure, comparaison ou addition entre les individus, ce qui empêche en particulier de considérer toute notion d'utilité ou de bien-être collectifs ; en ce sens, l'école autrichienne est radicalement « non welfariste » depuis ses origines.

11 “Nations stumble upon establishments, which are indeed the result of human action, but not the execution of any human design.” [Ferguson (*An Essay on the History of Civil Society*, 1767) cité par Hayek (1980 : 179)].

constitutifs. Une entreprise, une association, voire même une collectivité publique comme l'État, sont *a priori* des « organisations » – avec un objectif propre (le profit, un but non lucratif, ou l'intérêt général), un organigramme (défini par les statuts de l'entreprise, de l'association, voire par le droit constitutionnel ou public) et des moyens (matériels et humains) ; en revanche la société humaine au niveau local, national, voire international relève d'un ordre spontané. Ce n'est pas une simple différence de degré (de complexité) qui sépare les deux objets sociaux, mais bien une différence de nature sur laquelle se fonde toute la dialectique hayékienne, l'ordre social spontané incluant et englobant tous les individus et toutes les organisations sociales qu'ils ont fondées.

Dans le champ de l'ordre social spontané, il est évidemment impossible de connaître tous les éléments constitutifs, nombreux et divers, ni toutes les circonstances particulières à chacun d'entre eux ; dès lors, le troisième temps de la dialectique réside dans le constat que seules sont à la portée de la connaissance humaine les règles générales dont le respect peut engendrer la formation d'un ordre social encore plus complexe et donc plus civilisé, même si par ailleurs, il demeure de toute façon impossible d'en maîtriser tous les détails. Or, pour l'essentiel, l'émergence de ces règles résulte d'un processus de sélection qui, lui, n'est pas spontané : par expérimentations, erreurs et tâtonnements, ce processus laisse peu à peu apparaître les « règles abstraites de juste conduite » qui conduisent de fait les gens à se comporter d'une manière qui rend la vie sociale possible. En outre, comme l'ordre social spontané n'est pas finalisé, les règles à appliquer ne le sont pas non plus ; elles doivent donc pouvoir s'appliquer à un nombre indéterminé de cas et « laisser chacun libre d'utiliser ce qu'il connaît en vue de ce qu'il veut faire » [Hayek (1980 : 66)].

C'est principalement au juge civil, chargé de corriger les perturbations survenant dans un ordre qui n'a été agencé par personne, qu'incombe la lourde tâche de perfectionner graduellement le système des règles existantes, en en posant de nouvelles susceptibles de faire jurisprudence. Celle-ci constitue d'ailleurs la source principale du droit

(*nomos*) régissant l'ordre social spontané (*kosmos*), tandis que la législation au sens de Hayek (*thesis*) est constituée de règles finalisées et subsidiaires (loi de finances, par exemple) que se donnent l'État et les collectivités publiques pour le bon fonctionnement de leurs administrations (*taxis*). Ainsi la dialectique hayékienne revêt-elle une forme juridique essentielle, au point que Hayek la fait figurer dans le titre de tout l'ouvrage *Droit, législation et liberté* : dans une société libérale, la « liberté » est protégée par le « droit » de l'ordre social et pourrait être atrophiée par une emprise croissante de la « législation » sur le « droit », si l'État en intervenant par la loi voulait « organiser » tout l'ordre social. Ce qui menace l'ordre social libéral selon Hayek, ce n'est donc pas le « grand soir » révolutionnaire, mais un processus bien plus insidieux, c'est-à-dire l'érosion du droit par la législation qui aboutirait à faire de l'ordre social une « organisation ».

Dans cette perspective, la notion de justice sociale est proprement subversive et joue un rôle central car, tel un mirage, elle tend à faire croire que la société pourrait être « organisée » de manière juste, ce qui supposerait qu'on puisse la maîtriser et que des responsables des injustices puissent être identifiés. Or, dans la réalité, les faits observés peuvent être « bons ou mauvais » mais pas « justes ou injustes » [Hayek (1982 : 38)], car nul ne peut en être tenu pour responsable. Cela est notamment vrai dans la dimension juridique de l'ordre social spontané, où aucun juge ou aucune instance judiciaire n'a la maîtrise de toute la jurisprudence à laquelle il ne contribue que ponctuellement, mais cela est aussi le cas dans la dimension économique de l'ordre social – la « catallaxie » selon le néologisme employé par Hayek pour désigner « l'ordre de marché » : chaque individu y poursuit des objectifs différents, mais seul le mécanisme impersonnel des prix oriente les efforts des hommes et personne ne maîtrise de manière délibérée la répartition des revenus et des richesses qui en est la conséquence.

En effet, les règles abstraites de juste conduite qui encadrent le jeu du marché ne peuvent jamais lever toutes les incertitudes sur les anticipations que forment les agents car, si elles empêchent les occasions les plus fréquentes de

conflits, elles ne déterminent jamais positivement les actes que les individus devraient entreprendre pour toutes les éviter. Dès lors l'état de la répartition des revenus et des richesses n'est jamais complètement prévisible et donc maîtrisable, ce qui signifie en particulier que la récompense du mérite des individus pour les efforts personnels qu'ils ont réalisés n'est jamais garantie par le marché¹². Il en est de même de la question de l'égalité des chances: la prospérité et la capacité d'adaptation de la «Grande Société» – autre nom donné par Hayek à l'ordre social spontané –, reposent sur des décisions que prennent avec plus ou moins de bonheur les individus d'une même génération; or, dans le même mouvement, ces décisions créent, involontairement mais inévitablement, une inégalité des chances entre les individus des générations suivantes. Tous les efforts pour créer une réelle égalité des chances, même entre personnes aux aptitudes identiques, ne sont pas vains, mais ils seront forcément incomplets.

Au total, l'absence de maîtrise complète des processus sociaux débouche chez Hayek sur la discipline rigoureuse des seules «règles abstraites de justice conduite», laquelle ne peut conduire à satisfaire l'aspiration à la «justice sociale» du fait de l'impossibilité de corriger de manière volontariste l'ordre spontané du marché. Pour autant, l'œuvre de Hayek véhicule une conception, si ce n'est de la justice sociale, du moins de la justice en société, à travers les «principes de justice et d'économie politique» qui y sont décrits. On peut même soutenir que les règles abstraites de juste conduite auxquels sont astreints les individus dans la «Grande Société» hayékienne dessinent une version, certes beaucoup moins ambitieuse, mais néanmoins assez comparable aux principes rawlsiens de justice et à leur hiérarchie. Si les deux auteurs adoptent des paradigmes évidemment opposés (contractualisme *versus* évolutionnisme), cela ne les

empêche pas de défendre sur le fond des conceptions de la justice beaucoup moins éloignées qu'il n'y paraît:

Au premier principe «d'égaies libertés» de Rawls correspond la prééminence des «règles abstraites de juste conduite» qui se doivent d'être avant tout impartiales: si un avantage permettant de s'exonérer du risque de marché ne peut être garanti à chacun dans l'ordre social spontané, «le seul principe juste est par conséquent de ne concéder à personne un privilège de sécurité» [Hayek (1982: 176)].

Si, au second niveau de la hiérarchie rawlsienne, une «juste égalité des chances» est posée, Hayek se contentera de «chances aussi grandes que possible» pour chacun: «tout individu sera fondé en général à réclamer, non pas une chance égale en général, mais seulement que les mesures contraignantes du pouvoir aient pour effet vraisemblable de favoriser les chances de n'importe qui» [Hayek (1982: 152)].

Enfin si le principe rawlsien de différence justifie évidemment un puissant mécanisme de soutien aux bas revenus (type impôt négatif sur le revenu), on oublie trop souvent que Hayek était depuis longtemps partisan d'un mécanisme de revenu garanti, position qu'il réaffirme dans les années 1970: «Il n'y a pas de raison pour que le gouvernement d'une société libre doive s'abstenir d'assurer à tous une protection contre un dénuement extrême, sous la forme d'un revenu minimum garanti, ou d'un niveau de ressources au-dessous duquel personne ne doit tomber» [Hayek (1982: 105)].

Cependant, la réflexion de Hayek est évidemment plus «classiquement» libérale que l'«égalitarisme libéral», expression qui situe toute l'originalité de la pensée rawlsienne: Hayek insiste sur la liberté (au sens d'absence de coercition) comme valeur éthique première, protégée par des «règles de juste conduite» et assurant des chances accrues de réussite de chacun; il n'accepte de s'en écarter, au profit d'une conception minimaliste de la liberté positive, qu'en cas d'extrême dénuement (par l'octroi d'un revenu minimum garanti). À l'inverse, Rawls met en avant l'idée d'égalité, qui doit structurer les libertés comme les chances offertes à chacun, mais n'accepte de s'en départir que si un tel écart profite à tous

12 «La fonction des prix est moins de rétribuer les individus pour ce qu'ils *ont fait* que de leur dire ce qu'ils *devraient faire* dans leur propre intérêt comme dans l'intérêt général. [...] Pour fournir une incitation suffisante à des mouvements qu'exige le maintien de l'ordre de marché, il sera souvent nécessaire que la rétribution des gens *ne corresponde pas* au mérite qu'on peut leur reconnaître» [Hayek (1982: 86)].

(selon le «principe de différence») et permet notamment d'accroître le revenu minimum des plus démunis¹³.

Quoi qu'il en soit, les années 1970 ont ainsi vu l'émergence parallèle de deux pôles de référence dans la réflexion des économistes sur la justice. Si Rawls et Hayek ont d'emblée dominé les débats, sans réellement communiquer entre eux, ils ont été rejoints depuis par Sen. Alors que la démarche des deux premiers auteurs se situe aux antipodes l'une de l'autre, celle du troisième a été largement inspirée par celle du premier cité. En ce sens, le «comparatisme» de Sen constitue une seconde théorie post-welfariste, qui revendique aujourd'hui sa complète autonomie.

IV. La seconde théorie «post-welfariste» : le comparatisme de Sen

Sen partage avec Rawls le même scepticisme quant à la capacité de la pensée utilitariste de fournir les bases d'une réflexion sur la justice et, en tant qu'économiste, il lui sait gré d'avoir ainsi ouvert la voie à de nouvelles perspectives post-welfaristes (cf. *supra* I) ; mais, aspect essentiel pour notre propos ici, Sen va très vite contester la notion de «biens premiers», que Rawls introduit dans *A theory of justice* comme substitut à la notion d'utilité. Ces biens premiers sont des biens (au sens très large du terme) que, selon Rawls, tout individu cherche à acquérir et dont il dresse une liste exhaustive : droits et libertés fondamentales, liberté d'orientation vers diverses positions sociales, pouvoirs attachés aux fonctions sociales, revenu et richesse, bases sociales du respect de soi-même ; les droits et libertés fondamentales relèvent du «principe d'égalité des chances», la liberté d'orientation de la «juste égalité des chances» et les trois autres biens du «principe de différence».

Pour l'ensemble de ces biens premiers, Rawls considère que les institutions sociales ne sont ainsi astreintes qu'à une obligation de moyens (les fournir aux individus

en quantité suffisante et en conformité avec les principes de justice qui les régissent). En aucun cas elles ne sont soumises à une obligation de résultat : les individus restent les seuls responsables de l'usage qu'ils font de ces biens premiers, grâce auxquels ils ont pu librement choisir la vie qu'ils mènent, même si, finalement, celle-ci ne correspond pas toujours à leurs attentes initiales, notamment en termes d'utilité, voire de bonheur¹⁴.

Face à cette théorie rawlsienne de l'égalité d'accès aux biens premiers, Sen va très vite avoir un regard critique et dès 1980, dans son célèbre article *Equality of what?*, il suggère la notion théorique de «capacités» sur laquelle il construit sa propre réflexion sur la justice sociale, laquelle va ensuite irriguer un certain nombre de ses travaux plus appliqués, comme par exemple la définition de «l'indice de développement humain» exploité par l'ONU ou l'étude des liens entre démocratie et développement économique. Plus précisément, Sen justifie la notion de capacités à partir d'une critique fondamentale de la notion de biens premiers que l'on peut résumer en trois étapes :

- Même si les individus ont accès aux mêmes biens premiers, ils n'ont pas tous les mêmes aptitudes à convertir les biens premiers qu'ils détiennent en modes de vie accessibles grâce à ces biens. L'objet de la justice sociale, dit-il, c'est bien l'usage fait des biens premiers, plus que les biens eux-mêmes (auxquels Rawls lui semble attaché de manière «fétichiste»). Observation majeure aux yeux de Sen, la responsabilité de l'individu n'est pas forcément en cause dans l'usage que l'individu est capable de faire des biens premiers dont il dispose. Et Sen de citer un «quatuor» célèbre dans sa pensée : «l'esclave mal traité, la femme au foyer asservie, le chômeur découragé, le pauvre désespéré». Entre ces quatre cas très

13 Pour une comparaison entre Hayek, théoricien du «mirage de la justice sociale», et Rawls, auteur de «Théorie de la justice», cf. Gamel (2008).

14 Dans le prolongement de la démarche anti-utilitariste de Rawls, Dworkin (1981-a : 189) soulignera notamment que le fait que le bien-être d'un individu passe par la satisfaction de «goûts dispendieux» – assouvir une passion pour l'opéra, par exemple – n'est pas certainement pas une raison suffisante pour que la société les prenne en charge.

différents, il existe néanmoins un point commun : les individus sont contraints de n'envisager que des modes de vie modestes et peu nombreux, car ce qui est en cause, ce sont non seulement les ressources très limitées dont ils disposent, mais plus fondamentalement encore, ce sont les choix étriqués auxquels les astreint leur condition.

- D'où la deuxième étape de la démarche de Sen : pour que la responsabilité individuelle puisse s'exercer correctement et être éventuellement mise en cause, encore faut-il qu'ils aient eu le choix réel du mode de vie qui est le leur et Sen prend ici un exemple percutant, en comparant la situation d'une personne riche qui fait la grève de la faim et celle d'une autre qui meurt de faim, faute de pouvoir acheter de quoi manger. Au premier abord, leur situation en termes de bien-être physiologique est équivalente, mais le grand avantage que conserve le gréviste de la faim est d'avoir eu le choix de mettre en danger sa vie pour des convictions personnelles (dont il doit *a priori* assumer seul la responsabilité) et, pour lui, le choix reste ouvert, tant que sa lucidité lui laisse la possibilité de mettre fin à tout moment à la grève qu'il s'impose. À l'inverse, le pauvre qui meurt de faim n'a pas eu et n'a pas d'autre choix que d'accepter passivement son sort, à l'égard duquel la responsabilité de la collectivité ne peut être écartée. Dès lors, pour Sen l'espace pertinent pour juger de chaque cas particulier est bien celui de l'ensemble des modes de vie accessibles à l'individu et non pas le seul mode de vie effectivement observé. C'est cet ensemble de modes de vie accessibles que Sen appelle *capability* (« capacité »).

- Sur cette base, le point d'ancrage de la justice sociale chez Sen se trouve donc dans la comparaison, d'un individu à l'autre, de la « capacité » de chacun, c'est-à-dire de l'éventail des modes de vie auquel il peut avoir accès, et la norme sociale qu'il convient d'atteindre ou, au moins, d'approcher, serait donc

l'égalité des « capacités ». En conséquence, la liberté de choisir réellement son mode de vie acquiert dans l'analyse de Sen un statut privilégié, peut-être encore plus protecteur que chez Rawls, puisque l'étendue de la liberté y est prise en compte, au-delà de la seule garantie des moyens de la liberté. En contrepartie, si l'égalité des « capacités » était atteinte, alors l'ensemble des modes de vie entre lesquels doit arbitrer l'individu serait, par définition, le même pour tous et donc le choix par deux individus de deux modes de vie différents ne pourrait impliquer aucune injustice susceptible de compensation. On comprend dès lors que cette « approche par les capacités » a beaucoup intéressé tous les spécialistes de sciences sociales et que les tentatives d'application de ce concept ont concerné de nombreux domaines (santé, éducation, droits de l'homme, cultures et mentalités, [...]).

Si Sen a clairement défini l'objectif à viser, il s'est en revanche volontairement et constamment refusé à indiquer comment exploiter concrètement le concept de capacités, et cela pour de fortes raisons que sa rigueur intellectuelle l'amène à souligner : en particulier, il lui est impossible de dresser une liste objective de caractéristiques précises (les *functionings*) qui auraient une portée universelle et que l'on trouverait inmanquablement dans les modes de vie entrant dans la capacité de tout individu, car ce serait faire bien peu de cas de la diversité des goûts et désirs personnels des individus. D'un autre côté, le concept est tellement riche et foisonnant que l'on est légitimement tenté de l'appliquer « tous azimuts » et au cas par cas, sans réel souci de méthode et de cohérence d'ensemble (ne serait-ce que budgétaire), alors que, précisément, l'approche par les capacités pourrait simultanément légitimer de multiples interventions et dépenses publiques.

Loin de considérer les remarques précédentes comme des faiblesses de sa propre approche sur la justice, Sen va peu à peu les revendiquer comme caractéristiques d'une démarche pragmatique, qui lui semble nettement préférable à toute réflexion absolue sur la justice, ce qui

va également l'amener à se démarquer complètement de la démarche contractualiste de Rawls, à ses yeux trop abstraite, voire inutile. Plus précisément, dans un article publié dès 2006 sous le titre *What do we want from a theory of justice?*, puis dans son ouvrage plus récent *The Idea of Justice* (2009), Sen oppose une approche « transcendantale » de la justice, cherchant à identifier, à l'image de Rawls, « les aménagements de la société qui soient parfaitement justes » à l'approche « comparative » qui est la sienne : celle-ci vise seulement à « classer ces aménagements (l'un est-il « moins juste » ou « plus juste » qu'un autre ?) » [Sen (2006 : 216)].

L'un des objectifs essentiels de Sen est alors de démontrer qu'une théorie transcendantale de la justice n'est ni nécessaire, ni suffisante pour tenter une approche « comparative », dont le pragmatisme est à l'inverse particulièrement fécond : « Dans une perspective comparative, l'introduction de politiques sociales qui abolissent l'esclavage, éliminent une famine généralisée ou suppriment l'analphabétisme peuvent apparaître comme des progrès vers la justice. Mais l'application de ces politiques pourrait encore tenir les sociétés concernées très éloignées des critères transcendants d'une société complètement juste (puisque la transcendence aurait d'autres exigences concernant les libertés égales, l'équité de la répartition, etc.) » [Sen (2006 : 217)].

Au total, Sen développe ainsi une démarche de lutte contre les injustices mais abandonne toute ambition de définir un principe absolu de justice : non seulement, affirme-t-il, on évite ainsi le problème de « la pluralité éventuelle de principes rivaux qui prétendent être pertinents pour établir la justice » [Sen (2009 : 15)], mais surtout on tient compte du fait que « la justice ne peut être indifférente à l'égard des vies que les gens peuvent en réalité mener » [Sen (2009 : 18)], éventail de choix qu'avec la notion de capacités, il n'est déjà pas négligeable de parvenir à élargir.

Entre *absolutisme* « transcendantal » et *relativisme* « comparatiste », en l'état actuel du débat ainsi ouvert par Sen, nous maintenons, à ce stade, notre préférence pour

le premier sur le second¹⁵. Certes, comme le soutient Sen, une vision transcendantale (et universaliste) de la justice n'est pas logiquement nécessaire, ni logiquement suffisante pour traiter les très nombreuses situations d'injustice que l'on observe dans la vie sociale. En revanche, conserver comme repère de l'action publique une conception globale et absolue de la justice (celle de Rawls ou, pourquoi pas, une autre à lui substituer) reste à notre avis indispensable.

Dans cette perspective, les principes rawlsiens conservent l'avantage, à ce jour inégalé de notre point de vue, d'offrir à l'action publique non seulement cette vision stratégique d'ensemble, mais surtout, par la hiérarchie de ces principes, un ordre de priorité dans les multiples mesures à concevoir et à mettre en œuvre. Inversement, en période d'austérité budgétaire, un ordre de priorité dans les dépenses à supprimer ou les impôts à augmenter est tout aussi indispensable pour que les mesures, perçues comme non injustes, aient une chance d'être mieux supportées.

Conclusion / Retour à la théorie du droit

Dans ce survol partiel et subjectif des théories de la justice vues par l'économie, nous avons cherché à identifier uniquement les lignes de force, lesquelles s'identifient selon nous aux démarches spécifiques que des auteurs majeurs ont réussi à forger – contractualisme, évolutionnisme, comparatisme –. À ce jour, les économistes, lorsqu'ils veulent sortir du sillon welfariste initial, sont le plus souvent contraints de se situer dans le sillage de ces auteurs, en adoptant plus ou moins l'un ou l'autre de ces trois paradigmes. Illustration de cette perspective, Kolm (2005) fournit une tentative intéressante d'émancipation à l'égard de cette tutelle ; sa théorie de la macrojustice se veut fondée sur une méthode particulière – le « choix social endogène » – ; mais cette méthode syncrétique est en fait un agrégat assez peu convaincant de multiples procédures de choix social (vote, accord par compensation et concessions

¹⁵ Pour un argumentaire plus détaillé en faveur de cette préférence, cf. Gamel (2007).

mutuellement conditionnelles, etc.). *In fine* le critère de justice issu de cette démarche légitime un mode de redistribution des revenus (les « transferts ELIE »), qui est surtout une concrétisation précise et rigoureuse du principe rawlsien de différence – « la solution finale de Rawls », précise même l'auteur [Kolm (2011 : 103)]¹⁶.

Autre remarque de conclusion, nous nous sommes tenus ici à une présentation, dans un colloque orienté vers la théorie du droit, des théories de la justice telles qu'elles sont perçues par un économiste. Il convient toutefois de souligner que chacune de ces théories a évidemment des échos ou des prolongements sur le plan juridique, lesquels pourraient faire l'objet d'une réflexion spécifique. Faute de compétences en la matière, contentons-nous de recenser quelques problématiques, pour les théories que nous avons évoquées :

- Sans remonter à la pensée de Bentham et la réflexion des utilitaristes en matière de droit pénal sur la proportionnalité dissuasive des peines et des amendes en fonction de la perte en utilité subie par la société, ce que l'on appelle, plus proche de nous, « l'économie du droit » est encore aujourd'hui en grande partie welfariste, car elle a adopté, à ses origines dans les années 60 et 70, l'approche alors dominante en économie. Cette tendance est encore plus manifeste, lorsqu'elle explore avec Posner (1981) une approche délibérément normative, où tout le système juridique serait à construire en vue de la « maximisation de la richesse », simple substitut plus réaliste, dans l'esprit de son concepteur, à la recherche welfariste du « plus grand bonheur ».
- Le contractualisme de Rawls est sans nul doute très proche des bases du droit français et de la déclaration des droits de l'homme de 1789, ainsi que Rawls (1987 : 136) l'a lui-même souligné, à propos de la résonance profonde entre ses principes de jus-

tice (interprétés de manière « démocratique ») et la devise républicaine « liberté, égalité, fraternité » : la liberté correspond au premier principe (« égales libertés »), l'égalité à l'idée d'égalité contenue dans le premier principe et à celle de juste égalité des chances ; quant à la fraternité, elle s'identifie au principe de différence visant à lutter contre l'arbitraire de la « loterie naturelle ».

- La dialectique hayékienne entre « ordre social spontané » et « organisations » secrète une hiérarchie entre « droit » et « législation » qui semble, elle, très éloignée du clivage public/privé en droit français : la prééminence du « droit » de l'ordre spontané renvoie en effet aux normes qui régissent les rapports des individus entre eux, contenus pour l'essentiel dans le « droit privé », alors que l'organisation interne de l'État et des collectivités publiques relèvent du « droit public ». Par une sorte d'inversion des valeurs, Hayek ne considère-t-il pas le « droit privé » comme le véritable droit public qui concerne *a priori* toute personne physique ou morale, tandis que le « droit public » ne serait en fait que le droit privé de quelques personnes morales particulières ?
- Enfin la pensée de Sen se caractérise par la place attribuée aux droits économiques et sociaux dans la dynamique pragmatique de lutte contre les injustices. Au-delà de la nécessaire égalité des droits civils et politiques, conception qu'il partage avec Rawls et Hayek, et à l'inverse de Hayek, qui conteste le principe même de ces droits économiques et sociaux¹⁷, Sen (1981, 2004) propose toute une conception de « droits-objectifs » (*goal rights*), que le développement économique et social doit progressivement prendre en charge. En assurant à terme au citoyen une même sécurité juridique dans ce domaine qu'en matière

¹⁶ Pour de plus amples développements sur la théorie de la macrojustice, cf. Gamel et Lubrano (2011-b).

¹⁷ Dans *Droit législation et liberté*, Hayek (1982 : 121-127) consacre à ce sujet toute l'annexe (intitulée « Justice et droits individuels ») de l'important chapitre 9 « Justice « sociale » ou distributive ».

civile et politique, ces « droits-objectifs » doivent non seulement conforter les « capacités » de chacun, mais ils doivent surtout orienter l'évolution nécessaire de la société vers moins d'injustices et, par là même, faciliter cette évolution.

Ainsi, à travers ces quelques exemples, les théories de la justice peuvent-elles offrir un terrain, sans nul doute propice et diversifié, à des recherches complémentaires en théorie du droit et en économie normative. Autrement dit, dans ce domaine spécifique comme dans bien d'autres spécialités que juristes et économistes cultivent de manière séparée, des collaborations fécondes pourraient naître de l'organisation de séminaires communs « droit-économie ». Cette ultime remarque, certes bien banale sur le fond, me permet en réalité de ne pas éluder la difficulté de la tâche, l'interdisciplinarité entre disciplines de plus en plus spécialisées, étant, de nos jours, de plus en plus nécessaire, mais aussi, comme chacun le sait, de moins en moins aisée à pratiquer...

BIBLIOGRAPHIE

- Arneson R. (1990), "Liberalism, Distributive Subjectivism and Equal Opportunity for Welfare", *Philosophy and Public Affairs* 19(2), pp. 158-194.
- Clément V. (2009), « Économie du bien-être, choix social et l'influence de la Théorie de la justice », *Raisons politiques*, 2009/1, n°33, pp. 57-79.
- Cohen G.A. (1995), *Self-Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Dworkin R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (U.S.A.).
- Dworkin R. (1981-a), "What is Equality?" Part 1: "Equality of Welfare", *Philosophy and Public Affairs*, 10(3), pp. 186-246.
- Dworkin R. (1981-b), "What is Equality?" Part 2: "Equality of Resources", *Philosophy and Public Affairs*, 10(4), pp. 283-345.
- Gamel C. (1992), *Économie de la justice sociale – Repères éthiques du capitalisme*, éditions Cujas, Paris, coll. « Regards sur notre temps ».
- Gamel C. (2006), « La justice sociale en théorie économique : modernité d'un vieux dilemme », pp. 386-424.
- Gamel C. (2007), « Que faire de « l'approche par les capacités » ? Pour une lecture « rawlsienne » de l'apport de Sen », postface au numéro spécial consacré à Sen, *Formation Emploi*, vol. 98, pp. 141-150.
- Gamel C. (2008), « Hayek et Rawls sur la justice sociale : les différences sont-elles « plus verbales que substantielles » ? », *Cahiers d'économie politique*, n°54, pp. 85-120.
- Gamel C. and Lubrano M. (ed.) (2011-a), *On Kolm's Theory of Macrojustice – A Pluridisciplinary Forum of Exchange*, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg.

- Gamel C. et Lubrano M. (2011-b), "Why should we debate the theory of macrojustice?" in Gamel C. et Lubrano M. editors (2011-a), pp. 1-32.
- Hayek F.A. (1980), *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique* tome 1 *Règles et ordre*, P.U.F., Paris, rééd. coll. «Quadrige», 1995; traduction de *Law, Legislation and Liberty* vol. I *Rules and Order* (1973), Routledge and Kegan, Londres.
- Hayek F.A. (1982), *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique* tome 2 *Le mirage de la justice sociale*, P.U.F., Paris, rééd. coll. «Quadrige», 1995; traduction de *Law, Legislation and Liberty* vol. II *The Mirage of Social Justice* (1976), Routledge and Kegan, Londres.
- Hayek F.A. (1983), *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique* tome 3 *L'ordre politique d'un peuple libre*, P.U.F., Paris, rééd. coll. «Quadrige», 1995; traduction de *Law, Legislation and Liberty* vol. III *Political Order of a Free People* (1979), Routledge and Kegan, Londres.
- Kolm S.-C. (1972), *Justice et équité*, éditions du C.N.R.S., Paris.
- Kolm S.-C. (2003), «Quelques souvenirs de John Rawls», *Revue de philosophie économique*, (7), pp. 21-31.
- Kolm S.-C. (2005), *Macrojustice. The Political Economy of Fairness*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Kolm S.-C. (2011), "Economic Macrojustice: Fair Optimum Income Distribution, Taxation and Transfers" in Gamel C. et Lubrano M. editors (2011-a), pp. 69-130.
- Leroux A. et Livet P. (éd.) (2006), *Leçons de philosophie économique*, volume 2 *Économie normative et philosophie morale*, éditions Economica, Paris.
- Nozick R. (1974), *Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford.
- Posner R. (1981), *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (U.S.A.).
- Rawls J. (1987), *Théorie de la justice*, éditions du Seuil, Paris; traduction de *A Theory of Justice* (1971), Harvard University Press, Cambridge (U.S.A.).
- Roemer J.E. (1998), *Equality of Opportunity*, Harvard University Press, Cambridge (U.S.A.).
- Sen A.K. (1980), "Equality of What?" in McMurrin S. (ed.) *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 1, University of Utah Press.
- Sen A.K. (1981), "Rights and Agency", *Philosophy and Public Affairs*, 11(1), pp. 3-39.
- Sen A.K. (2004), "Elements of a Theory of Human rights", *Philosophy and Public Affairs*, 32(4), pp. 315-356.
- Sen A.K. (2006), "What Do We Want from a Theory of Justice?", *The Journal of Philosophy*, n° CIII (5), pp. 215-238.
- Sen A.K. (2010), *L'idée de justice*, éditions Flammarion, Paris; traduction de *The Idea of Justice* (2009), Harvard University Press, Cambridge (U.S.A.).
- Varian H.R. (1974), "Equity, Envy and Efficiency", *Journal of Economic Theory* (9), pp. 63-91.
- Vallentyne P. and Steiner H. (2000), *Left-Libertarianism and Its Critics: The Contemporary Debate*, Palgrave, New York.

POUR UNE THÉORIE IMPURE DU DROIT ? LA DÉCONSTRUCTION, ENTRE INTERPRÉTATION ET POLITIQUE

JULIE SAADA*

Peut-on à la fois critiquer le droit et le concevoir comme une forme possible de transformation sociale ? Si la critique signifie non pas tant un point de vue externe ou surplombant, à la manière kantienne¹, mais une description des pratiques dominantes en vue de les contester et de les transformer, elle se démarque aussi d'un point de vue instrumental – telle la critique marxiste² – qui ne verrait dans le droit qu'un moyen au service du pouvoir ou un masque de l'idéologie. La question est alors de savoir si une critique à la fois sociale et immanente au droit est possible, et si

la critique peut aussi signifier une pratique transformatrice des rapports sociaux, c'est-à-dire émancipatrice.

Posé dans ce cadre, le défi de la critique du droit a été relevé à la fois par l'École de Francfort et par le mouvement américain des *Critical Legal Studies* (CLS) ainsi que par ses développements dans la *Critical Race Theory* (CRT) ou dans la critique féministe. Le point de vue externe et objectif sur le droit y est récusé à partir d'une double critique : celle du libéralisme juridique et celle du positivisme. Dans le premier cas, le point de vue prétendument externe sur le droit soutient l'idée d'une neutralité de celui-ci. Une description objective du droit consisterait alors à en énoncer les grands principes, dont la neutralité, qui se reflète à travers le caractère formalisé et déductif des règles et des procédures, en garantirait l'universalité tout en protégeant l'ensemble des conceptions du bien. Dans le second cas, on postule qu'une théorie pure du droit est possible dès lors que sa formalisation peut être produite indépendamment de tout point de vue situé, c'est-à-dire hors de toute référence à des consi-

* Maître de conférences en philosophie, Université d'Artois.

1 L'une des critiques adressées au criticisme kantien par les théoriciens de l'École de Francfort porte sur le positionnement de la philosophie comme juge transcendantal, lui permettant de juger en surplomb. Voir M. HORKHEIMER, *Théorie traditionnelle et théorie critique*, trad. C. Maillard et S. Muller, Paris, Gallimard, 1996 ; M. HORKHEIMER, *Théorie critique : essais*, trad. par le Groupe de traduction du Collège de philosophie, Paris, Payot, 2009.

2 La critique marxiste est instrumentaliste en ce sens qu'elle estime que la réalité productive du droit (les intérêts de la classe dominante) est hors de ce dernier, le droit n'étant alors qu'un reflet idéologique des rapports sociaux concrets. Voir K. MARX, *Sur la question juive*, trad. J.-F. Poirier, Paris, la Fabrique, 2006.

dérations morales ou politiques³. À l'inverse, ces courants critiques nés des deux côtés de l'Atlantique postulent qu'il n'existe pas de « hors du droit », ce qui signifie, d'une part, que le métalangage juridique est frappé d'inanité, d'autre part, qu'une critique du droit est d'emblée une intervention sur et dans la réalité sociale⁴.

Si de nombreux débats ont eu lieu quant à la question de savoir si la critique pouvait être globale – comme chez R. Unger⁵, l'un des premiers CLS – ou devait être située du point de vue de la classe, du genre et de la race⁶ pour montrer de manière contextuelle comment le droit produit la violence, l'un des éléments communs à ces critiques est que la théorie se veut d'emblée une pratique émancipatrice. Cette critique postule aussi que le droit a une relative autonomie, non pas au sens où sa théorie le coupe de la réalité sociale, mais précisément en ce qu'il est un lieu de production des rapports sociaux et doit, pour cela, être analysé pour lui-même. Enfin, ces courants s'appuient sur une critique de la raison et, par extension, de la rationalité juridique. Chez Adorno et Orkheimer notamment, cette critique vise le projet des Lumières qui,

en promouvant la rationalité instrumentale, a échoué tout à la fois comme projet politique démocratique et plus globalement comme projet d'émancipation sociale⁷. Les CLS, de leur côté, ont radicalisé l'entreprise des Réalistes américains⁸ pour montrer le caractère illusoire du formalisme juridique et de l'objectivisme – c'est-à-dire de la croyance au caractère rationnel des matériaux juridiques que sont les lois, les décisions des cours ou des tribunaux, et principes généraux du droit. Dans leur optique, ces matériaux résultent en réalité des relations de pouvoir, et le juge ne saurait se fonder sur la règle pour l'appliquer mécaniquement⁹. Somme toute, le ressort critique de ces théories est qu'elles sont à la fois descriptives (des pratiques juridiques et des rapports sociaux qu'elles produisent) et normatives, dès lors qu'elles visent l'émancipation ou ce que D. Kennedy évoque sous le terme d'utopie¹⁰.

3 Voir par exemple H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, LGDJ, 2010.

4 S. BENHABIB, *Critique, Norma and Utopia: A Study of the Foundations of Critical Theory*, Columbia University Press, 1987, p. 33. Voir aussi E. RENAULT et Y. SINTOMER, « Introduction », in *id.* (dir.), *Où en est la théorie critique?*, Paris, La Découverte, 2003, p. 7-30.

5 R. UNGER, *Knowledge and Politics*, The Free Press, New York, 1975; *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, The Free Press, New York, 1976; voir aussi O. de Schutter, « Les 'Critical Legal Studies'. Le structuralisme et au-delà », in *Cahiers du centre de philosophie du droit*, U. C. L., n° 12, 1993, p. 1-29. Pour les CLS plus généralement, voir A. HUNT, « The Critique of Law: What is Critical about Critical Legal Theory? », in P. H. Fitzpatrick et A. Hunt (dir.), *Critical Legal Studies*, Oxford, Basil Blackwell, 1987.

6 Ce qui est le point de départ de la CRT, voir K. W. CRENSHAW, « Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law », *Harvard Law Review*, vol. 101, n° 7, p. 1331-1387, voir aussi H. BENTOUHAMI, « Critical Race Theory ou comment la « race » compte », in H. Bentouhami, N. Grangé, A. Kupiec, J. Saada, *Le souci du Droit. Où en est la théorie critique?*, Paris, Sens et Tonka, 2010, p. 187-202.

7 La critique du criticisme kantien et plus globalement du projet des Lumières s'appuie aussi sur un refus de définir la liberté comme liberté négative (corrélée à une promotion de la raison instrumentale) et comme autonomie d'un sujet moderne parce que détaché de tout contexte et anhistorique. La contextualisation sociale est alors l'un des traits de la critique, en ce sens qu'elle permet aussi de faire apparaître la contradiction de sujets dits autonomes dans le droit et hétéronomes dans la politique, la culture ou le marché. La critique consiste alors à montrer les tendances auto-destructives du projet des Lumières. Voir M. HORKHEIMER, T. W. ADORNO, *La dialectique de la raison: fragments philosophiques*, trad. É. Kaufholz, Paris, Gallimard, 1989.

8 Les CLS se sont d'abord définis par opposition à leurs héritiers les plus immédiats appartenant au mouvement *Law and Society*, voir L. FRIEDMAN, « The Law and Society Movement », *Stanford Law Review*, n° 38, 1986, p. 763 sq. Sur le réalisme et sa critique, voir W. E. RUMBLE, *American Legal Realism: Scepticism, Reform and the Judicial Process*, Ithaca, Cornell University Press, 1968; « 'Round and 'Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship », *Harvard Law Review*, vol. 95, n° 7, 1982, p. 1669-1690; A. ALTMAN, « Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin », *Philosophy and Public Affairs*, n° 15, 1986, p. 205 sq. Pour une histoire critique du droit américain, voir D. Kennedy et W. Fisher (éd), *The Canon of American Legal Thought*, Princeton University Press, 2006.

9 R. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 1986, p. 2.

10 Voir *infra*.

Ces approches critiques sont cependant loin d'être assimilables. D'une part, celle issue de l'École de Francfort est menée par des philosophes et reste, en dépit de son postulat, relativement externe au droit. Même dans ses développements récents chez Habermas ou Fraser, les travaux issus de ce courant rapportent toujours le droit à la théorie politique, alors que les CLS rassemblent des juristes qui, de manière ambivalente, rappellent régulièrement tantôt leur refus de la philosophie comprise comme un projet explicatif et normatif global, tantôt leur capacité à « cannibaliser » autant les sources philosophiques que celles issues des sciences sociales¹¹. D'autre part, le projet reste fondamentalement différent dans les deux cas. Les CLS ne formulent précisément aucun projet théorique global et à proprement parler, elles ne se définissent pas tant par une théorie critique que par une pratique descriptive – et transformatrice dans ses effets – du droit. Si la critique y est aussi une pratique de la contradiction, elle prend une forme déconstructionniste. En ce sens, elle peut être abordée à partir de la déconstruction derridienne, non seulement parce que celle-ci était définie par Derrida lui-même comme une pratique et non comme une théorie¹², mais aussi parce que cette déconstruction a inspiré la critique du droit faite par les CLS comme celle menée par le courant *Law and Literature*.

L'objet de cette contribution est de montrer comment la confrontation entre le droit et la justice chez Derrida a permis de produire un concept et une pratique (la déconstruction) dont les effets ont été importants pour la réflexion sur le droit, à travers les approches critiques qu'ils ont permis. J'exposerai d'abord la manière dont la confrontation entre le droit et la justice chez Derrida permet une certaine approche critique du droit à partir du concept de déconstruction ; puis comment celle-ci a été reprise, d'une part, à travers la théorie littéraire importée dans la critique

du droit, d'autre part, dans une forme d'approche critique plus radicale, qui est celle des CLS où le couple droit/justice permet de mettre à jour la dimension politique du droit.

1. Derrida : droit, justice et déconstruction

Mon propos n'est pas ici de développer les thèses de Derrida mais de montrer comment le concept de déconstruction a été élaboré à partir d'une tension entre d'une part, droit et justice, d'autre part, droit et violence. Cette tension fait apparaître le caractère décisionniste du droit, que Derrida évoque aussi dans la décision judiciaire.

Droit, violence et fictions légitimes

Dans *Force de loi*, Derrida dénie tout fondement au droit. Ce dernier ne repose pas sur une justice ou une légitimité antérieure mais il est issu d'un acte de violence fondateur qui lui-même n'est ni légitime, ni illégitime. Cette absence signifie qu'il est déconstructible, c'est-à-dire susceptible, par sa confrontation avec la justice, de révéler tantôt la violence interne qu'il comporte, tantôt son caractère décisionniste et arbitraire. Le rapport entre droit et violence est analysé par Derrida, d'une part, à partir d'une thèse pascalienne bien connue (« ne pouvant faire que ce qui est juste fut fort, on a fait que ce qui est fort fut juste », reprenant Montaigne pour qui le droit repose sur des « fictions légitimes »¹³), d'autre part, sur les distinctions établies par Benjamin entre la violence fondatrice et la violence conservatrice du droit – cette dernière manifestant, par son caractère contraignant, une réitération de la violence initiale, institutrice du droit¹⁴.

11 Voir Duncan KENNEDY, « A Semiotics of Critique », *Cardozo Law Review*, n° 22, 2001, p. 1147 sq.

12 Sur les rapports entre déconstruction et critique, voir H. BLOOM, P. DE MAN, J. DERRIDA, G. HARTMAN et J. MILLER, *Deconstruction and Criticism*, Londres / Henley, Routledge & Kegan Paul, 1979.

13 PASCAL, *Pensées*, éd. Brunschvicg, § 298 ; *Force de loi*, op. cit., p. 27 sq.

14 Walter Benjamin, *Critique de la violence*, autres essais, trad. N. Casanova, Paris, Payot, 2012 ; J. DERRIDA, « Prénom de Benjamin », in *Force de loi. Le « fondement mystique de l'autorité »*, Paris, Galilée, 1994, p. 65-135. Sur le lien entre Derrida et l'École de Francfort, voir J.-P. DERANTY, « Adorno's Other Son: Derrida and the Future of Critical Theory », *Social Semiotics*, vol. 16, n° 3, sept. 2006, p. 421-433 ; R. SINNERBRINK, « Deconstructive Justice and the « Critique of

Cette déconstruction du droit conduit Derrida à affirmer une relation inéluctable entre juridicité et factualité. Le droit est identifié à son effectivité, c'est-à-dire à sa capacité à être respecté y compris par la force – ce qui implique de conditionner la norme juridique à l'existence d'une autorité étatique détenant le monopole de la violence et se présentant comme source positive des normes. Au-delà de la thèse positiviste, cette logique rapproche Derrida, à travers Benjamin, de Schmitt. Le philosophe montre alors toute la menace du droit, au double sens du génitif: celle qui procède du droit, pensé comme ordre porteur d'une violence destructrice, et celle qui porte sur le droit – violence toujours possible contre un l'ordre juridique, lui-même à la fois nécessaire et perfectible.

De l'autre côté, cette proximité avec le positivisme et le décisionnisme est contrebalancée par une pensée de la justice inspirée de Lévinas – justice distincte du droit et qui forme la condition de son exercice: la justice est pensée comme ce vers quoi le droit doit tendre, conditionnant alors sa légitimité. Si pour Derrida le droit est ainsi intimement lié à la violence et à la factualité, il est aussi indéfectiblement lié à une justice pensée comme tout autre chose donc qu'une pure factualité.

Le juge et l'indécidable

C'est aussi la rupture entre la justice et le droit qui permet à Derrida de déconstruire la décision judiciaire. Celle-ci est toujours affectée d'indécidable. Une décision peut être prise en conformité stricte de la règle, par application mécanique et calculable de celle-ci. Le jugement ne procède pas d'une décision libre mais seulement de l'application programmable ou le déroulement continu d'un pro-

cessus calculable. La décision est alors légale mais non juste, en ce sens qu'elle met de côté les singularités du cas examiné pour privilégier la généralité de la règle. À l'inverse, une décision peut considérer le cas examiné. Elle implique, de la part de celui qui juge, une décision, donc une rupture avec l'application stricte de la règle. Ces deux possibilités montrent, selon Derrida, que le juge doit, d'un côté, suivre une règle de droit pour être juste, de l'autre, interpréter la règle en fonction du cas (sinon il n'est pas juste) donc la réinventer. La décision du juge n'est donc juste que si elle est à la fois réglée et sans règle, conservatrice de la loi et assez destructrice ou suspensive de la loi pour, à chaque fois, la réinventer. Derrida conclut qu'à aucun moment on ne peut dire qu'une décision est juste¹⁵.

L'analyse menée par Derrida fait écho au livre V de l'*Éthique à Nicomaque* où Aristote analyse le rapport entre le droit et la justice à travers le rapport du droit et de l'équité, tout en montrant les usages paradoxaux des catégories de l'identité et de la différence. Aristote s'appuie sur une observation du langage ordinaire. Tantôt nous disons de manière équivalente qu'une action est équitable et qu'elle est juste parce que nous en faisons un équivalent de bon; tantôt nous nous étonnons que l'équitable, s'il est une chose équivalente au juste, reçoive notre approbation. S'ils sont différents, observe Aristote, c'est soit le juste, soit l'équitable qui sont bons; s'ils sont tous deux bons, c'est qu'ils sont identiques¹⁶. Ainsi, les usages que nous faisons des prédicats de juste, équitable et bon, pour qualifier une action ou une personne, remettent en question ces catégories logiques fondamentales que sont l'identité et la différence. Aristote semble trancher le dilemme en identifiant l'équitable à la justice, laquelle se distingue de la justice légale, c'est-à-dire du droit. L'équitable est supérieur au droit car il en est le correctif lorsque la généralité de la loi ne peut s'appliquer à certains cas particuliers¹⁷.

Violence»: On Derrida and Benjamin», *Social Semiotics*, vol. 16, n°3, sept. 2006, p.485-497. La CRT reprend la réflexion sur la violence menée par W. Benjamin en ce sens que la critique est pensée comme une enquête sur les conditions de la violence; voir J. BUTLER, « Critique, Coercion and Sacred Life in Benjamin's « Critique of Violence » » in H. de Vries, L. E. Sullivan (dir.), *Political Theologies: Public Religions in a Post-Secular World*, New York, Fordham University Press, 2006, p.201-219.

15 J. DERRIDA, *Force de loi, op. cit.*, p.50-57.

16 Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. fr. J. Tricot, Paris, Vrin, 1990, 1137 a 30 – 1137 b 35, p.265-266.

17 *Ibid.*, 1137b 10- 1138 a 5, p.266-268.

D'une certaine manière, Derrida radicalise cette analyse en la replaçant dans le cadre de la déconstruction des rapports entre droit et violence présents dans la décision judiciaire. La justice requiert simultanément une conformité avec la loi générale appropriée (le droit) et avec son exception (ce qui est hors du droit). Par conséquent, la justice consiste soit à observer le droit – elle est alors une violence en ce sens qu'elle méprise les exceptions, les différences ; soit à dépasser le droit – elle l'excède et en montre l'inanité. La justice est donc à la fois nécessaire et impossible.

Dans les deux passages de *Force de loi* que j'ai évoqués, il apparaît que le rapport entre droit et justice permet de déconstruire le droit, c'est-à-dire, d'une part, que le droit est nécessairement lié à la justice, d'autre part, qu'il est nié comme droit en étant soit ramené à la violence, soit dépassé par la justice.

Après Derrida

Pensée à partir du droit et de ses rapports à la justice, la déconstruction a eu un écho important chez nombre de juristes anglo-saxons, en dépit de la réception très négative de Derrida chez la plupart d'entre eux. Elle a été appliquée à la Constitution américaine¹⁸, dans la théorie du droit, dans la doctrine du contrat pour contester, par exemple, la limite entre le public et le privé¹⁹, la forme et le fond, la manifestation objective et l'intention subjective ; ou encore dans le droit international²⁰. Mais alors qu'il a souligné l'importance du droit dans sa philosophie et dans la

déconstruction elle-même²¹, Derrida a inspiré les approches déconstructionnistes du droit – comme celles du courant *Law and Literature* ou des *Critical Legal Studies* – non pas tant à partir de ses écrits directement consacrés au droit, qu'à partir de ceux qu'il a consacrés à la critique du structuralisme ou au langage²². La déconstruction derridienne est loin d'être l'unique référence dans les approches critiques déconstructionnistes du droit. La référence à Derrida permet toutefois d'éclairer la manière dont cette approche s'est développée d'une part comme critique textuelle, linguistique, en radicalisant la crise de l'interprétation du droit, de l'autre, comme critique politique, radicalisant la contestation des dominations sociales et institutionnelles.

2. Le droit comme textualité. La déconstruction, une technique d'interprétation ?

L'une des critiques du formalisme juridique menées au sein des approches déconstructionnistes procède de l'affirmation du caractère langagier, et même textuel, du droit. Un certain nombre de travaux se sont appuyés sur les analyses derridiennes du langage pour faire apparaître les conflits internes, les contradictions et les incertitudes que dissimule l'ordre apparent des textes juridiques.

Métaphysique de la présence et critique de l'intention

Contre l'idée selon laquelle le sens d'un texte juridique consisterait à retrouver l'intention de son auteur et à dégager une règle qu'il suffirait d'appliquer mécaniquement au cas particulier, la critique déconstructionniste postule

18 Voir J. LEUBSDORF, « Deconstructing the Constitution », *Stanford Law Review*, vol. 40, 1987, p. 181-201.

19 C. DALTON, « An Essay on Deconstruction of Contract Doctrine », *The Yale Law Journal*, vol. 94, 1985, p. 997 sq.

20 Pour une présentation générale des CLS et de ses différents domaines, voir « Critical Legal Studies », in A.-J. Arnaud (éd.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, un premier article a été écrit par R. Abel dans la première édition (1987), un second par D. Kennedy (1993) ; voir aussi F. CUSSET, « We need Jacques Derrida ou L'Amérique derridienne : politiques de la déconstruction », *Mouvements*, n° 41, sept-oct. 2005, p. 136-140.

21 Voir P.-Y. QUIVIGER, « Derrida : de la philosophie au droit », *Cités*, n° 30, 2007, p. 41-52 ; J. SAADA, « Théorie critique et déconstruction. Derrida critique du droit », in H. Bentouhami, N. GRANGÉ, A. KUPIEC, J. SAADA, *Le souci du Droit. Où en est la théorie critique ?*, op. cit., p. 119-133. Derrida définit la philosophie comme déconstruction à partir d'un certain rapport critique au droit, voir *Le « concept » du 11 septembre*, Paris, Galilée, 2003, p. 161.

22 En particulier la *De la grammatologie* (Paris, Éditions de Minuit, 1967).

que tout texte non seulement précède le discours²³, mais aussi qu'il se réfère à d'autres textes et ne révèle jamais de manière transparente, comme une pure présence, une signification distincte voulue par son auteur. Les discontinuités entre la logique et la rhétorique des textes créent ces disparités inévitables entre ce que l'auteur d'un texte a l'intention de dire et ce que le texte est cependant contraint de signifier²⁴.

Retraçant l'approche déconstructionniste du droit considéré comme texte à partir de *l'Écriture et la différence*, J. Balkin²⁵ montre comment les textes sont libres par rapport à leurs auteurs et signifient toujours autre chose que ce qu'ils ont voulu dire, selon les contextes. Parce que toute interprétation d'un texte construit certaines hiérarchies entre les concepts et les mots, entre les démonstrations et les exemples, le texte et les notes, le centre et les marges, la parole et l'écrit, les textes juridiques sont par excellence déconstructibles: ils reposent sur des hiérarchies arbitraires, et chaque terme de l'opposition ou de la hiérarchie est dépendant de son contraire. Il n'existe donc pas de fondement mais des systèmes d'oppositions, de dépendances et de différences, où chaque terme porte la marque, la trace de l'autre et renvoie à l'autre²⁶.

Plus généralement, si les théories dominantes de l'interprétation reposent sur une « métaphysique de la pré-

sence »²⁷ – celle de l'intention de l'auteur – la pratique de la déconstruction permet non seulement de libérer le texte de son auteur en le renvoyant à d'autres textes, mais aussi de faire apparaître les contradictions qui le traversent et qui ne peuvent donner lieu qu'à des « ratés de lectures ». Les matériaux du droit – les cas, les conclusions et les lois – prennent un sens nouveau lorsque le contexte juridique change dès lors qu'une interprétation admise pourra être ultérieurement qualifiée de « raté de lecture ». Puisque toute interprétation sélectionne et hiérarchise les éléments d'un texte, en privilégie certains sur d'autres, elle ne peut être que partielle et sera défaite par une autre. Et de même que « l'histoire des lectures est une histoire des ratés de lecture », toutes les lectures sont des ratés de l'interprétation, faisant apparaître ces lectures comme partielles. Tout écrit est une tentative de réconcilier l'identité et la différence; il n'y parvient en apparence qu'en supprimant la différence ou en instaurant des hiérarchies infondées.

Sauver le sens, défendre les droits. L'Europe et son autre

L'une des limites de cette compréhension de la déconstruction est que sa portée critique tend à se limiter à une technique ou à une méthode de lecture des textes. Si la déconstruction ne vise qu'à révéler les termes supprimés dans le discours juridique et à les y réintroduire, ou si elle vise plus généralement à montrer le manque de cohérence conceptuelle des textes, elle revient à penser paradoxalement la déconstruction comme un instrument de restauration de la signification des textes, ou comme une herméneutique permettant de déployer la pluralité des significations des textes dans une transparence de sens – fût-elle celle de significations incompatibles entre elles. La déconstruction ne concerne alors la doctrine qu'à son niveau le plus formaliste, sans pouvoir affecter la pratique du droit. Elle n'est plus qu'une méthode interprétative utilisée en vue de normaliser le droit en rendant conformes les textes ou les déci-

23 C. NORRIS, *Derrida*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987, p. 18-27.

24 *Ibid.*, p. 19.

25 J. BALKIN, « Deconstructive Practice and Legal Theory », *The Yale Law Journal*, vol. 96, n°4, mars 1987, p. 743-786; voir aussi « Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice », *Michigan Law Review*, vol. 92, n°5, mars 1994, p. 1131-1186.

26 J. Balkin montre par exemple, en reprenant les travaux de P. S. ATIYAH, *Promises, Morals, and Law* (Oxford University Press, 1981), comment le contrat, qui comporte une promesse explicite, privilégiée, et une promesse implicite peut ainsi être déconstruit. Voir aussi C. NORRIS, *Deconstruction: Theory and Practice* (1982), Routledge, 2000 et *The Deconstructive Turn: Essays in the Rhetoric of Philosophy*, Londres, Methuen, 1984.

27 J. Balkin se réfère à l'ouvrage de J. DERRIDA, *L'écriture et la différence*, Paris, Seuil, 1967.

sions judiciaires à leurs objectifs initiaux²⁸. La déconstruction entre alors au service de l'élaboration académique du droit positif et des pratiques juridiques dominantes.

Derrida refuse d'ailleurs que la déconstruction consiste en une méthode – laquelle relève du logocentrisme, subordonne cette pratique à un projet normatif et suppose de restaurer l'intention d'un sujet²⁹. Cette compréhension de la déconstruction et ses effets paradoxaux de rapprochement avec les pratiques dominantes du droit ont néanmoins été facilités par ce que l'on a nommé, contre Derrida, son « tournant éthique ». La justice comme ouverture du droit sur l'altérité ou la différence a été traduite dans les termes de la défense des droits des minorités et les luttes pour les droits civiques aux États-Unis. L'ouverture aux minorités, donc à la diversité (la justice dans le droit ou la différence venant déstabiliser l'identité) aurait ainsi réalisé les conséquences pratiques des analyses théoriques de Derrida, l'Amérique se constituant du même coup comme l'autre de l'Europe³⁰. La déconstruction est alors la pratique par laquelle on réintroduit au nom de la justice ceux qui étaient absents du droit en leur donnant des droits, comme l'on réintroduit les termes supprimés dans le discours, au risque d'aboutir à une paradoxale réification des identités (selon les classes, genres et races) au nom de la différence, et de l'affirmation d'une conception univoque de la justice.

La défense *des* droits au nom de la justice et de ses potentialités déconstructrices *du* droit peut paradoxalement conduire à une réduction du projet critique. Elle exprime, comme le souligne P. Schlag, une réification des identités

et implique une limitation du pouvoir critique de la justice à l'intérieur du droit³¹. De même que la pleine signification des textes est restaurée, de même la justice, pensée comme l'introduction de la différence dans l'identité, est réifiée dans une défense des identités *des autres*³². La justice perd sa force critique en ce sens qu'elle ne maintient plus une tension avec les pratiques dominantes du droit et laisse intactes les pratiques des juges³³, une fois transformées par la défense des droits.

La discussion sur les droits et les critiques adressées par les CLS (mais aussi contre elles) sur ce point ont eu pour enjeu, d'une part, de définir la critique comme une critique *politique* – ce qui supposait de radicaliser la crise de l'interprétation du droit et du formalisme pour montrer l'intrication du droit et de la politique –, d'autre part, de radicaliser à son tour cette critique en la constituant non plus comme critique globale mais comme critique *située* – ce qui a été l'un des ressorts du mouvement CRT ou de la *Feminist Jurisprudence*. Issues d'une double critique à l'égard des CLS et à l'égard des droits civiques de la tradition libérale, la CRT reprend néanmoins des CLS l'idée que le droit construit les rapports de domination (en les naturalisant) mais qu'il constitue aussi une forme possible d'émancipation.

3. Du texte à la politique

Une approche critique du droit entendue comme critique politique vise non pas seulement à renverser les hiérarchies dans la construction des textes, mais aussi et surtout à renverser les hiérarchies sociales – c'est l'un

28 C'est par exemple la lecture de J. Balkin, qui affirme que la "[d]econstruction by its very nature is an analytic tool" ("Deconstructive Practice and Legal Theory", *art. cit.*, p. 786).

29 P. SCHLAG, "Le hors de texte, c'est moi' : The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction", *Cardozo Law Review*, vol. 11, 1990, p. 1631 *sq.*

30 Voir M. ROSENFELD, « Derrida's Ethical Turn and America: Looking back from the Crossroads of Global Terrorism and the Enlightenment », *Cardozo Law Review*, vol. 27, novembre 2005, p. 815-845, réédité in P. Legrand (ed.), *Derrida and Law*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 477-507.

31 Voir P. SCHLAG, "A Brief Survey of Deconstruction", *Cardozo Law Review*, vol. 27, 2005, p. 741-752; voir aussi D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard University Press, 1997, p. 299-338.

32 Ou de *nous* comme *autres* (indiquant le caractère déconstructible de toute identité).

33 Les CLS insistent sur la décision des juges en raison du conteste de *Common Law* dans laquelle elles se sont développées, mais la critique affecte toute activité judiciaire ou législative, y compris dans un système romano-germanique.

des éléments importants qui séparent la pratique de la déconstruction dans le courant *Law and Literature* et dans les *Critical Legal Studies*. La déconstruction s'articule alors aussi à une critique des droits, comme le souligne Duncan Kennedy. Refusant de réifier l'altérité (ou la justice dans le droit) à travers la catégorisation des identités par classe, genre et race, elle entend changer les hiérarchies sociales, y compris celles qui sont construites à partir de ces catégories³⁴. La critique vise l'égalité et la participation politique égale – ce qui requiert, d'une part, une critique des injustices et des arrangements sociaux ordinaires, d'autre part, une visée utopique³⁵. Trois éléments sont remarquables

34 Les CLS critiquent aussi les droits civiques de la tradition libérale, voir D. KENNEDY, "The Critique of Rights in Critical Legal Studies", in W. Brown et J. Halley (eds.), *Left Legalism/Left Critique*, Duke University Press, 2002, p. 178-227. En ce sens, le projet critique ne consiste pas en une revendication du principe de diversité contre le principe de neutralité propre à la perspective intégrationniste libérale. Il s'adresse aussi aux discours sur les droits civiques, qui dérive l'égalité du principe abstrait de l'autonomie individuelle. D'une certaine manière, la critique de l'autonomie individuelle de la tradition libérale, menée à la fois par l'École de Francfort et par les CLS, est radicalisée dans la CRT, qui défend un point de vue *situé*. Voir K. W. Crenshaw, N. Gotanda, G. Peller, K. Thomas (dir.), « Introduction » in *id.*, *Critical Race Theory. The Key Writings that Formed the Movement*, New York, The New Press, 1995. La critique de l'approche essentialiste des identités qu'implique la conception libérale de la défense des droits a été largement faite au sein du féminisme américain, notamment à travers l'idée de performance du genre, avec les travaux de J. Butler (*Trouble dans le genre. Pour un féminisme de la subversion*, trad. C. Kraus, Paris, La Découverte, 2005; pour une présentation générale, voir E. DORLIN, *Sexe, genre et sexualités: introduction à la théorie féministe*, Paris, PUF, 2008). Elle l'a aussi été à travers la « race consciousness » ou l'idée de « femmes comme classe », et d'intersectionnalité comme mode de la critique. Voir K. W. CRENSHAW, "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color", *Stanford Law Review*, vol. 43, n° 6, 1991, p. 1241-1299. L'essentialisme peut aussi être utilisé de manière stratégique, comme le fait G. Chakravorty Spivak (« Subaltern Studies: Deconstructing Historiography », in R. Guha (dir.), *Subaltern Studies IV*, Oxford University Press, 1985, p. 331).

35 « The goals of the left project are to change the existing system of social hierarchy, including its class, racial and gender dimensions, in the direction of greater equality and greater participation in public and private government. The analytic part of the project includes a critique of the injustice and oppressiveness of current arrangements, a utopian

dans la perspective critique déconstructionniste tracée par Duncan Kennedy.

D'une part, le rapport entre droit et justice est ce qui permet de déconstruire le droit, le souci de la justice offrant un point de vue critique sur le droit. La pratique de la déconstruction permet de montrer l'absence de systématisme du droit ou la manière dont il est construit sur des oppositions; elle fait apparaître également le caractère politique du droit. Cette analyse peut être comprise à partir de la thèse de l'indétermination de la règle, et plus globalement à partir d'une radicalisation de la crise de l'interprétation en droit. D'autre part, la justice est la formulation d'une utopie politique, l'horizon politique formant le ressort critique de la critique CLS – d'une certaine manière, la justice à l'intérieur du droit³⁶. Enfin, cette critique requiert une autre histoire du droit, ou plutôt une contre-histoire de celui-ci: une histoire montrant la manière dont les processus de domination (incluant ceux de classe, de genre et de race) ont été construits non pas en dehors du droit mais à travers ce dernier.

Il n'existe que des cas difficiles. L'indétermination radicalisée

La critique politique du droit s'appuie sur une radicalisation de la crise de l'interprétation du droit et se centre sur la théorie de la décision³⁷. Les effets de l'ana-

part, and a positive theory of how things got so bad and why they stay that way», D. KENNEDY, "The Critique of Rights in Critical Legal Studies", *art. cit.*, p. 179.

36 La dimension utopique est à la fois affirmée (elle est une forme possible de la déconstruction du droit par la justice) mais jamais développée dans les CLS. Sur la « réforme révolutionnaire » chez Unger, voir O. de Schutter, « Les 'Critical Legal Studies'. Le structuralisme et au-delà », in *Cahiers du centre de philosophie du droit*, *art. cit.* Une formalisation de l'utopie en un programme politique ne serait qu'une réification supplémentaire et limiterait le projet critique en le soustrayant à sa propre critique. Elle supposerait en outre qu'il existe une théorie commune aux CLS alors que ce mouvement a été une sorte de constellation de juristes présentant « un air de famille ».

37 Sur la décision judiciaire, voir F. MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine*

lyse déconstructionniste du droit considéré comme langage contestent l'idée que le droit puisse être compris comme un système autonome et cohérent dont on puisse faire, pour reprendre la formule de H. Kelsen, une théorie pure. Elle analyse le droit comme une texture bien plus ouverte qu'un positiviste comme H. Hart ne l'avait envisagée, tout en refusant les réponses libérales faites à la thèse de l'indétermination pour l'orienter vers une critique politique.

Les concepts d'indétermination et de texture ouverte du droit ont été développés par H. Hart à partir de la distinction entre deux types de cas juridiques. Les «cas évidents» ou faciles relèvent d'une procédure régulière par laquelle les juges identifient les règles à partir desquelles ils peuvent rendre leurs décisions. Ils les appliquent par un raisonnement déductif dans la mesure où l'interprétation de la règle ne pose pas de difficulté³⁸. Les «cas difficiles», en revanche, font selon Hart apparaître le caractère indéterminé ou la structure ouverte de certaines règles juridiques. L'indétermination sémantique des termes généraux³⁹, donc équivoques, ou bien un conflit entre plusieurs règles, entourent la règle d'une «zone de pénombre» et ouvrent une pluralité d'interprétations possibles laissées à l'appréciation du juge, qui établit une hiérarchie entre les règles et peut ainsi rendre sur un même cas des décisions opposées⁴⁰.

américaine, Paris, L'Harmattan, 2000. Sur la crise de l'interprétation en droit, voir M. ROSENFELD, «Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy and the Temptations of the New Legal Formalism», in D. Cornell, M. Rosenfeld et D. G. Carlson (dir.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York/Londres, Routledge, 1992, p. 152-210; *Les interprétations justes*, trad. G. Warland, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2000.

38 Pour une approche générale de la décision, voir N. MacCormick, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, trad. J. Gagey, Paris, PUF, 1996.

39 Ainsi en va-t-il pour des termes comme «ordre public», «décence», «dignité», ou pour des règles dont le sens et l'extension des termes ne sont pas clairement délimités (voir H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, p. 153).

40 La règle n'a alors pas plus d'autorité qu'un cas ou qu'un précédent, montrant le caractère aléatoire de la hiérarchie entre une règle générale et un cas particulier; *ibid.*, p. 145.

Le point de vue libéral, comme celui de R. Dworkin, refuse ce scepticisme juridique en réduisant l'indétermination des règles. Celle-ci est selon lui limitée à certains cas. Les juges qui les tranchent s'appuient alors sur des raisonnements garantissant leur neutralité. Ils peuvent aussi se référer à la cohérence générale du système juridique. Face à une règle dont le sens et l'application sont indéterminés, le juge doit se référer à un niveau supérieur et plus englobant, celui des principes. R. Dworkin suppose ainsi une notion d'«integrity» qui surplombe les règles opposées. Celle-ci prescrit au juge de considérer l'ensemble des décisions et la structure institutionnelle, et de comprendre les normes publiques de comportement d'une communauté politique «comme si elles étaient l'œuvre d'un seul auteur, la communauté personnifiée, exprimant une conception cohérente de la justice et de l'équité»⁴¹. Pour le dire autrement, le juge, dans l'optique de Dworkin, ne jouit pas d'un pouvoir discrétionnaire pour l'appliquer rétroactivement, ni ne privilégie un choix politique ou moral, parce que sa décision procède de l'histoire institutionnelle: il rend un jugement nouveau à propos des droits des parties, mais ces droits qu'il leur reconnaît reflètent les décisions du passé. Il n'affirme pas une règle nouvelle contre une règle ancienne

41 «La chaîne du droit», *Droit et société*, n° 1, 1985, p. 51. R. Dworkin compare le travail du juge à celui d'écrivains devant collaborer à la rédaction d'un roman collectif en écrivant l'un après l'autre un chapitre. De même que chacun doit tenir compte des chapitres précédents et de l'ensemble de l'œuvre, de même les juges doivent interpréter une règle en se référant à l'ensemble des règles et des institutions. Chaque auteur est limité par les chapitres précédents, doit vérifier que son chapitre s'ajuste aux précédents et contribue à préserver l'intégrité du roman. De même, un juge qui se trouve en présence d'un cas difficile doit le trancher sur la base de la meilleure interprétation juridique possible, compatible avec une intégration appropriée entre le cas présent et la série des précédents juridiques historiques pertinents, de façon à préserver l'intégrité du droit comme pratique historique. Voir *L'empire du droit*, trad. E. Soubrenie, Paris, PUF, 1994, p. 250-254; *Prendre les droits au sérieux*, trad. M.-J. Rossignol et F. Limare, révisée et présentée par F. Michaut, Paris, PUF, 1995, p. 153-213. Voir aussi J.-F. KERVÉGAN, «Quelques réflexions critiques sur Dworkin et Habermas», in H. Benthouami, N. Grangé, A. Kupiec, J. Saada (dir.), *Le souci du droit: où en est la théorie critique?*, Sens & Tonka, 2010, p. 109-116.

mais s'élève au niveau des principes du droit, qui lui permet d'articuler sa décision aux décisions passées.

Si H. Hart avait d'une certaine manière anticipé cette réponse en affirmant que le droit reposait sur des principes contraires⁴², l'approche déconstructionniste du droit montre que la distinction entre les cas faciles et les cas difficiles est sans pertinence. N'importe quel cas relève de cette seconde catégorie. La thèse de l'indétermination de la règle de droit signifie que les règles juridiques n'ont pas de signification déterminée, qu'elles peuvent donc être interprétées de différentes manières, et que leur signification n'est pas découverte à partir des ressources internes au droit et d'une procédure rationnelle ou formelle mais qu'elle est créée par le juge lui-même, c'est-à-dire par une décision⁴³. L'indétermination affecte le droit bien au-delà de sa dimension textuelle, de sa structure ouverte ou des zones d'ombres qu'il contient. Elle n'exprime pas simplement un postulat de l'herméneutique juridique ni ne se limite à un scepticisme de la règle⁴⁴. La radicalisation de l'indétermination conduit à affirmer le caractère décisionniste et politique du droit. Elle fait apparaître les oscillations du droit entre forme légale et décision politique, entre droit libéral et droit

impérial ou hégémonique⁴⁵, ou le décisionnisme au sein de l'apparent formalisme et objectivisme.

Contradictions, patchwork, ambivalences du droit

Reprise dans le cadre de l'analyse structuraliste, la radicalisation de l'indétermination repose sur l'idée que, à l'instar des signifiants dans la linguistique saussurienne, les règles et les principes juridiques n'ont de sens que dans le cadre d'un système de différences, en l'absence d'un principe premier à partir duquel on pourrait déduire l'ensemble du système⁴⁶. Mais elle intègre la critique de la structure en montrant le caractère mouvant des significations. De même que le langage est composé de signifiants coupés de leurs signifiés, les matériaux du droit ne comportent pas de significations inhérentes. Le lien entre signifiant et signifié, entre les énoncés juridiques et leur signification, est établi par une relation de pouvoir⁴⁷, qui reste invisible lorsque l'interprétation de la règle ne pose pas de problème – nous avons alors l'illusion du caractère objectif et formaliste du droit et de son application. Par conséquent, aucun renvoi à la hiérarchie des principes sur les règles ne permet d'élucider le sens ultime d'un texte juridique, ni de rendre une décision fondée sur un principe de justice supérieur. Tout au plus peut-on montrer les significations contraires des règles juridiques comme des principes qui orientent le droit, ou encore la pluralité et la contradiction des interpré-

42 Sur la critique de Hart et de Kelsen, voir D. KENNEDY, "A Left Phenomenological Alternative to Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation", in D. KENNEDY, *Legal Reasoning, Collected Essays*, The Davies Book Publishers, Aurora CO, 2008, p. 153-173.

43 S'il existe une régularité dans l'interprétation des règles, qui rend partiellement possible la prédiction des jugements, elle ne découle pas des propriétés des règles ou encore de la structure de l'ordre juridique. Elle est de l'ordre du fait. Voir C. BÉAL, «Le problème de l'indétermination des règles juridiques dans les Critical Legal Studies», in H. Bentouhami, A. Kupiec, N. Grangé et J. Saada (dir.), *Le souci du droit. Où en est la théorie critique?*, op. cit., p. 135-149.

44 Voir M. TUSHNET, "Defending the Indeterminacy Thesis", in B. Brian (dir.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford University Press, 1998, p. 223-238; W. LUCY, «Adjudication», in J. Coleman et S. SHAPIRO, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 2002, p. 206-265. Hart évoque le scepticisme, voir *Le concept de droit*, op. cit., p. 168-174.

45 M. KOSKENNIEMI, «droit international et hégémonie: une reconfiguration», in *id.*, *La politique du droit international*, trad. H. Cadet, S. Cassella, G. Hourriez, A.-C. Martineau, Paris, Pedone, 2007, p. 291-320; N. BERMAN, «Les ambivalences impériales», in *id.*, *Passions et ambivalences. Le colonialisme, le nationalisme et le droit international*, trad. L. Delabie, M. Blocteur, L. Choukroune, S. Clerfeuille, O. Harrison, présenté par E. Jouannet, Paris, Pédone, 2008, p. 183-209.

46 Voir D. KENNEDY, «Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship», *New England Law Review*, n° 21, 1985-1986, p. 209 sq.

47 R. UNGER, *Knowledge and Politics*, op. cit., p. 80.

tations possibles, dès lors qu'un jugement procède de hiérarchisations exprimant des préférences subjectives⁴⁸.

L'indétermination procède aussi des conflits concernant les fins visées par le droit⁴⁹, qui affectent le système juridique en permettant par exemple de justifier des interprétations contraires à partir d'éléments internes. Les fins visées par le droit ne sont pas externes à celui-ci mais le construisent à partir de matériaux inconciliables. On peut se référer aux analyses faites par R. Unger de la pensée juridique libérale qui, selon lui, promeut des objectifs contraires – l'ordre social qui implique l'imposition aux individus d'une certaine conception de la vie bonne, et la liberté individuelle comprise comme auto-détermination où le genre de vie est défini par le choix individuel⁵⁰. Le droit est ainsi non seulement tendu entre des objectifs inconciliables, mais il véhicule aussi des conceptions de la justice qui sont opposées.

Dans le droit privé par exemple, certaines approches déconstructionnistes ont montré que la structure légale comprenait à la fois une conception individualiste de la justice – mettant en avant l'initiative privée, l'autonomie de la volonté individuelle et la liberté contractuelle – et une conception altruiste faisant prévaloir l'intérêt social global ou la protection de la confiance dans les contrats, y compris au détriment de l'autonomie individuelle⁵¹. Cette opposition se répercute sur la structure institutionnelle du système juridique comme sur les techniques législatives utilisées. Ainsi, la conception individualiste de la justice

correspond à une technique qui privilégie la règle parce que le cadre de l'action individuelle doit être défini de la manière la plus précise possible, tandis que la conception altruiste opte pour le standard ou les principes, parce que ces derniers assouplissent l'application des dispositions législatives et permettent ainsi de davantage les adapter aux situations sociales. Il existe ainsi, d'un côté, des règles juridiques dont la précision laisse une place très restreinte à l'interprétation et qui sont justifiées au nom de la sécurité juridique ou pour réduire le pouvoir arbitraire du juge ; de l'autre, des principes ou des standards qui relèvent davantage de l'équité et font appel à la sagesse jurisprudentielle du juge, au nom de l'adaptabilité de la norme aux faits que l'auteur de la règle n'a pu prévoir, ou au nom de la prise en compte des objectifs de politique publique ayant motivé l'adoption de la règle. Bien qu'incompatibles, ces deux types de justice coexistent dans le même système légal et présentent chacun une aporie. Dans l'optique individualiste, les règles risquent d'être appliquées à des cas que le législateur n'entendait pas régir. Dans l'optique altruiste, le recours aux principes réduit la sécurité juridique. Pour le dire autrement, ces conceptions contradictoires de la justice montrent que tout ordre juridique comporte des principes et des contre-principes qui ne peuvent être englobés sous un principe unificateur. Pour toute interprétation du droit, il existe ainsi une contre-interprétation, ou une exception pour toute interprétation d'une règle, un contre-principe pour tout principe et une contre-politique pour toute politique institutionnelle⁵².

Le projet positiviste de faire une théorie pure du droit ne peut qu'échouer, tandis que, plus généralement, le droit libéral comporte des contradictions indépasseables et reste très éloigné du principe de neutralité qu'il promeut. L'expression même de « système » pour décrire le droit est sans pertinence dès lors que chaque élément renvoie à son contraire, que les significations glissent sans cesse et se transforment sans pouvoir renvoyer à une

48 Montrer le caractère décisionniste du droit rejoint en un sens le projet de critique initial du libéralisme formulé par R. Unger. Les juges rendent des décisions qui imposent une certaine conception du bien, ce qui affecte le principe libéral de pluralisme des valeurs. L'idéal de neutralité n'est ainsi, selon Unger, qu'un moyen de justifier les préférences normatives des juges – il est en réalité loin d'être neutre. Le principe de neutralité contrevient dans les faits au principe du pluralisme.

49 H. L. A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p. 147-150.

50 R. UNGER, *Knowledge and Politics*, op. cit., chap. 2-3 ; *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, op. cit., p. 23-37.

51 Voir D. KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, p. 1685 sq., voir aussi R. UNGER, *Knowledge and Politics*, op. cit., p. 88-100.

52 M. KOSKENNIEMI, « Droit international et hégémonie : une reconfiguration », *La politique du droit international*, op. cit., p. 296.

structure fixe – la déconstruction, y compris appliquée au droit, s’inscrivant en ce sens dans la critique derridienne du structuralisme⁵³. Montrer comment ces matériaux du droit coexistent avec leurs contradictions, ou comment le droit oscille en permanence entre des tendances contraires, revient à le décrire comme foncièrement ambivalent, ou comme formant un patchwork⁵⁴.

La critique comme histoire et contre-histoire

L’approche critique déconstructionniste du droit peut consister, si l’on reprend certains concepts centraux du structuralisme, en une analyse synchronique – on décrira alors comment, dans un système juridique donné (ou se présentant comme tel), il existe des contradictions au niveau des règles, des principes, ou une indétermination sémantique au sein du droit qui en révèle le caractère décisionniste et politique. Elle peut aussi consister en une analyse diachronique. Dans ce second cas, l’enquête historique cherche la plupart du temps à montrer à l’œuvre dans le passé les structures qui se retrouvent dans le présent et la manière dont les conclusions de l’analyse synchronique se retrouvent dans l’analyse diachronique. Elle a cependant tout l’intérêt d’une contre-histoire, c’est-à-dire qu’elle est à la fois une contestation des histoires dominantes et une critique des dominations produites tant par le passé du droit que par son historiographie. Elle fournit des contre-récits aux «grands récits» métajuridiques, permet de faire émerger des traditions oubliées ou vaincues par l’histoire, et peut aussi présenter des alternatives aux théories et aux pratiques dominantes⁵⁵. En ce sens, l’histoire est un élé-

ment central de la critique et s’articule à la dimension utopique de la justice – celle évoquée par D. Kennedy.

Ces formes de contre-histoire se définissent souvent contre l’histoire finalisée et apologétique du droit présent écrite à partir des grandes figures ou des «pères fondateurs»⁵⁶ (comme si le droit était le gardien de la civilisation), ou encore des «grandes époques» (comme s’il existait une rationalité ou des lois métahistoriques, bref, une métaphysique, qui expliqueraient cette succession). Des choix épistémologiques critiques peuvent par exemple montrer comment le droit s’est formé à partir de la philosophie, de la sociologie, de l’ethnographie, de l’économie ou de la diplomatie, et qu’il ne peut être exposé qu’en relation à ces domaines. Le droit n’est alors pas réductible aux recueils de législation et de jurisprudence, ni à l’ensemble des normes positives assorties d’une sanction étatique, mais il s’énonce et se pratique à partir de discours et de domaines éclectiques – récusant l’idée de «théorie pure» du droit. L’accent peut aussi être mis sur l’idée que le droit est une pratique de professionnels – elle est alors une histoire critique en ce sens qu’elle est faite «par le bas» et qu’elle est aussi une description de rapports de pouvoir; ou, de manière transhistorique, qu’il s’est constitué en unités relatives incluant des moments de rupture⁵⁷.

Un exemple remarquable d’histoire du droit montrant comment ce dernier s’est construit non pas dans les formes que lui assignent le positivisme juridique, mais à partir d’une «dynamique de la différence», est donné par l’ouvrage d’A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the*

53 J. DERRIDA, *L’écriture et la différence*, Paris, Éditions du Seuil, 1967, «La structure, le signe et le jeu dans le discours des sciences humaines», p. 409-428.

54 A. ALTMAN, *The Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, Princeton University Press, 1990, p. 117-129.

55 Voir Q. SKINNER, *La liberté avant le libéralisme*, trad. M. Zagha, Paris, Seuil, 2000, p. 73-75. La proximité avec Skinner peut être d’autant plus grande qu’elle permet de montrer par exemple comment le droit international est né non de la seconde scolastique, comme le veut l’historiographie dominante, mais avec les théoriciens de la raison

d’État et du républicanisme; voir M. KOSKENNIEMI, «International Law and *raison d’état*: Rethinking the Prehistory of International Law», à paraître.

56 Voir J. SAADA, «Pacifisme ou guerre totale? Une histoire politique du droit international: les lectures de Vitoria au XX^e siècle», *Astérior*, n° 6, février 2009 [tt/asterion.revues.org/document1508.html](http://asterion.revues.org/document1508.html)

57 C’est par exemple l’optique choisie par M. Koskenniemi lorsqu’il identifie des unités relatives (autour de la doctrine de la souveraineté entre 1870 et 1914; autour de la philosophie allemande entre 1871 et 1933; autour du solidarisme entre 1871 et 1950, voir *infra*); mais il conserve aussi l’approche par les grandes figures.

*Making of International Law*⁵⁸. Tout en conservant l'idée qu'une structure traverse le droit (en l'occurrence le droit international), A. Anghie en décrit le fonctionnement de manière diachronique dans l'optique, d'une part, de critiquer le positivisme juridique, d'autre part, d'identifier le droit libéral à un droit impérial. Une autre approche du droit articulant un projet de contre-histoire et une approche déconstructionniste est donnée par l'ouvrage de M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, que l'on peut lire en regard de son autre ouvrage, *From Apology to Utopia*⁵⁹. Le second ouvrage permet de dégager une structure générale du droit, tandis que le premier offre précisément une histoire du droit international analysée à partir de ce cadre.

L'approche critique développée par M. Koskenniemi montre la structure ambivalente du droit – ambivalence qui marque son ouverture à la déconstruction. Le droit est décrit comme oscillant entre deux pôles ou entre deux termes – l'utopie et l'apologie –, chaque terme s'opposant à l'autre tout en le contenant. L'utopie désigne l'attachement à des principes généraux et abstraits qui seraient au fondement du droit international⁶⁰. Elle exprime la volonté de faire triompher la primauté du droit (*rule of law*), c'est-à-dire de faire valoir son objectivité sur la politique comprise comme la défense des intérêts et des préférences subjectives des acteurs étatiques. Mais parce que ces principes sont jugés abstraits et invérifiables, parce que leur généralité

conduit en pratique à les utiliser pour justifier la poursuite des intérêts et les valeurs subjectives des acteurs dominants, leur critique conduit à l'apologie du pouvoir. Les acteurs du droit cherchent en effet à recourir à des règles concrètes, vérifiables par un processus objectif. Le « tournant vers le concret » fonde le droit sur des faits vérifiables⁶¹, c'est-à-dire sur une conception sociale du droit. M. Koskenniemi montre que ce tournant risque de conduire à l'apologie, c'est-à-dire à la défense du pouvoir, laquelle ne pourra être contrebalancée que par l'évocation de principes du droit, c'est-à-dire par l'utopie.

Cette logique procède d'une tentative d'articulation d'éléments incompatibles entre eux et se traduit par une oscillation permanente au sein du droit. M. Koskenniemi soutient ainsi que plus un argument juridique (principe, règle ou doctrine) se distancie des faits internationaux, plus le droit apparaît comme une utopie abstraite ne traduisant que les préférences morales des acteurs, plus il devient vulnérable à la critique d'utopisme et moins il peut être justifié au regard de la réalité internationale. Le droit doit alors se fonder sur des faits mais risque de devenir une apologie du pouvoir. On cherchera alors à réaffirmer sa puissance normative en faisant prévaloir la normativité sur la factualité, c'est-à-dire en insistant sur la distance entre les règles juridiques et la réalité de la société internationale. Mais plus grande est cette distance, plus le droit apparaît comme une utopie abstraite ne traduisant que les préférences morales des acteurs, et plus le droit apparaît comme justifiant de nouveau le pouvoir.

On peut observer cette oscillation à travers la manière dont un certain nombre d'internationalistes ont voulu expliquer, au lendemain de la Première guerre mondiale, l'échec des doctrines internationalistes d'avant guerre en raison de leur proximité excessive avec les politiques nationales des États, c'est-à-dire en raison de leur caractère apologétique. La doctrine défend alors l'autonomie des règles juridiques internationales, leur distanciation par rapport

58 Cambridge University Press, 2005.

59 *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2001; *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1989 (reed. Cambridge University Press, 2005). Une version courte a été publiée sous la forme d'un article: « Entre utopie et apologie: la politique du droit international », trad. H. Cadet, S. Cassella, G. Hourriez et A.-C. Martineau, in *La politique du droit international*, préface de B. Stern, présenté par E. Jouannet, Paris, Pedone, 2007, p. 52-96. Voir aussi J. SAADA, « La mission civilisatrice du droit. Positivisme, droit international et colonialisme » in *La violence et la norme*, J.-F. Kervégan et P.-Y. Quiviger (dir.), Violence et norme, Hildesheim, G. Olms, à paraître en 2012.

60 Comme la justice formulée à travers l'idée de loi naturelle par les junsnaturalistes.

61 Par exemple, le comportement des agents sociaux, ou l'idée d'un processus historique de solidarité ou d'interdépendance sociologique.

aux faits internationaux, la capacité du droit à s'opposer et à s'élever au-dessus des politiques étatiques, réaffirmant ainsi le primat de la normativité sur la factualité. L'approche formelle du droit est alors défendue. M. Koskenniemi montre comment cette approche utopique a ensuite été critiquée au nom d'un réalisme qui a considéré comme suspectes les distinctions entre les règles et les principes, les normes ordinaires et le *jus cogens*. Cette formalisation du droit a été perçue non seulement comme inapte à exclure les considérations politiques lorsque l'on teste l'identification formelle du droit (l'indétermination ou la texture ouverte du droit laissant toujours la place à des choix subjectifs, donc politiques), mais aussi, plus globalement, comme un processus d'abstraction ne visant en réalité qu'à faire valoir les préférences politiques des acteurs internationaux. Enfin, le projet d'une science du droit – appuyée sur l'autonomie, la systématisme interne et la complétude de ce dernier – est apparu comme une forme d'utopisme doctrinal incapable de saisir la réalité de la pratique étatique des normes juridiques. Cet ensemble de critiques a conduit la doctrine à porter son attention sur l'effectivité de la règle plutôt que sur sa validité formelle, engageant un nouveau retour vers le concret⁶².

Cette histoire du droit est critique et déconstructive en ce sens qu'elle fait apparaître les oscillations d'un droit à la fois apologétique et utopiste, ou les ambivalences d'un droit impérial et libéral. L'oscillation entre l'affirmation du caractère concret du droit et la volonté d'en maintenir le caractère normatif manifeste une contradiction⁶³ : le droit ne peut être concret et vérifiable que s'il reflète la réalité des rapports de pouvoir et des intérêts des États (ou il n'est qu'utopie), mais il ne comporte de normativité que s'il n'est pas réductible à la politique des États (ou il n'est qu'apologie). Or, que le droit soit à la fois normatif et concret est à la fois nécessaire

et impossible. Sont ainsi décrites deux stratégies argumentatives vulnérables l'une à l'autre et toujours susceptibles, dans le système, de s'identifier à la position adverse⁶⁴. Les analyses en termes d'oscillation ou d'ambivalence évitent d'ériger un terme en vérité de l'autre, elles décrivent une tension permanente qui rend le droit fondamentalement déconstructible, donc aussi ouvert à la transformation.

Conclusion

L'histoire du droit fait-elle un bon roman? Si elle ne vise pas, dans la veine de Dworkin, à révéler une cohérence transhistorique à travers le récit fictif d'une unité hiérarchisée de principes guidant les décisions des juges, elle ressemble davantage, dans la perspective de la critique CLS, à une histoire faite de contradictions et dépourvue de héros – non seulement de héros fondateurs, comme dans la perspective de M. Koskenniemi, mais aussi des héros d'un «panthéon d'auteurs» souvent philosophes qu'il ne s'agit, pour D. Kennedy, que de «cannibaliser». Cette cannibalisation a un avantage indéniable. Non seulement elle conteste toute canonisation, y compris des penseurs de la contestation ou de Derrida, mais elle montre aussi qu'interpréter un texte n'est autre que le réinventer.

Car une fois pris hors de leur réduction à l'histoire des idées – une forme possible de réification académique de la philosophie –, les philosophes lus sur l'autre rivage nous reviennent méconnaissables. Ainsi pour la critique du droit chez Derrida et après lui. On peut certes trouver des liens entre l'indécidable qui affecte tout jugement chez Derrida et la critique de la décision judiciaire qui fait apparaître le décisionnisme au cœur du droit chez les CLS. Ou encore, comprendre la manière dont la justice déconstruit le droit comme une forme de l'utopie qui rend possible la critique et sa propre critique permanente, jusque dans la critique *des* droits. Ces rapprochements restent néanmoins sans pertinence s'ils ne permettent pas de déstabiliser la critique du

62 M. KOSKENNIEMI, «Entre utopie et apologie: la politique du droit international», in *id.*, *La politique du droit international*, op. cit., p. 51-96.

63 Ce dilemme se retrouve à travers les controverses théoriques entre positivisme/naturalisme, consentement/justice, autonomie/communauté, processus/règle, etc.

64 David KENNEDY, *International Legal structures*, Portland, Nomos, 1987.

droit elle-même – et celle-ci, de destabiliser les pratiques du droit. La question n'est alors pas tant de savoir ce qu'il reste des CLS aujourd'hui ou quels effets elles ont eu dans les pratiques des juges (l'on dirait volontiers: aucune), mais en quel sens les approches déconstructionnistes du droit, comme dans une partie du mouvement *Law and literature* ou dans les CLS, offrent une possibilité de renouvellement pour la théorie critique, c'est-à-dire de faire non pas une critique externe du droit, menée à partir d'un paradigme philosophique surplombant, mais une critique interne, capable de lier une conceptualisation des pratiques juridiques et la possibilité – même non réalisée mais présente comme horizon de la critique – d'une transformation sociale par et dans l'activité du droit.

CONTRIBUTIONS

THÉORIES DU DROIT, THÉORIES DE LA JUSTICE – RUPTURE OU DIALOGUE ?

LA BALANCE DE LA JUSTICE ET LE SYSTÈME DES POIDS ET MESURES

RICARDO A. GUIBOURG*

1 – Décider, comparer, peser

À l'extrême sud de la Terre du Feu, il y avait une petite tribu, maintenant éteinte, qui vivait des animaux marins que les hommes, comprimés dans leurs étroits canoës, arrivaient à capturer. Ils s'appelaient eux-mêmes les *yámana*, c'est-à-dire « les humains »¹. Si ces habitants de la fin du monde définissaient le genre humain entier avec cette extrême autoréférence, ils ne faisaient que reproduire un mécanisme intellectuel très commun en Europe, en Amérique du Nord, en Chine, enfin partout où un être humain envisage d'établir une taxonomie, une morale, un système de droit, voire une ontologie. À l'origine, on ne peut partir que de soi-même. Et ce péché originel inévitable nous conduit à considérer nos perceptions, nos idées et nos préférences, et à les élever à la catégorie de choses, de faits, de vérités évidentes, de principes incontestables. Ce n'est que le choc contre les idées d'autrui qui nous oblige à élargir nos points de vue, mais nous n'y arrivons qu'après

avoir lancé des anathèmes et avoir perçu la relative inefficacité de nos armes.

C'est peut-être ainsi que les hommes ont découvert les avantages du droit écrit, la douceur de la liberté et la relative garantie de la démocratie. Chacun a dû céder un peu de ses idées et de ses préférences pour faire place à une partie de la préférence et des idées des autres, et pour cela il fallait laisser les représentants du peuple remplir le vide formel des normes avec des contenus sur lesquels il n'y a jamais d'unanimité.

Ceci du moins en théorie: la pratique s'est maintenue souvent à une distance assez grande pour supporter le jeu du pouvoir pur et dur, mais assez étroite pour qu'on y reconnaisse encore les vestiges du gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple; au moins, si l'on avait la fortune d'échapper aux tyrannies.

Cet équilibre, cependant, est aujourd'hui en crise. Tout le monde parle de la démocratie, mais dans un certain nombre de pays (en Argentine, par exemple) les citoyens ne se sentent plus représentés par leurs députés. Le peuple vote, mais il ne croit presque plus au gouvernement qu'il obtient. Les experts en analyse politique peuvent tracer l'étiologie de ce phénomène mais, en fait, de plus en plus, les indi-

* Professeur de philosophie du droit, Université de Buenos Aires.
1 Cf. www.temakel.com/texpatyamana.htm

vidus se tournent vers les juges, qui sont légalement obligés de donner des réponses et deviennent donc sommés de faire justice à ce qu'on appelle l'*opinion publique*. Les juges sont appelés à résoudre des cas de plus en plus collectifs et à exercer des raisonnements qui, à l'origine, avaient été réservés au législateur et que les magistrats n'employaient qu'avec une extrême précaution et, il faut le dire, une prudence clandestinité².

Lorsque les juges sont obligés de produire des raisonnements moraux et politiques qui dépassent évidemment ce qu'on pouvait cacher autrefois sous le masque de l'interprétation, ce qui les différencie des législateurs devient beaucoup moins clair, ce qui contribue à consacrer le juge, l'ancienne bouche de la loi, comme un roi moderne du cas particulier. Beaucoup de rois, on le sait trop bien, fait l'anarchie. Il faut donc trouver des règles, de nouvelles règles, autres que celles du législateur, pour leur attribuer le pouvoir sur les décisions judiciaires.

À présent, ce n'est plus des lois que l'on attend la régulation de la société, mais de la reconnaissance des droits et des principes dont ils dérivent. Il s'agit donc d'identifier les principes, de les proclamer explicitement et d'en obtenir l'application, en tout temps, en tout lieu, en tout cas, mais en les adaptant *raisonnablement* aux conditions du conflit particulier. Justice modérée par l'équité, telle qu'Aristote l'envisageait : voilà la justice universelle, la juridiction universelle. Le gouvernement du monde ne pourrait avoir de meilleure garantie : si la justice était pleinement reconnue, les lois locales n'auraient à s'occuper que de questions mineures et seraient d'ailleurs destinées à s'unifier, au fur et à mesure que les gens de chaque pays, voire de chaque culture, finiront par comprendre la valeur universelle des principes que nous voyons évidents.

La théorie du droit a reçu cette idée, semble-t-il, avec une certaine joie. Là où des penseurs comme Kelsen³ ou

Hart⁴ essayaient de préciser les conditions pour identifier les normes et d'expliquer de quelle façon et à quel point le pouvoir des juges pouvait encore être encadré par la loi, l'œuvre du législateur est devenue d'abord une raison pour agir, mais une raison dont le poids peut être surpassé par les principes, puisque les principes sont de plus en plus consacrés dans les constitutions et dans des documents internationaux, sous la forme de droits humains ou d'instruments pour en assurer le respect. Et ces principes, à leur tour, sont sujets à des conflits dans lesquels l'un d'eux peut être vaincu par un autre ou inversement, selon les caractères du cas particulier⁵. Depuis Dworkin, un droit est envisagé comme un titre pour triompher de la loi, au lieu d'être vu comme le résultat de la norme⁶. C'est le juge qui attribue les titres à l'État comme aux citoyens, mais il n'est pas bien sûr arbitraire : il connaît la valeur des droits ainsi que la valeur de la loi et des principes, des valeurs qui, naturellement, ne relèvent que de la morale. L'ancien conflit des lois, qu'on décidait en ayant recours à la loi supérieure, à la loi postérieure ou à la loi spéciale, est devenu un conflit de valeurs. C'est la comparaison de la valeur des principes qui permet d'arriver à une solution raisonnable ; mais souvent le résultat de cette comparaison peut l'emporter sur le texte de la loi, même s'il n'y a pas d'autre loi en conflit avec ce texte, puisque l'opinion publique et la conscience juridique n'interrogent le texte des lois ou de la Constitution que comme un deuxième choix après les principes.

C'est ainsi que l'ancienne controverse entre le droit naturel et le droit positif est devenue vide de tout contenu pratique : comme le législateur (et spécialement le législateur constitutionnel) s'en remet en dernière instance à la justice, l'adepte du droit naturel peut se présenter comme un simple interprète de la constitution positive, puisque l'avocat positiviste se voit obligé d'explorer les méandres de la morale pour fournir un conseil légal à son client. Et

2 D. MENDONCA et R.A. GUIBOURG, *La odisea constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 158.

3 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 314.

4 H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 2005.

5 D. MENDONCA, et R.A. GUIBOURG, *op cit.*, p. 137.

6 DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995.

la jurisprudence cherche de plus en plus à comparer des valeurs avant que d'appliquer la loi tout en établissant sa portée. Elle a fait ceci pendant deux siècles, mais à présent elle le reconnaît publiquement, ce qui ne fait qu'amplifier le phénomène.

2 – L'usage de la balance et l'incertitude des poids

Mon objectif n'est pas de me plaindre de cela, mais je veux signaler certaines conséquences de cette situation et essayer de suggérer des lignes d'action.

En effet, si nous voulons un droit fondé directement sur la justice et, en même temps, un droit clair et à la portée des citoyens ; et si nous voulons toujours faire des juges les nouveaux prêtres de la justice, il nous faut encore construire ce droit raisonnablement, c'est-à-dire en partant de critères médités et de procédés publiquement connus, le tout soumis à la critique du peuple souverain. Pour ce faire, il faut d'abord se souvenir de la balance qui symbolise la justice. Ce n'est pas un symbole dépourvu de sens : tous les conflits sont concrets, puisqu'il n'y a pas de conflit abstrait ; et, dans chaque conflit, il peut y avoir des raisons pour faire pencher la balance ou bien d'un côté ou bien de l'autre. Ce n'est pas que la raison soit toujours d'un seul côté, mais ce n'est pas non plus qu'elle dépende de la fantaisie du moment. Voilà pourquoi nos ancêtres songeaient à mesurer et comparer le poids de chaque plateau chargé des raisons (valeurs, principes, voire normes) qui pourraient peser du même côté.

Ceci n'a rien de nouveau : tout le monde en est d'accord depuis le droit romain. Mais l'emploi d'une balance ne sert qu'à comparer des poids. Les objets matériels ont leur propre poids, mais il ne s'agit pas ici de comparer toujours trois pommes avec une douzaine d'œufs. Si l'on veut mesurer les poids d'une façon intersubjective et non pas seulement un objet envers un autre, on a recours à un système de poids et mesures : ainsi, on peut mettre sur un des plateaux des poids déjà connus (et, de préférence, certifiés par l'autorité publique) et sur l'autre la marchandise que l'on vend et que l'on achète. On suppose que les principes

et les valeurs, qui ne sont pas matériels, ont un poids virtuel en termes de droits humains et de justice ; mais ni la morale ni le droit, qui reposent ensemble sur ces principes, n'ont développé un système de poids et mesures que différents observateurs pourraient reconnaître intersubjectivement ou que l'autorité publique soit en mesure de certifier. Pour mieux le dire, il y a déjà une certaine certification officielle : on l'appelle la loi. Mais, nous ne faisons plus confiance à l'office de poids et mesures, puisque nous avons décidé d'arracher la balance des mains du législateur et de l'employer par nous-mêmes, ou mieux encore de la confier aux juges ; si nous prenons au sérieux l'usage de la balance, que nous faudrait-il pour rendre cet usage raisonnable ?

D'abord, il nous faudrait identifier les principes. Il n'est pas difficile de les nommer, puisqu'ils sont souvent cités sous ce nom ou comme valeurs, biens moraux, droits humains ou principes généraux du droit et de la morale : vie, liberté, santé, dignité, égalité, solidarité, culture, identité, honnêteté, paix, respect, etc. Je ne parle pas de certains principes comme la justice ou le bien parce qu'ils ne semblent que résumer une quantité de principes dont la portée est plus spécifique. Mais, en tout cas, le problème ne consiste pas à les nommer, mais à les définir et à en établir la portée. Si le sens d'un mot est avant tout le critère dont nous servons pour l'employer, et si deux critères différents ont pour résultat deux sens divers du même mot, il est facile de conclure qu'attribuer une valeur à la vie nous exige d'établir ce qu'il faut entendre par vie, jusqu'à quel point il nous faut la défendre et dans quelles conditions nous sommes prêts à admettre des exceptions⁷. Si l'on parle d'égalité, on doit savoir quels traitements il faut distribuer de manière égale, si cette égalité est absolue ou proportionnelle (et dans ce cas quelle est la raison de cette proportion), si la distribution doit être totale ou si le critère d'égalité n'atteint qu'un minimum (et quel est ce minimum) et, enfin, quels sont les sujets qui, comme des « égaux », ont droit à l'égalité du trai-

7 R.A. GUIBOURG, "Bioética", dans *Provocaciones en torno del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, p. 103.

tement⁸. Ce point est loin d'être banal. Sans une définition pratique, c'est-à-dire reconnaissable par rapport aux faits, il devient impossible de discerner intersubjectivement si dans un cas concret un principe est respecté ou atteint.

Ensuite, les principes entrent souvent en conflit dans les cas particuliers : ce fait est justement à l'origine de l'idée des cas difficiles. Puisque les principes n'ont pas de poids physique, il faut leur en donner un pour arriver à ce qu'on appelle régulièrement une *échelle de valeurs*. Si la définition pratique des principes, dont j'ai parlé précédemment, est déjà assez compliquée, cette attribution d'une valeur comparative n'est jamais envisagée dans les controverses pratiques. Il suffit, à titre d'exemple, de songer à la discussion sur l'avortement : les uns parlent du droit du fœtus à la vie, les autres défendent le droit de la femme à son autonomie, mais personne n'ose mettre des chiffres en comparaison.

Cependant, la question ne s'arrête pas ici. Même si nous arrivions à convenir d'une échelle de valeurs qui attribue des points aux principes et aux droits, cette attribution ne serait qu'un *poids spécifique*, tel que nous le concevons en disant que le plomb est plus dense que le bois. Mais, dans les cas concrets, le poids final de chaque morceau de matière dépend aussi de la quantité de matériel que l'on compare : le résultat en termes de poids est le produit de cette quantité multiplié par le poids spécifique (abstrait) du matériel qu'on dépose sur le plateau.

Métaphoriquement, il est de même pour les principes. Une fois que la valeur abstraite d'un principe a été assignée, il faut encore mesurer la quantité de ce principe présente dans le cas particulier ; c'est-à-dire estimer jusqu'à quel point le principe est compromis dans les conditions de la controverse. Par exemple, dans un conflit entre liberté d'information et droit à l'intimité, la liberté l'emporte peut-être s'il s'agit d'un ministre surpris au sein d'une cérémonie satanique, mais on préfère l'intimité dans le cas d'un

facteur travesti⁹. Ceci nous oblige à trouver et employer un coefficient de participation qui, multiplié par la valeur abstraite de chaque principe, servirait à déterminer la valeur finale de chaque position dans une controverse morale. Sans cela, l'application des principes et des valeurs restera, comme à présent, une émotion qui, plus ou moins partagée, se déguise en description d'une réalité métaphysique¹⁰.

Les conditions que je viens d'énoncer ne sont que partiellement présentes dans le discours moral quotidien. Les principes ou les valeurs ont été souvent l'objet de définitions, souvent rhétoriques, et les raisons plus profondes pour les choisir sont étudiées par la métaéthique, une discipline que presque personne ne connaît en dehors des cercles philosophiques ; mais la comparaison des valeurs n'est pas parvenue à des échelles intersubjectives et le coefficient de participation reste encore une idée étonnante et utopique.

Plus encore : même si nous avions perfectionné notre système de poids et mesures pour faire fonctionner la balance de la justice, il nous faudrait encore prendre la décision de nous en servir. Chaque observateur moral ne s'occupe que de juger des situations connues ; et parmi ces situations il ne choisit que celles par lesquelles il se sent plus ou moins touché. Il suffit à chacun de nous de lire un journal du pays voisin pour vérifier à quel point des situations qui troublent un individu ou un groupe ne sont pour un autre qu'un grain de sable dans le désert auquel on ne s'intéresse pas. S'il y avait un ensemble de critères moraux acceptables par tous (et je remarque qu'il n'y en a pas), chacun de nous aurait encore des priorités à l'heure de prendre en compte les conflits d'autrui et plus encore lorsque la situation exige une action déterminée. On peut imaginer, autour de chaque individu, des cercles d'intérêt où la solidarité s'efface doucement, au fur et à mesure que

8 R.A. GUIBOURG, "Igualdad", dans *Provocaciones...*, op. cit., p. 107.

9 Ce genre d'argument, à propos d'un cas moins clair, est montré dans l'arrêt argentin CSJN "Ponzetti de Balbín, Indalia, c/ Editorial Atlántida S.A.", 1984/12/11 (cfr. R.A. GUIBOURG, H.J. CERDIO, J.R. CHIRICO, R.V. GUARINONI, et L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 47 et 286).

10 R.A. GUIBOURG, *La construcción del pensamiento*, Buenos Aires, Colihue, 2004, p. 129.

l'on va vers la périphérie. Il ne s'agit pas d'identifier la justice, mais de trouver la force de la défendre. Et ce phénomène, qui affecte inévitablement chaque observateur, citoyen, politicien, juge ou philosophe, représente encore une limite à l'usage pratique du système moral que nous ne sommes pas capables de construire¹¹.

3 – Vers la reconstruction d'un système de critères

Les réflexions que je viens de faire servent à montrer pourquoi il a fallu inventer la loi, si imparfaite, pour combler jusqu'à un certain point le vide d'intersubjectivité qui a toujours affecté la morale et qui affecte maintenant un droit directement fondé sur des principes moraux. En parlant, nous faisons semblant de croire que les valeurs sont là comme les montagnes ou les rivières, mais au moment de les appliquer avec la certitude que nous attendons du droit, elles n'agissent que comme une emphase ajoutée à nos préférences.

J'ai déjà dit que la question n'est pas de s'en plaindre : le monde est fait ainsi et on ne peut pas aller contre le courant. Mais on peut contenir le courant pour éviter au moins des inondations. Si la société d'aujourd'hui veut être fondée sur des principes, nous pouvons encore discuter sur le contenu des valeurs, essayer de les définir, trouver les cas où les valeurs peuvent entrer en conflit, nous mettre d'accord sur la solution de ces cas, dessiner par induction le système de poids et mesures dont nous avons besoin pour l'usage de notre balance et publier ces données pour permettre à chacun de les critiquer et de proposer un équilibre différent, que certains observateurs pourront juger meilleur.

Ce projet n'est pas une utopie, spécialement si on l'envisage par petits bouts. Entre 2001 et 2003, un projet de recherche s'est développé à l'Université de Buenos Aires. Il s'agissait de mettre en lumière les critères de décision des juges par rapport à une norme déterminée. On a choisi la norme (l'article 30 de la Loi de Contrat de Travail) et autour de ce défi s'est formée une équipe com-

posée principalement de juges habitués à appliquer justement cette norme-là. Cette habitude n'a servi qu'à mieux comprendre la question : pour trouver des réponses, nous avons mis trois années.

Pendant ce temps, nous avons beaucoup appris sur le fonctionnement de notre raisonnement judiciaire. D'abord, que les réponses nettes que chacun donnait aux controverses individuelles cachaient d'autres questions et d'autres réponses intermédiaires, relatives à une interprétation implicite, dont les juges mêmes n'avaient pas une conscience claire. Puis, que la dynamique du procès judiciaire, où les parties sont établies dès le début et les défenses sont déterminées par leur stratégie, ne stimule pas le juge à se poser des questions avec la perspective qu'on peut attendre du législateur. Cependant, l'interprétation n'est pas une activité qui pourrait se borner à un cas, même si l'arrêt n'aura de force que sur ce cas. La décision interprétative, quelle qu'elle soit, est toujours générale, puisqu'elle est destinée à attribuer un contenu à une règle générale ou, tout au moins, à établir un critère de décision valable en principe pour des cas semblables. C'est ainsi que nous avons découvert la résistance intime du juge à raisonner comme un législateur, c'est-à-dire tenant compte de variables qui ne sont pas présentes ou qui ne sont pas invoquées dans le cas judiciaire individuel pour établir ou pour modifier un système général de critères.

Peu à peu nous nous proposons des critères et des sous-critères et les soumettons à l'épreuve de la cohérence, en cherchant des conséquences pour voir si nous pouvions les accepter toutes. Pour certains points spécialement difficiles, nous avons consulté d'autres juges, dont les opinions nous ont obligés à réviser nos constructions et parfois à en imaginer d'autres. Après beaucoup d'allers et retours, après avoir construit des micro-théories pour les abandonner ensuite, nous sommes arrivés à un graphique d'acheminement représentatif de notre critère d'application de la norme. Mais ce graphique n'était qu'une écorce ; chacune de ses parties était à son tour le résultat d'un autre graphique ou, tout au moins, d'une définition précise. C'est

11 R.A. GUIBOURG, *La construcción...*, p. 140

ainsi que nous avons dessiné un modèle d'application en quatre niveaux. Cette limite de niveaux n'est pas le fruit d'une décision arbitraire, mais le résultat des questions que nous nous sommes posées : le nombre des niveaux possibles est indéfini, mais en pratique il se borne à la profondeur des controverses déjà connues ou de celles que l'on peut imaginer à un moment donné ; le cas échéant, on peut toujours approfondir l'analyse interprétative.

Pour mettre nos conclusions préliminaires à l'essai, nous les avons distribuées parmi les spécialistes en droit du travail et nous avons prié chaque expert d'exprimer sa critique par écrit ou au sein d'une réunion publique dans le cadre de l'Association Argentine de Droit du Travail. Peu d'observations ont été reçues, mais elles ont servi à améliorer la version définitive qui aussitôt a été publiée et présentée à l'Université comme le résultat de notre recherche¹².

Il va sans dire que cette recherche ne prenait une loi du travail que comme un exemple : la recherche même visait à élaborer une méthode appropriée pour analyser des critères judiciaires de n'importe quelle nature. C'est pour cela que la deuxième partie de notre recherche a maintenant pour but d'analyser une question pénale¹³. La loi argentine punit l'homicide d'un emprisonnement de huit à vingt-cinq ans¹⁴. Elle indique aussi, d'une façon très générale, les circonstances dont le juge doit tenir compte pour décider la condamnation dans les limites de cette échelle¹⁵. Mais la plupart des arrêts, qui consacrent de minutieux fondements à la preuve du fait et à l'attribution du délit à l'accusé, semblent bien moins explicites lorsqu'il s'agit de fonder la durée du temps de prison. Il n'est pas facile d'identifier les circonstances aggravantes ou atténuantes, et encore moins

de leur attribuer un poids plus ou moins déterminé par rapport à une échelle punitive, mais peu à peu notre équipe avance dans cette direction. Et on prévoit que, lorsqu'un ou plusieurs systèmes de critères seront identifiés, ils seront soumis à la critique des spécialistes pour qu'ils les analysent et en proposent peut-être d'autres alternatives.

Ce genre de recherche n'a pas encore pour but de proposer une ligne déterminée d'interprétation ou de trouver un accord sur les critères de décision judiciaire ; elle tient à démontrer que cette tâche n'est pas impossible, comme le font croire des lieux communs que l'on répète depuis longtemps : que les conditions du cas particulier sont infinies, qu'il faut toutes les prendre en considération, que les règles générales sont donc nécessairement insuffisantes¹⁶, que l'équité est la justice du cas particulier¹⁷ et que les principes, tels qu'ils sont posés par la conscience du juge, fournissent un cadre utile pour faire la justice qu'on peut attendre des tribunaux¹⁸. Si la perception et l'analyse des critères judiciaires est si difficile, c'est surtout parce que la dynamique du procès n'encourage pas le juge à isoler ces critères, parce que les juges et les avocats ont une certaine résistance à approfondir les raisons de leurs critères au-delà des arguments de surface et, enfin, parce que l'épistémologie du discours juridique, ainsi que celle du discours moral quotidien, reste encore à l'état préscientifique.

4 – Le noyau épistémologique de la controverse

Cette situation peut être considérée comme le fond sur lequel se fracasse la question que les juristes se posent aujourd'hui : que faire et comment, en cas de conflit de normes ou en cas de conflit de valeurs ? La question est d'autant plus difficile que les conflits de normes deviennent souvent des conflits de valeurs.

12 H.J. CERDIO, R.A. GUIBOURG, M.Á. MAZZA, L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S.N. SILVA, M.C. SOLVÉS, M.T. ZOPPI, *Análisis de criterios de decisión judicial – El artículo 30 de la L.C.T.*, Buenos Aires, G.A.C., Grupo de Análisis de Criterios, 2004.

13 Cette équipe de recherche est formée par Raúl Borrino, Estela Cárcamo, Jorge Cerdio Herrán, Liliana Rodríguez Fernández, Mario Magariños, Iván Tolnay, Martín Vázquez Acuña et Marta A. Yungano.

14 Article 79, Code Pénal de la République Argentine.

15 Articles 40 et 41, Code Pénal de la République Argentine.

16 R.A. GUIBOURG, *El fenómeno normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 196.

17 R.A. GUIBOURG, *El fenómeno...*, *op.cit.*, p. 118.

18 R.A. GUIBOURG, *Provocaciones...*, *op. cit.*, p. 61.

Cette controverse se déroule comme si les valeurs et les principes étaient évidents et comme si leur comparaison était une opération délicate mais sujette à une technique bien connue. Chacun postule des principes et, puisqu'il s'agit de mots dont on éprouve l'effet émotif plus clairement que l'on n'en saisit la portée sémantique, presque tout le monde est immédiatement d'accord sur ces postulats. Cet accord factice sert à nous convaincre que nous voyons tous le même objet dans le ciel axiologique et, cette prémisse acceptée, il ne nous reste qu'à apprécier les décisions particulières : si nous en sommes d'accord, elles sont correctes ; si autour de nous il y a d'autres individus qui partagent notre jugement, nous en devenons plus sûrs encore ; si les journaux publient et approuvent ce jugement, il n'y a plus rien à redire : c'est la réalité qui parle pour nous et les dissidents deviennent définitivement pervers.

Le mécanisme est très connu : c'est le même qui a présidé, depuis des siècles, à la structure du discours moral. C'est le même qui nous mène à généraliser nos points de vue et à les imposer aux autres comme des principes évidents, des conquêtes de l'esprit humain, des échantillons de l'évolution de l'homme ou des conditions nécessaires de la société moderne. Et c'est la même tendance qui avait convaincu les *yámana* de la Terre du Feu qu'ils étaient le paradigme du genre humain.

Il est bien sûr impossible de s'évader complètement de ce penchant ethnocentrique ou de ses manifestations plus étroites, telles que la généralisation des préférences d'une nation, d'un groupe plus ou moins puissant ou d'un ensemble d'intérêts partiellement cachés. Mais on peut toujours en réduire les périls au moyen d'une des méthodes traditionnelles de la République : la publicité des décisions et des critères qui servent à les adopter. Si ces critères sont si souvent judiciaires, il est possible de les mettre en lumière et les systématiser, sans pourtant les momifier. Mais si nous tenons aux traditions nées de l'école de l'exégèse et si nous négligeons la possibilité d'analyser les critères, de les classer d'une façon compréhensible et applicable et de les soumettre sous cette forme à la critique des autres, les poids et

les mesures des principes resteront dans le panthéon privé de chaque interprète, la balance de la justice ne sera encore qu'une image rhétorique et le pouvoir effectif deviendra de plus en plus éloigné de ce qu'on pourra reconnaître raisonnablement comme la volonté du peuple.

TRAITER LES CAS SEMBLABLES DE FAÇON IDENTIQUE : UN ASPECT MÉTHODOLOGIQUE DE L'IDÉE DE JUSTICE

FRÉDÉRIC ROUVIÈRE*

La justice saisie par la méthodologie – La méthodologie juridique est rarement associée à l'idée de justice. Du moins, lorsque la méthodologie en traite, elle comprend la justice dans le sens d'une institution, c'est-à-dire comme l'ensemble de l'appareil juridictionnel¹. Aussi, la méthodologie ne paraît pas avoir son mot à dire sur la justice en tant que valeur, questionnement qui semble être la chasse gardée des philosophes ou des juristes se réclamant d'un certain jusnaturalisme. Pourtant, c'est contre cette idée reçue que la présente étude voudrait se développer. En dépit des apparences, le traitement dit « positiviste » du droit n'a nullement évincé chez les juristes l'objectif de justice. En réalité, la présente étude voudrait montrer que le problème de la justice s'est déplacé à l'intérieur du droit lui-même et de son analyse dogmatique. Bref, alors que le droit naturel aurait plutôt tendance à prêcher une valeur de justice antérieure d'un point de vue logique au droit (que cette valeur soit transcendante ou immanente), la position méthodolo-

gique consiste à privilégier un traitement juste des données, c'est-à-dire selon un certain point de vue identifié comme « juste ». Le but de l'étude est d'éprouver cette idée qui s'exprime dans le fait de traiter de façon identique les cas semblables. Autrement dit, il y a un point rarement mis en lumière : il faut une règle pour appliquer les règles ! En ce sens, la règle de justice a pour fonction de dire comment mettre en œuvre d'autres règles².

Cette règle de justice (« traiter les cas semblables de façon identique ») doit permettre de dissiper certaines équivoques. Traiter de façon juste ne signifie pas que les règles de droit soient rendues justes grâce à la méthodologie. Appliquer de façon juste et équitable le droit nazi ne le rend ni meilleur ni plus acceptable. Par hypothèse, la question

* Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de théorie du droit (EA 892).

¹ Par ex. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2001, p. 335 et s.

² De façon plus technique, on pourrait parler de « méta-norme » c'est-à-dire une norme qui a pour rôle de régler l'application d'autres normes qu'elle prend pour objets. Elle vient « après » d'autres normes, ce qu'exprime le terme grec « méta ». Plus simplement, la méta-norme pourrait être présentée comme un critère d'application des normes. Pour un développement de l'idée de méta-norme comme critère de sélection des théories morales : R. OGIEN, *Le rasoir de Kant et autres essais de philosophie pratique*, L'Éclat, coll. Tiré à part, 2003, p. 75 et s.

de savoir si un ordre juridique est juste échappe au domaine de la méthodologie juridique. Il s'agit seulement de considérer une façon spécifique de traiter des objets déjà définis comme les règles légales ou jurisprudentielles. Autrement dit, la méthodologie juridique se présente comme la façon de prolonger un ordre déjà admis comme juste et non de le créer. Il est (malheureusement) tout à fait concevable d'appliquer de façon juste des règles qui ne le sont pas de la même façon que le médecin peut utiliser ses connaissances pour torturer ou tuer au lieu de guérir. On le voit, le mauvais usage des connaissances ne les disqualifie pas – au contraire, l'efficacité de l'action repose sur elles. Toutefois, la finalité recherchée peut être perçue comme bonne ou mauvaise. À cet égard, la méthodologie n'est pas une philosophie du droit qui évalue la légitimité du contenu des règles ou fournit un critère pour savoir quelles règles sont juridiques et quelles règles ne le sont pas. En tout état de cause, le juriste ne possède pas le monopole de la question du juste. Si celle-ci relève bien de la philosophie, elle est une interrogation universelle qui peut-être (re)posée par chacun, indépendamment de son champ disciplinaire.

La justice du juriste et ses symboles – Par l'expression « la justice du juriste » on entend la façon dont celui-ci peut comprendre ce qui est juste sans se placer sous l'étendard de la philosophie, la politique, l'économie ou la sociologie. Il s'agit d'une façon propre au juriste d'aborder les problèmes en respectant une certaine exigence de justice. Les contours de cette exigence s'expriment dans la règle de justice telle qu'elle a été énoncée (« traiter les cas semblables de façon identique »). Ce point de vue est ordinairement délaissé alors qu'il s'infère de la pratique contemporaine et historique du droit. Pour le comprendre, il suffit de revenir aux symboles même du droit : la balance, le glaive et la règle³.

Le glaive est le bras armé de la justice car sans la force le droit n'aurait aucune effectivité. Cet aspect est alors seulement secondaire au regard du problème que nous nous

proposons d'examiner. En revanche, le glaive peut être compris comme « ce qui tranche » donc ce qui délimite les cas qui sont semblables de ceux qui ne le sont pas. De façon bien plus évidente, l'image de la balance est évocatrice car elle renvoie à la pesée, des choses (c'est l'aspect économique), puis des actes (c'est l'aspect juridique). Il ne doit pas y avoir, « deux poids, deux mesures » mais une même façon de traiter les objets semblables⁴. À ce titre, la règle est un corollaire abstrait du symbole de la balance car elle se comprend étymologiquement comme l'instrument qui permet de tracer les lignes droites. *Regula* et *norma* sont les équerres pour établir des angles droits : les règles permettent, au sens propre, de tracer des lignes droites. Ces sens premiers ont ensuite gagné en abstraction⁵ pour former la signification actuelle du mot « règle ».

Ces symboles montrent que les fonctions du droit sont stables : dire ce qui est droit (juste), trancher les litiges au moyen d'instruments de mesure. Or ces instruments de mesure ont désormais une nature intellectuelle comme en témoignent les concepts de normes ou de règles. Un concept méthodologique de justice se propose ainsi de savoir comment user de façon correcte de ces instruments. Pour filer la métaphore architecturale, on pourrait se demander quelle est utilisée pour le maçon de disposer d'un niveau s'il ne sait pas l'utiliser de façon correcte ? C'est précisément à cet égard qu'intervient l'aspect méthodologique de la justice : non pas pour créer une nouvelle balance mais pour que celle-ci se maintienne en équilibre⁶. Pour remplir cet office, il faut un concept qui exprime comment y parvenir : telle est la règle de justice.

4 H. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Faculté universitaire de Saint-Louis, 2^e éd., 2005, § 159, p. 177.

5 P. AMSELEK, « Norme et loi », *APD* 1980, p. 92.

6 F. NIETZSCHE, *Fragments posthumes. Automne 1885-Automne 1887. XII*, Gallimard, textes établis par G. Colli et M. Molinari, trad. J. Bercier, 1979, frag. 5 [82] : « Il ne faut pas approuver – car cela induit en erreur – l'usage de représenter la justice avec une balance à la main : le symbole correct consisterait à placer la justice debout sur une balance, de telle sorte qu'elle maintienne les deux plateaux en équilibre ».

3 J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, PUF, Droit fondamental, 1987, p. 21-24.

Un concept méthodologique – La méthodologie juridique peut s'entendre comme une étude des voies et moyens pour parvenir aux résultats souhaités « *de la façon la plus économique et la plus efficace* »⁷. Elle est aussi « *l'étude du savoir faire des juristes* »⁸. Ainsi, envisager un concept méthodologique de justice c'est non seulement se demander ce qu'il est mais encore comment le mettre en œuvre. Pour les besoins de l'analyse, on présupposera de façon très classique qu'il faut mettre en œuvre des règles dont la plupart sont issues d'organes reconnus (législateur, juge...).

Néanmoins, cette façon d'envisager le concept de justice ne va pas de soi. Au contraire, celui-ci a des origines philosophiques très marquées car les réflexions de Platon ou d'Aristote ont laissé une empreinte durable à laquelle il est difficile d'échapper. Cette origine philosophique du concept semble forcément enfermer celui-ci dans l'idée de valeur, idée qui possède en outre une connotation morale ou éthique⁹. Le premier problème consiste donc essentiellement en une clarification : comment l'idée de justice peut-elle passer d'un statut philosophique à un statut technique ou opérationnel ? Les deux idées ne s'excluent pas mutuellement car la réalisation de la valeur de justice implique de dégager une règle de justice. C'est ce dédoublement du concept qui va constituer de prime abord l'objet de notre attention. Pour cela, il va falloir comprendre ou démêler les sens traditionnellement attribués au concept de justice, à savoir l'égalité et l'équité. Cette clarification a pour finalité d'expliquer comment la justice a pu devenir une règle, notamment sous les plumes de John Rawls ou Chaïm Perelman.

Cette idée de justice ne peut elle-même se concrétiser sans un appareil conceptuel adéquat, à savoir les catégories et qualifications juridiques. Cet outillage intellectuel relève bien d'une réflexion méthodologique visant à rendre la règle de justice pleinement effective. Assez loin des cari-

catures du raisonnement juridique sous une forme syllogistique simplifiée, l'examen fait apparaître la complexité et la subtilité de l'appareil d'application du droit. Les règles sont appliquées en raison d'une autre règle (dite « de justice ») qui devient opérationnelle grâce l'usage de concepts mis à son service. Ainsi, l'examen des origines de l'idée méthodologique de justice (I) doit permettre d'en extraire la signification propre en vu de sa réalisation (II).

I – Origines de l'idée méthodologique de justice

Origines philosophiques de l'idée de justice – Traiter de la justice en philosophe, c'est se demander quelle est sa nature ou son essence. À ce titre, le choix d'une certaine idée de justice comporte des partis pris et des présupposés philosophiques. À cet égard, le juriste peut se réclamer d'un droit naturel au sens d'Aristote, c'est-à-dire en considérant que la justice est dans les choses elles-mêmes¹⁰. Inversement, il peut considérer que le point de vue sur le juste et l'injuste est une question morale extra-juridique comme pouvait le considérer Kelsen¹¹. Bien entendu, il existe toute une série de nuances possibles qui peuvent tour à tour souligner l'aspect conventionnel de la justice ou, au contraire son aspect rationnel voire universel. L'objectif de cette étude n'est certainement pas de faire l'inventaire de ces diverses conceptions ni même à plus forte raison de trancher entre l'une d'elles. La seule chose que l'on voudrait montrer c'est la possibilité d'apercevoir en filigrane dans des textes célèbres de la philosophie l'idée méthodologique de justice. Pour le dire d'une autre façon, d'où vient cette idée que les cas semblables doivent être traités de façon identique¹² ? Si les

7 J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, précité, p. 20.

8 J.-L. BERGEL, « Méthodologie juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, (Dir. D. Alland et S. Rials), Lamy-PUF, Quadrige-Dicos poche, 2003, p. 1021.

9 H. HART, *Le concept de droit*, précité, § 167, p. 185.

10 *Éthique à Nicomaque*, V, 7.

11 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, trad. Ch. Eisenmann, 1999, spéc. p. 115 : la théorie pure du droit « refuse d'apprécier le droit positif », égal. p. 70, 75, 220, 222.

12 Idée déjà présente chez Cicéron, « Topiques », in *Œuvres complètes de M. T. Cicéron*, vol. 4, Paris, F-I Fournier, 1816, p. 280 : « valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat ». Traductions possibles : « L'équité l'emporte et elle impose que dans les causes identiques on applique des principes identiques » ou « L'équité ordonne de juger et de déterminer de la même manière les choses pareilles ».

réflexions philosophiques sur la justice ont fourni le substrat de l'idée actuelle, cette filiation intellectuelle n'a pas empêché l'autonomie progressive du sens méthodologique.

Aussi, seuls quelques philosophes seront passés en revue, notamment Aristote et John Rawls car leurs écrits traitent explicitement de l'idée de justice en référence à l'égalité et l'équité. Ces deux dernières notions sont vraisemblablement à l'origine de l'idée d'un traitement identique des cas semblables qui est un aspect du traitement égal. De même, l'équité, en tant que façon juste d'appliquer une règle, pourrait bien être une façon de discerner ce que les cas ont de semblable, bref ceux qui appellent le même traitement ou, à l'inverse, un traitement différencié. L'objectif est donc de faire saillir les origines conceptuelles de ce qui sera considéré au XX^e siècle comme « la règle de justice », de s'interroger sur ce dédoublement de l'idée de justice entre son fond et sa forme.

Aristote: la justice comme égalité et équité – Aristote traite de la justice dans un célèbre chapitre de son ouvrage, l'*Éthique à Nicomaque*, consacré principalement à l'étude des vertus. C'est dans la cinquième partie de cet ouvrage que résident les éléments dont on a tiré l'opposition entre justice distributive ou commutative ainsi que l'idée de l'équité comme souplesse ou flexibilité dans l'application du droit. Ces lieux communs de la théorie du droit masquent pourtant une certaine aridité du texte originel et la complexité des relations qui unissent justice, égalité et équité.

Selon Aristote, l'inégalité engendre l'injustice¹³; *a contrario* l'égalité produit la justice¹⁴. Mais l'égal est lui-même un juste milieu¹⁵, ce qui tend à confondre et assimiler purement et simplement les deux notions. Aussi,

l'égalité ne peut être comprise comme l'uniformité pure et simple de tous les individus. La justice n'est donc pas une comparaison terme à terme, sinon elle se réduirait à l'exigence d'une égalité. C'est bien pourquoi Aristote précise que la justice comprend quatre termes, autrement dit est une égalité entre des relations. Le terme plus approprié est celui de proportion, comprise comme égalité de rapports¹⁶. L'illustration la plus évidente réside dans les fractions mathématiques. En effet, il y a le même rapport de grandeur entre 1/2 et 3/6 c'est pourquoi ces fractions expriment le même nombre, raison d'être de l'égalité « $1/2 = 3/6$ ». On fera remarquer qu'il y a dans cet exemple quatre termes (1, 2, 3, 6) mais qu'il y a identité du nombre désigné. Ainsi se découvre l'idée implicite que ces deux relations doivent recevoir un traitement identique parce qu'en dépit de leur différence apparente, elles sont au fond une seule et même chose, un seul et même nombre. L'objectif sera alors de retrouver cette égalité des rapports mathématiques dans les rapports humains. D'où la conséquence tirée par Aristote: si deux personnes ne sont pas égales elles ne doivent pas recevoir de parts égales¹⁷. Autrement dit, chacun reçoit à proportion de son rang, son talent ou son mérite¹⁸. La justice n'est pas de donner à chacun la même chose mais à chacun ce qui lui revient, le « sien » — d'où la formule, *suum cuique tribuere* (« rendre à chacun le sien »). Cette justice est dite « distributive » car elle repose sur une égalité géométrique (une proportionnalité) tandis que la justice « commutative » repose, elle, sur une égalité arithmétique (un échange ou

13 ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 4^e éd., 1979, V, 6, p. 226: « l'injuste est l'inégal »; Trad. J. B. Saint Hilaire, Livre de poche, 1992, V, III, §1, p. 200: même traduction; trad. R. Bodéüs, GF Flammarion, 2004, V, 7.1, p. 237: « ce qui est injuste est inéquitable ».

14 *Éthique*, trad. Tricot, V, 6; trad. Saint Hilaire V, III, §2, p. 200; trad. Bodéüs, V, 7.1, p. 237.

15 *Éthique*, précité.

16 *Éthique*, trad. Tricot, V, 6, p. 228: « le juste est, par suite, une sorte de proportion »; trad. Saint Hilaire V, III, §7, p. 201: « Le juste est quelque chose de proportionnel »; trad. Bodéüs, V, 7.4, p. 238: « Donc, ce qui est juste, c'est quelque chose de proportionnel ».

17 *Éthique*, trad. Tricot, V, 6, p. 227: « Si, en effet, les personnes ne sont pas égales, elles n'auront pas de parts égales »; trad. Saint Hilaire V, III, §7, p. 201: même traduction; trad. Bodéüs, V, 7.3, p. 238: « Si les personnes ne sont pas égales, elles ne peuvent obtenir de parts égales ».

18 *Éthique*, trad. Tricot, V, 6, p. 228; trad. Saint Hilaire V, III, §6, p. 201; trad. Bodéüs, V, 7.3, p. 237.

une réciprocité)¹⁹. Dans tous les cas, la justice est une forme d'égalité, qu'elle soit géométrique ou arithmétique.

La justice est donc le règne d'une certaine égalité. En effet, toute la difficulté sera de savoir quelles sont les personnes qui doivent être considérées comme égales. Pour la présente étude, il importe surtout de souligner que l'égalité est à la racine de l'idée de traiter de façon identique les cas semblables. Pour rester plus proche de la terminologie d'Aristote, on pourrait dire que les égaux doivent être traités de façon égale et les inégaux de façon inégale. L'injustice réside alors dans le fait de traiter de façon égale des inégaux ou de façon inégale des égaux ce qu'accrédite pleinement le symbole de la balance. Indépendamment d'une réflexion sur ce qui est essentiellement ou substantiellement égal, on peut retenir que la forme même de la justice est l'égalité et que cet aspect se retrouve encore dans nos conceptions actuelles de la justice. Dire que les cas semblables doivent recevoir le même traitement, c'est se fonder sur la forme même de l'égalité. En revanche, dire dans telle ou telle hypothèse si deux personnes sont égales c'est considérer l'égalité d'un point de vue substantiel.

Pour Aristote, la justice est encore équité car il n'y a pas entre justice et équité une différence de nature (ou de genre)²⁰. Il existe le même type de relations entre justice et égalité ou justice et équité : on ne peut réduire la justice ni

à l'une ni à l'autre car elle participe de ces deux formes²¹. Si l'équité paraît parfois supérieure au juste c'est parce qu'en réalité elle parachève un juste incomplet, par exemple, la justice légale qui ne prend en compte que les cas les plus fréquents et peut omettre certaines hypothèses²². L'équité ne corrige pas la loi en la modifiant mais la complète en la prolongeant. Ainsi l'équité est une activité législative qui institue ce qui est égal ou inégal au lieu de le juger selon la loi qui, par hypothèse, ne règle pas ce qui est en question. Ainsi, l'équité, loin d'être une modification de l'idée d'égalité, repose entièrement sur elle. L'équité est la justice et la justice est l'égalité, à la fois géométrique (proportion) et arithmétique (échange). Lorsque l'une de ces deux faces manque dans la loi, l'équité va établir la justice soit en donnant des parts égales (arithmétiques) soit sur le fondement d'une égalité (proportionnelle) qu'elle aura préalablement créée.

Cette considération sur l'équité pointe la difficulté récurrente de l'idée de justice : pour traiter de façon identique les cas semblables encore faut-il savoir les cas qui sont semblables et donc égaux. Or c'est sur ce point que la notion d'égalité se dédouble. Car une chose est de se demander si deux cas méritent en eux-mêmes un traitement égal et autre chose est de traiter de façon égale deux cas qui ont déjà été considérés comme égaux. Pour

19 Qui peut encore être traduite en justice corrective, rectificative ou réparatrice : *Éthique*, trad. Tricot, V, 7, p. 231 : « Le juste correctif » ; trad. Saint Hilaire V, IV, §1, p. 203 : « La justice réparatrice » ; trad. Bodéüs, V, 8, p. 241 : « celle qui apporte un correctif ».

20 *Éthique*, trad. Tricot, V, 14, p. 266 : « La justice et l'équité ne sont ni absolument identiques, ni génériquement différentes » ; trad. Saint Hilaire V, X, §1, p. 229 : « elles ne sont pas non plus d'un genre essentiellement différent » ; trad. Bodéüs, V, 17, p. 279 : « ce n'est en effet ni tout simplement la même chose, ni une chose d'un autre genre » (chez Bodéüs, « équité » est remplacée par « honnêteté »).

21 *Éthique*, trad. Tricot, V, 14, p. 266 : « l'équitable, tout en étant supérieur à une certaine justice, est lui-même juste, et ce n'est pas comme appartenant à un genre différent qu'il est supérieur au juste » ; trad. Saint Hilaire V, X, §2, p. 229 : « l'équitable, qui est meilleur que le juste dans telle circonstance donnée, est juste aussi ; et ce n'est pas comme étant d'un autre genre que le juste, qu'il est meilleur que lui dans ce cas » ; trad. Bodéüs, V, 17.2, p. 280 : « ce qui est honnête en effet vaut mieux qu'une certaine forme de juste tout en étant juste, et en même temps, ce n'est pas parce que ce serait un autre genre de chose que cela vaut mieux que le juste ».

22 *Éthique*, trad. Tricot, V, 14, p. 267 : « la loi ne prend en considération que les cas les plus fréquents, sans ignorer d'ailleurs les erreurs que cela peut entraîner » ; trad. Saint Hilaire V, X, §2, p. 229 : « la loi ne saisit que les cas les plus ordinaires, sans se dissimuler d'ailleurs ses propres lacunes » ; trad. Bodéüs, V, 17.2, p. 280 : « la loi prend alors en compte ce qui arrive le plus fréquemment, sans ignorer ce qu'elle laisse de côté ».

prendre un exemple simple, une chose est de dire que l'annulation pour erreur dans la vente sera soumise à un délai de 5 ans et celle pour vices cachés à un délai de 2 ans mais autre chose est de se demander dans quelles hypothèses il y a erreur et dans quelles hypothèses il y a vice caché. La distinction entre l'erreur et le vice caché assure que des situations considérées comme différentes soient bien traitées de façon différentes, ce qui n'est que la reformulation de l'idée que les cas semblables doivent être traités de façon identique. En termes aristotéliens, il ne faut pas que des situations inégales soient traitées de façon égale, sans quoi il y aurait injustice.

Ce que la présente étude voudrait faire saillir est que les auteurs modernes se sont parfaitement approprié cette idée de justice. Sous son versant méthodologique, elle signifie que la juste application du droit doit se faire en respectant les inégalités instituées. Critiquer les traitements différenciés, c'est remettre en cause philosophiquement la façon même d'instituer la justice. Cette critique du législateur est désormais possible grâce au contrôle de conventionnalité (devant la Cour européenne des droits de l'homme) ou de constitutionnalité (grâce à la question prioritaire de constitutionnalité portée devant le conseil constitutionnel). Bref, si les critères pour établir l'égal et l'inégal (le juste et l'injuste) peuvent varier, l'application des règles instituées devra toujours suivre la *même forme*, à savoir traiter de façon égale les cas égaux.

Rawls: la justice comme équité – La *Théorie de la justice* de John Rawls²³ et sa reformulation synthétique sous le titre *La justice comme équité*²⁴ présentent une filiation conceptuelle évidente avec Aristote puisque la justice y est encore appréhendée comme égalité et équité, même si ce second aspect prédomine. Pourtant, le présent propos ne vise pas à expliciter, discuter ou critiquer les conceptions rawlsiennes de la justice mais bien plutôt à mettre en exergue certains détails qui témoignent du dédoublement

du concept de justice. En effet, Rawls cite de façon explicite le principe selon lequel il faut « *traiter des cas semblables de manière semblable* »²⁵ même si cela n'est pas, selon lui, « *une garantie de justice réelle* »²⁶. Pourtant, ce principe est important car il est impliqué par l'État de droit²⁷. Il permet d'assurer une application impartiale des règles de droit²⁸ qui n'est pas autre chose qu'une application équitable²⁹. Ainsi, ce principe d'application est loin d'être secondaire car un système de règles qui admettrait un trop grand nombre de déviations à son égard pourrait être suspecté d'être en réalité injuste³⁰. En effet, si les critères d'application des règles sont fournis par les règles elles-mêmes, les déviations dans l'application ne font que refléter un ordre injuste puisque les critères institués n'établissent pas de justes différences ou de justes distinctions dans le traitement. En tout état de cause, le traitement identique des cas semblables constitue une exigence de justification qui pèse tant sur les juges que sur le législateur. En effet, traiter de la même façon les cas semblables consiste à suivre une directive de cohérence³¹. Comme le remarque Rawls, l'augmentation du nombre de cas rend de plus en plus difficile d'établir de façon convaincante des justifications de discriminations injustes ou de jugements partiiaux.

Ces éléments, qui peuvent passer pour un détail dans l'œuvre de John Rawls, sont en vérité très représentatifs du dédoublement du concept de justice entre d'une part une justice substantielle constituée de règles et d'autre part une justice formelle qui est censée prolonger ces règles, déjà considérées comme justes. Aussi, le principe de traitement

23 J. RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Points, 2009.

24 J. RAWLS, *La justice comme équité. Une reformulation de Théorie de la justice*, trad. B. Guilleme, La découverte, 2001.

25 *Théorie de la justice*, n°10, p. 91.

26 *Théorie de la justice*, n°10, p. 89. En cela, il rejoint l'opinion de Hart selon laquelle cette idée est « une formule vide » : *Le concept de droit*, précité, §159, p. 177.

27 *Théorie de la justice*, n°38, p. 274.

28 *Théorie de la justice*, n°38, p. 271. Même conclusion pour Hart, *Le concept de droit*, précité, §160, p. 178.

29 *Théorie de la justice*, n°38, p. 272. Comp. Hart, *Le concept de droit*, précité, §158, p. 176.

30 *Théorie de la justice*, n°38, p. 273.

31 *Théorie de la justice*, n°38, p. 274.

identique des cas semblables semble cantonné à l'application du droit. Néanmoins, lorsque le législateur institue une différence entre deux situations ou deux groupes d'individus, il considère que les hypothèses de fait ne sont pas semblables. Autrement dit, l'activité législative elle-même paraît bien reposer sur cette idée de traitement identique des cas semblables. En effet, en renversant la formule, on pourrait tout aussi bien dire que les cas dissemblables doivent être traités de façons dissemblables et par cette Voie on obtient une description plus fidèle de l'activité législative. Les rapprochements avec les développements aristotéliens sont alors particulièrement éclairants. Si l'équité repose sur l'égalité et que l'égalité implique que les égaux soient traités de façon égale et réciproquement que les inégaux soient traités de façon inégale alors la différence entre le législateur et le juge est fortement atténuée. Leur activité relève plus d'une différence de degré que de nature. En effet, il ne s'agit plus d'opposer la création des règles et leurs applications mais l'application générale d'une seule et même règle : traiter de façon égale les cas égaux. Présenté sous cet angle, ce n'est pas la forme qui prolonge le fond mais bien la forme qui décide du fond. Toute la difficulté est que la forme même du principe de justice ne fournit pas les critères substantiels qui permettent de dire lorsque deux cas sont égaux. C'est bien ce problème qui va se retrouver lors de la mise en œuvre de cette idée méthodologique de justice³². L'essentiel pour notre analyse est bien de souligner que la justice est devenue, de façon générale, une règle. Bref, c'est une certaine façon d'apprécier les problèmes, autrement dit une méthode.

Perelman : la justice comme règle – Chaïm Perelman présente de façon explicite la justice comme une règle³³ (formelle) qui permet d'éviter de privilégier telle ou telle conception substantielle de la justice. La règle selon laquelle « les êtres d'une même catégorie essentielle doivent

être traités de la même façon »³⁴ permet de réaliser un accord maximal car tout le monde s'accorde sur elle, indépendamment de sa conception substantielle de la justice. Ce principe est bien formel car il ne décide pas en lui-même des cas qui sont identiques ou différents³⁵. Dans l'application d'une telle règle, il est concevable d'avoir plusieurs critères concurrents³⁶ qui contreviennent au respect de la règle. C'est alors qu'intervient l'équité, en tant que correctif visant « à ne pas traiter de façon trop inégale les êtres faisant partie d'une même catégorie essentielle »³⁷. À la différence d'Aristote, l'équité ne vient pas compléter les lacunes de la loi mais corriger substantiellement les distinctions instituées. Cette façon de raisonner semble particulièrement rendre compte de la possibilité pour un juge d'écarter l'application d'une loi qu'il jugerait non conforme à la convention européenne des droits de l'homme. Pour Perelman, l'équité a un rôle plus précis puisqu'il s'agit de résoudre des conflits de fond entre plusieurs règles concurrentes. Pour éviter l'intervention de l'équité, il faut imaginer des critères plus nombreux et admettant des combinaisons complexes³⁸. Bref, un système bien ordonné devrait idéalement se dispenser de l'équité. Ceci est d'autant plus vrai que, dans la pensée de Perelman, la règle de justice ne vise que l'application correcte du droit³⁹ et ne repose pas sur l'égalité. En effet, « l'égalité de traitement n'est qu'une conséquence logique du fait que l'on s'en tienne à la règle »⁴⁰.

34 *Éthique et droit*, p. 30.

35 *Éthique et droit*, p. 31.

36 Perelman prend l'exemple d'un patron qui voudrait rétribuer ses ouvriers à la fois en raison de leur travail et de leurs besoins : si deux personnes appartiennent à la même catégorie du point de vue du travail et à des catégories différentes du point de vue des besoins, à travail égal, l'un d'eux ne percevra pas le même salaire ce qui contredit l'idée qu'ils appartiennent à la même catégorie. *Éthique et droit*, p. 48.

37 *Éthique et droit*, p. 50. On remarquera que cette caractérisation de l'équité est à l'opposé de celle d'Aristote qui insiste sur le fait que l'équité ne joue qu'en dehors des cas non inclus dans la généralité de la loi.

38 *Éthique et droit*, p. 53.

39 *Éthique et droit*, p. 59.

40 *Éthique et droit*, p. 57.

32 V. *infra* partie II.

33 Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, Éditions de l'université de Bruxelles, 1990, p. 108.

À cet égard, Perelman est très proche de Rawls sur ce point particulier : la règle de justice n'est valable que pour des règles justes. Ainsi, des règles arbitraires peuvent être appliquées de façon juste⁴¹. Toutefois, Perelman est justiciable des mêmes remarques émises à propos de Rawls : si la règle est considérée comme injuste c'est bien que les cas qu'elle pose comme différents ne le sont pas essentiellement. Pour le dire autrement, une règle injuste méconnaît encore la règle de justice mais à un degré de généralité plus élevé. La distinction entre la création de la règle et son application repose sur l'idée selon laquelle les règles légales fournissent leurs propres critères d'application. Or cette idée est loin d'être une évidence puisque l'interprétation vise justement à connaître les cas qui tombent dans le champ d'application de la règle et ceux qui sont en dehors de son domaine. Mieux, les interprètes n'hésiteront pas à rectifier les qualifications légales jugées inopportunes témoignant ainsi de la prépondérance des catégories sur le contenu littéral des règles à interpréter⁴². Perelman le reconnaît : la règle de justice ne nous dit pas quand les êtres sont semblables ni le traitement à leur réserver⁴³. Ces aspects relèvent pleinement d'une méthodologie juridique qui se propose de formaliser les canons interprétatifs des règles de droit qui ne sont finalement que le complément de la réalisation de la règle de justice.

II – Réalisation de l'idée méthodologique de justice

La réalisation d'une idée par la méthodologie – Si une idée est souvent abstraite, sa réalisation suppose à l'in-

verse de la concrétiser. C'est ce qu'exprime le verbe « réaliser » qui signifie étymologiquement « faire entrer dans les choses ». C'est sur ce point que toutes les difficultés se cristallisent : comment réaliser un traitement identique ? Comment identifier les cas semblables ? Ces interrogations de nature technique ou instrumentale peuvent légitimement se doubler d'une interrogation fondamentale : des cas différents peuvent-ils essentiellement être considérés comme semblables ?

Ces questions témoignent toutefois d'un vrai renversement de perspective qui fait la force de l'idée méthodologique de justice. Au lieu d'enfermer la réflexion dans une spéculation philosophique (in-finie par définition), elle oblige le juriste à se prononcer *hic et nunc* pour trancher la difficulté qui lui est soumise. En transférant la question substantielle de la justice vers la réalisation du droit, l'idée méthodologique de justice paraît réduire le problème à une simple question technique. Néanmoins, cette apparence ne doit pas tromper : le questionnement fondamental demeure toujours en arrière-plan et la technique, loin de le supprimer, n'en constitue qu'un véhicule privilégié. Le point que l'étude souhaite mettre en valeur est que la réalisation de l'idée méthodologique de justice suppose le secours d'instruments eux-mêmes méthodologiques. Autrement dit, les catégories, définitions, concepts et classifications juridiques sont les moyens de répondre aux interrogations précédemment soulevées. Pour se réaliser, le droit a besoin d'être opérationnel et à cet égard il ne peut faire autrement que considérer les questions posées comme susceptibles d'une réponse. Sans cela, la concrétisation du droit serait éternellement reportée, faute de pouvoir achever, en un temps donné, la réflexion requise par l'ampleur de la question de la justice. Aussi, le problème se déplace vers une façon d'interroger qui permette de décider ce qu'est un traitement identique et ce que sont des cas semblables.

Le traitement identique par le régime juridique – La notion de régime juridique est l'instrument méthodologique privilégié du traitement identique. Celui-ci peut être défini en première approximation comme un « ensemble de

41 *Éthique et droit*, p. 67 et s. où Perelman prend l'exemple d'un critère (le lait de vache produit à plus de 1 000 mètres d'altitude) visant à instaurer un protectionnisme indirect sans pour autant être appliqué en violant la règle de justice.

42 Par ex. la loi Libertés et responsabilité de l'Université (LRU) a institué en 2007 le conseil d'administration de l'université comme jury de recrutement mais les juges ont réécrit la loi en considérant que c'est le comité de sélection qui demeure le jury du concours. F. MELLERAY, « A la recherche des jurys de recrutement des enseignants chercheurs » *AJDA* 2011, p. 539 et s.

43 *Éthique et droit*, p. 111.

«règles gouvernant certaines matières ou institutions»⁴⁴ ou «un corps cohérent de règles»⁴⁵. De façon plus technique, les règles composant un régime juridique sont propres à trancher le litige soumis au juge. L'exemple le plus visible de cet aspect réside certainement dans les délais de prescription : si l'action est introduite après l'écoulement d'un certain laps de temps, le demandeur sera irrecevable en sa demande, sans autre examen au fond. Toutefois, il est rare qu'un régime juridique se compose d'une règle unique. Il synthétise souvent de nombreux aspects. Ainsi, le régime de l'inexécution du contrat suppose une mise en demeure⁴⁶, admet la possibilité de clauses limitatives de responsabilité⁴⁷, n'indemnise que le dommage prévisible⁴⁸, prévoit une compétence territoriale des tribunaux pour le lieu d'exécution du contrat⁴⁹. Ce bref exemple montre combien le régime juridique ne se présente pas de façon spontanée dans la loi mais suppose au contraire un effort de construction et d'unification. Le régime juridique comporte alors autant de conséquences que le juriste est autorisé à tirer de l'identification préalable d'une situation : par exemple, l'existence d'une inexécution du contrat implique la mise en œuvre de la série de règles susmentionnée.

Ce qui importe pour la question ici examinée est que le régime juridique, parce qu'il est composé de règles qui ne varient pas, assure un traitement identique de toutes les situations qu'il est appelé à régler. Toutes les inexécutions du contrat suivent le même régime, elles sont donc toutes soumises à un traitement juridiquement identique. Aussi, il ne faut pas être étonné si la jurisprudence européenne a considéré que la discrimination entre des personnes «*consiste à traiter de manière identique des situations qui sont différentes ou de manière différente des situations qui*

sont identiques»⁵⁰. Soumettre des cas différents à un régime identique, c'est réaliser une injustice au sens de la règle de justice déjà exposée. L'hypothèse particulière de la discrimination des personnes (interdite par de nombreux textes) en raison de l'âge, du sexe, de la religion, de l'ethnie n'est qu'une illustration du principe général de discrimination au sens logique. La discrimination repose sur une différenciation en vue d'un traitement différent. La discrimination réprimée par le droit consiste dans le même procédé mais à partir d'éléments jugés comme non pertinents⁵¹. Ce que met en lumière cet exemple est que l'inégalité de traitement est appréciée en raison des règles auxquelles les cas sont soumis. La différence de traitement implique alors la différence des régimes juridiques, point sur lequel il n'est pas toujours aisé de s'accorder. En effet, il est possible de relever des régimes présentant des points communs sans pour autant en conclure qu'ils sont identiques. Ce n'est pas parce que l'inexécution du contrat et la responsabilité civile délictuelle peuvent se solder par une indemnisation que l'identité des régimes peut être affirmée. Il existe encore de nombreuses différences qui interdisent toute assimilation pure et simple. L'ampleur des règles composant tel ou tel régime juridique détermine ainsi son identité ou sa différence avec d'autres régimes. Cette question strictement méthodologique montre que l'identité juridique de traitement ne se réduit pas à une saisie intuitive du «même» et du «différent». Cette identité est pensée par la médiation de concepts. Ils sont supposés contenus dans des règles qui fournissent le substrat de l'élaboration des ensembles cohérents appelés «régimes juridiques». Malgré tout, la délimitation des contours des différents régimes juridiques est rendue assez aisée par l'existence au sein de la loi des conséquences à tirer de telle ou telle qualification juridique. Autrement dit, la loi se distingue souvent par la volonté d'unifier de nombreuses règles autour d'un régime ; bref

44 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^e éd., 2007, V^o Régime, III, 1.

45 G. CORNU, précité, V^o Régime, I, 1.

46 CCiv. art. 1146.

47 Solution jurisprudentielle considérée comme corollaire de la liberté contractuelle.

48 CCiv. art. 1150.

49 CPC art. 46.

50 CJCE, 4 fév. 1982, *Buyl contre Commission*, aff. 817/79, *Rec.* p. 245, point n°29 : sur la différence entre un retraité et un fonctionnaire en service différé.

51 H. HART, *Le concept de droit*, précité, § 158, p. 176.

de leur permettre de poursuivre un même but ou objectif. L'agrégation d'éléments disparates en un véritable régime juridique ne se présente alors que comme le point de départ pour réaliser l'idée méthodologique de justice. Une fois la possibilité d'un traitement identique établi, quels sont alors les cas qui doivent suivre ce même régime? Autrement dit, comment décider que deux cas sont semblables?

Similitude et identité: position du problème –

La règle de justice a été énoncée de façon non symétrique: ce ne sont pas les «cas identiques» qui doivent recevoir un traitement identique mais bien les «cas semblables». Cette nuance terminologique revêt en vérité une grande importance. Le traitement peut être dit «identique» grâce au régime juridique car, quelle que soit la situation de fait soumise, les règles composant le régime juridique restent identiques à elles-mêmes. On entend par là que les concepts qui permettent d'exprimer le régime juridique sont stables et invariants: abstraitement, la compétence du tribunal est toujours la même, tout comme les règles d'indemnisation, les délais etc. L'identité est possible grâce à l'abstraction. En revanche, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le fait lui-même, une nouvelle difficulté apparaît. La loi peut très bien prendre des dispositions dans l'abstrait mais elle ne peut prévoir toutes les occurrences futures de son application. Elle demeure alors à un certain degré de généralité ou bien se limite à une série d'exemples. Dans chacune de ces hypothèses un problème particulier émerge. Même si la loi a défini la catégorie, est-il légitime que deux situations factuelles soient assimilées alors que les cas d'espèces comportent toujours des nuances de fait? De même, comment justifier l'extension analogique de la loi à partir des exemples qu'elle cite à des cas non formulés explicitement?

Sur la première question, une réponse possible serait que deux cas pourraient être dits semblables du moment qu'ils relèvent de la même catégorie, autrement dit qu'ils sont justiciables d'une même classification, d'une même définition. Mais ce point de vue est problématique⁵² car

comment poser que des faits différents puissent malgré tout être unifiés sans que cette unification nie les différences⁵³? La critique porte bien sûr le fait que «*tout concept surgit de la postulation de l'identité du non-identique*»⁵⁴. Le problème ne change pas sur la seconde question. En effet, bien que deux situations factuelles puissent se ressembler, elles ne peuvent être identiques l'une à l'autre⁵⁵. En effet, deux individus ayant rigoureusement les mêmes caractéristiques seraient en réalité le «même»⁵⁶. C'est une façon de revisiter le fameux principe de l'identité des indiscernables, issu de la pensée de Leibniz. Selon ce dernier, si deux êtres ont les mêmes propriétés c'est qu'ils sont en réalité identiques⁵⁷. Autrement dit, il faut encore «postuler de l'identique» pour voir le «même» dans des individus en réalité différents. À cet égard, les cas ne peuvent pas être dits identiques mais seulement semblables. La persistance des différences factuelles entre les cas rend alors impossible d'atteindre la justice par l'usage d'une règle générale pour les apprécier⁵⁸. Si le but d'une justice absolue ou en soi demeure impossible par la règle, cela veut bien dire que c'est la règle elle-même qui constitue une certaine justice. Autrement dit, le problème de l'interprétation réside en réalité dans l'argument de justice lui-même en ce sens qu'il vise à définir ce qui est semblable dans des cas qui ne peuvent, par hypothèse, jamais être identiques. La raison de cette nuance tient au fait que l'identité est une construction conceptuelle. Elle vise à assimiler des cas différents d'un

⁵² ARISTOTE, *Topiques*, VII, 151 b. 25; Vrin, trad. J. Tricot, 1997, p. 291 et s.

⁵³ ARISTOTE, *Métaphysique*, Z, 13, 1037 b; GF Flammarion, trad. M.-P. Duminil et A. Jaulin, 2008, p. 266; Pocket, trad. J. B. Saint Hilaire, 1991, p. 266.

⁵⁴ NIETZSCHE, «Mensonge et vérité au sens extra-moral», *Œuvres I.*, Gallimard, Pléiade, 2000, p. 407; Nietzsche poursuit: «De même qu'il est évident qu'une feuille n'est jamais tout à fait identique à une autre, il est tout aussi évident que le concept feuille a été formé à partir de l'abandon de ces caractéristiques particulières abstraites, et de l'oubli de ce qui différencie un objet d'un autre».

⁵⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, précité, p. 251.

⁵⁶ Même des jumeaux sont différents, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'ils ne peuvent occuper la même position dans l'espace et le temps.

⁵⁷ LEIBNIZ, *Discours de métaphysique*, *Monadologie*, Folio, Essais, 2004, n°9, p. 221.

⁵⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, précité, p. 251.

point de vue factuel en les considérant identiques d'un point de vue conceptuel. Or c'est ici que réside l'originalité de la position méthodologique.

Les cas semblables par la qualification – La qualification juridique, qui consiste à ranger certains faits sous une catégorie déterminée, est le mode d'assimilation des cas différents en cas semblables. Autrement dit, des faits divers, parce qu'ils sont soumis à une même nature juridique, vont se voir appliquer le même régime juridique⁵⁹. Or la nature juridique n'est certainement pas une donnée intuitive ou élémentaire. Au contraire, elle est le résultat d'une élaboration conceptuelle visant à énoncer ses traits ou caractères constants⁶⁰, le plus souvent sous la forme d'une série de critères. De même, elle est en relation avec les autres natures juridiques et suppose d'être compatible avec ces autres définitions reçues afin que l'édifice conceptuel soit cohérent (non-contradictoire)⁶¹.

Ainsi, deux cas sont semblables non en pas en raison de leurs similitudes ou ressemblances factuelles mais bien en raison de leur rapport à un troisième terme qui est le concept juridique lui-même, celui qui opère la qualification. Un seul exemple permet d'illustrer ces relations. Pour obtenir l'annulation d'un contrat, il est admis d'invoquer les manœuvres de l'autre partie : c'est le dol⁶². Tel est le cas lorsqu'un vendeur a sciemment modifié le compteur kilométrique d'un véhicule. Mais ce cas est-il semblable au fait que le vendeur garde le silence sur une consommation excessive de carburant ? Dans la première hypothèse, nous sommes en présence d'un comportement actif qui vise à altérer une réalité, le nombre réel de kilomètres parcourus avec le véhicule. Dans la seconde hypothèse, le comportement est passif car le vendeur se contente de garder le silence sur un inconvénient. La réalité n'est pas altérée, elle est partiellement dévoilée. Faut-il malgré tout admettre la

même solution (l'annulation) pour ces deux cas ? La différence relevée entre comportement actif et passif semble à elle seule justifier une différence que le terme légal de « manœuvres » semble supposer. La comparaison terme à terme des deux hypothèses conduit à nier leur assimilation. Pourtant, la question est de savoir si les cas sont assimilables, c'est-à-dire conceptuellement identiques en dépit même de certaines différences factuelles. Or les deux hypothèses précitées peuvent être considérées comme ayant *également* altéré l'information disponible sur la chose objet du contrat. Pour en arriver à cette conclusion, il faut donc bien un troisième terme, « l'altération de l'information » qui permet de dire que ces deux cas doivent être soumis au même régime juridique : l'annulation. Cette conclusion n'a pourtant rien de nécessaire. Pendant plus de 150 ans après l'adoption du Code civil, les juges ont considéré que le terme « manœuvres » devait s'entendre de l'altération d'une réalité, le plus souvent grâce à un mensonge. À cet égard, une simple omission sur un aspect de la réalité n'était pas qualifiée de dol car il n'y avait pas de mensonge. Le point intéressant à relever est que selon la généralité du terme de comparaison, les cas rangés sous la même catégorie de « dol » présenteront entre eux des différences factuelles plus ou moins marquées. Se dessine alors sous nos yeux tout un champ spécifique de recherche qui consiste à se demander comment les concepts juridiques sont produits, comment ils se modifient ou évoluent sans remettre en cause la stabilité du système juridique. Pour demeurer dans le cadre de la présente étude, il est remarquable de constater à travers cet exemple combien les instruments conceptuels du droit sont orientés vers la réalisation de la règle de justice.

En qualifiant des faits différents grâce à l'identité du concept, ils sont considérés comme semblables et soumis à un même régime juridique, lui-même conceptuellement délimité⁶³. Sans exagération aucune, l'activité quotidienne du juriste pourrait être présentée comme étant inspirée par

59 J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255-272.

60 J.-L. BERGEL, précité, n°3, p. 257.

61 J.-L. BERGEL, précité, n°9, p. 262.

62 CCiv. art. 1116.

63 C'est le nom qui convient à la chose en raison du « sort qu'on veut lui faire subir » : O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits* 18, 1994, p. 9-10.

le souci d'une justice constante. Mais ce que met peut-être encore mieux en exergue l'aspect méthodologique de l'idée de justice, c'est que la doctrine, par la définition des catégories juridiques, pèse discrètement, mais puissamment, sur les représentations juridiques et sur la façon même de poser le problème juridique de l'identité et de la différence. Le positivisme, souvent compris comme légalisme, ne paraît pas dans ces conditions constituer un alibi commode pour refuser de porter sur le droit un jugement de valeur. Certains en tireront peut-être la conclusion que le juriste doit avant tout se faire critique de l'idéologie qui l'anime. Mais ce point de vue méconnaît sans doute l'essentiel, à savoir que l'activité doctrinale de conceptualisation est, comme tout savoir, ordonnée à des exigences propres dont la plus visible est celle de cohérence⁶⁴. C'est dire combien l'idée méthodologique de justice, qu'exprime le traitement identique des cas semblables, est elle-même soumise à une élaboration encore plus abstraite la prenant pour objet; une périphrase que le terme d'épistémologie juridique pourrait suffire à résumer.

⁶⁴ Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 229 et 231.

À PROPOS DE LA JUSTICE SOCIALE : DE NANCY FRASER À AXEL HONNETH

GENEVIÈVE PIGNARRE*

Remarques mêlées¹. C'est en lisant-prioritairement, mais non exclusivement, l'ouvrage de Nancy Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale : reconnaissance et distribution*², puis celui d'Axel Honneth consacré à « Lutte pour la reconnaissance »³ qu'est née l'idée de partager avec les destinataires de *Jurisprudence*, l'immense bénéfice retiré de ces lectures. Entre la parité de participation conçue par Nancy Fraser comme paradigme de Justice sociale (I) et la reconnaissance, clef de compréhension d'une théorie morale de la Justice sociale pour Axel Honneth (II), des passages et des ponts se dessinent, une mise en relation peut être effectuée (III). Les lignes qui suivent voudraient retracer ces

cheminements, et par-delà le risque d'éclectisme, tenter de faire sourdre un véritable *dia-logue*⁴ ouvert sur un lacs de pensées critiques⁵, susceptible d'éviter de donner un point de vue absolu⁶.

4 En se souvenant que le préfixe *dia* ne signifie pas deux, mais à travers. En ce sens, v. F. GÉA, « Dialogisme, interprétation et traduction en théorie du droit. Interactions paradigmatiques », *Traduction et droits européens, Enjeux d'une rencontre*, Hommage au recteur Michel van de Kerchove, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, n° 125, Bruxelles, 2009, p. 590.

5 L'image du rhizome, – tige rampante souterraine qui porte des racines adventives et des tiges feuillées aériennes –, (v. à ce sujet, J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *Études de droit de la consommation Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy, Dalloz 2004, p. 180s), comme celle du réseau, – ouvrage formé d'un entrelacement régulier de fils, de ficelles –, (sur lequel v. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002) peuvent éclairer ces cheminements

6 Rapp. WITTGENSTEN, *Remarques mêlées précitées*, p. 87, écrivant : « les choses se passeraient différemment si celui qui parle était prêt à concéder à tout moment : « J'utilise cela comme image, mais tu vois : là ça n'est pas ou ça n'est plus correct. On n'aurait pas alors le sentiment que l'on est abusé, que quelqu'un essaie de me convaincre

* Professeur à l'Université de Savoie.

1 Ludwig WITTGENSTEN, *Remarques Mêlées*, 1931, texte allemand et traduction de Gérard Granel, GF Flammarion, 1984/2002.

2 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, introduction, traduction et postface par E. Ferrarese, La découverte, Paris, Poche, 1^{re} éd., 2005, 2^e éd. 2011. *Adde* Nancy Fraser, « Une réflexion pour l'ère post-industrielle », traduit de l'anglais par M. Dennehy, *Le Monde de l'Économie* du 24/01/2012.

3 A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, éd. du Cerf, 2000, traduction française de l'édition allemande de 1992 par Pierre Rusch, seconde édition allemande complétée en 2003.

I. Nancy Fraser et la parité de participation

Parité de participation: thèse et synthèse.

Façonnée et conceptualisée par Nancy Fraser, à partir de l'étude du genre, de la race et des sexualités méprisées, la notion de *parité de participation* constitue l'axe central de son ouvrage: *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et redistribution*⁷. Pour la philosophe américaine, pareille notion constitue le pivot normatif du nouveau cadre théorique de justice sociale ainsi élaboré⁸.

Brevitatis causa, l'idée au cœur de la démonstration de Nancy Fraser consiste à dépasser la notion d'une justice sociale conçue comme bi-dimensionnelle – et donc assise sur les deux pivots normatifs: redistribution/reconnaissance (la première relevant de l'économie politique, tandis que la seconde serait enracinée dans une dimension culturelle ou symbolique) –, pour lui préférer la notion de parité de participation (modèle de justice sociale) qui postule une utilisation simultanée de ces deux paradigmes ainsi que de leurs remèdes respectifs. Ainsi existe-il des remèdes *correctifs* à l'injustice, «qui visent à corriger les résultats inéquitables de l'organisation sociale sans toucher à leurs causes profondes» (on songe ainsi à la réallocation des ressources en cas d'inégalités trop criantes) et des remèdes *transformatifs* «qui visent les causes profondes» de l'injustice (ainsi des dénis de reconnaissance⁹ en cas d'irrespect de

l'identité, des atteintes au statut des personnes). Influencée par John Rawls¹⁰, la philosophe américaine s'en démarque néanmoins car elle met entre parenthèses la question de la «meilleure» théorie de justice distributive¹¹.

«**Redistribution ou reconnaissance anatomie d'une fausse antithèse**». Par cette formulation, Nancy Fraser montre que, lorsque ces deux types de justice sont appréhendés de manière originelle et spécifique, le dualisme substantialiste qui les fonde¹², repose sur un dilemme: les politiques correctives de redistribution intervenant lorsque les inégalités économiques deviennent inéquitables, semblent aux antipodes des politiques transformatrices de reconnaissance, plus opérationnelles en cas de déni de respect de l'identité d'une personne ou d'un groupe. Pareil dilemme devient insoluble en présence de différenciations mixtes: lorsque les personnes concernées ont autant besoin de redistribution que de reconnaissance¹³. Et de montrer avec force d'exemples l'incompatibilité de ces deux logiques, «une approche (visant) à redresser les injustices de redistribution (pouvant) finir par créer des injustices de reconnaissance», voire même, précipiter le risque de leur aggravation mutuelle. Ainsi «la redistribution corrective peut stigmatiser les personnes défavorisées, ajoutant l'insulte du déni de reconnaissance à l'injure du dénuement»¹⁴.

Aspects émancipateurs des deux paradigmes. Nécessité de les penser dans un cadre unique. Pour dépasser l'opposition: redistribution/reconnaissance, Nancy Fraser la situe «entre symptômes et causes et *non* (en

par des chemins détournés». V. aussi: D. DUBS, «Wittgenstein et Kierkegaard: quelle relation», *Implications philosophiques*, Revue en ligne précitée, publication du 3 décembre 2011.

7 N. FRASER, ouvrage précité; *Adde* du même auteure, «Articuler gauche culturelle et gauche sociale, vers la parité de participation», *Pensées critiques*, Dix itinéraires de la Revue *Mouvements*, 1998-2008, éd. La découverte, Poche, p.69s.: N. Fraser y développe la notion de parité de participation. Est-ce l'entrevue qui est l'objet de la citation?

8 La notion de parité de participation irrigue l'intégralité de l'ouvrage. On lira cependant plus spécialement., pp. 49, 51s, 54s, 58s, 60s, 78s, 85s.

9 L'expression *deni de reconnaissance* est la traduction de *misrecognition*, même si littéralement le vocable désignerait plutôt *reconnaissance inadéquate* (E. FERRARESE, «La reconnaissance, le tort et le pouvoir», Postface à l'ouvrage de Nancy FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, précité, p. 159).

10 J. RAWLS, *Théorie de la justice*, éd. Points, 2009. V. notamment le principe de justice et le principe de différence, p.85s.

11 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, ouvrage précité, p.83, v. cependant l'idée de participation, comme radicalisation de l'idée de respect équitable, que l'on trouve dans les écrits ultérieurs de Rawls à travers les notions de justice et de démocratie.

12 Pour N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, ouvrage précité, p.65: «Le dualisme substantialiste n'est pas une solution au problème mais un symptôme de celui-ci».

13 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, ouvrage précité, p.69.

14 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, ouvrage précité, p.35.

italique dans le texte) entre changement graduel et transformation radicale » et à partir de ce point de départ, préconise une stratégie de transition¹⁵. Allié à la conscience des démarcations, le croisement des solutions doit en permettre la mise en œuvre¹⁶.

Vers un « élogé du mélange des genres »¹⁷ ? Par-delà les divisions existantes, il convient pour l'auteure d'« intégrer le meilleur de la politique de redistribution au

meilleur de la politique de reconnaissance [...] en (liant) globalement différenciation, divergence et interaction à chaque niveau¹⁸, l'important étant de penser de manière intégrée, quelle que soit la perspective adoptée ; la tâche de développer une stratégie intégrée n'est pas celle d'un théoricien isolé. Tout en refusant les processus hégémoniques, il convient de placer les questions de redistribution au centre de toutes les délibérations, aspect indispensable de tout programme fondé sur le changement social¹⁹.

L'objectif du *gender mainstreaming*, – pour choisir un des exemples retenus par Nancy Fraser peut ainsi devenir un objectif transversal de justice sociale²⁰. En adoptant un mode de discussion un peu différent, Judith Butler arrive aux mêmes conclusions²¹, particulièrement lorsqu'elle examine le projet de Catharine MacKinnon d'accroître la pénalisation des comportements linguistiques sexistes²² ; le rapprochement se fait plus étroit encore, lorsque l'auteure de « Trouble dans le genre », dans son combat contre les violences faites aux minorités sexuelles, considère que genre et sexualité²³ n'appartiennent pas à une sphère culturelle

15 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ?*, ouvrage précité, p. 38. Comp. J. HABERMAS, *Une époque de transitions. Écrits politiques 1998-2003*, traduit de l'allemand et de l'anglais par Ch. Bouchindhomme, éd. Fayard 2005.

16 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ?*, ouvrage précité, p. 101. L'auteure imagine ainsi un schéma à quatre cases (v. p. 36 le schéma explicatif matérialisant ces quatre axes) : « l'axe horizontal comprend les deux types de remèdes, correctifs et transformateurs. L'axe vertical correspond aux deux types de justice, à savoir la redistribution et la reconnaissance ». Cela lui permet d'examiner la compatibilité des diverses stratégies pour constater qu'il est possible d'évaluer jusqu'à quel point ces solutions croisées peuvent se renforcer lorsqu'elles sont poursuivies simultanément. « Nous pouvons », ajoute-t-elle, « identifier les paires qui renforcent le dilemme redistribution/reconnaissance (peu prometteuses) ainsi que celles qui ouvrent la possibilité de sortir de ce dilemme (ouvrant des perspectives prometteuses) ». Pour s'en tenir à ces dernières, et sans nier le dilemme de base que l'on ne peut faire disparaître tout à fait, il est possible selon l'auteure de l'atténuer, au moins au titre d'une « stratégie de transition » (*Ibidem*, p. 38) en procédant à des croisements : redistribution corrective combinée avec la reconnaissance corrective ; redistribution transformatrice combinée à la reconnaissance transformatrice, la seconde combinaison posant selon l'auteure le moins de problèmes. Appliquée à l'hypothèse des discriminations fondées sur le genre, cela suppose, au titre de la première combinaison, de s'efforcer « de garantir aux femmes une part équitable des emplois et des formations existants sans toucher ni à la nature, ni au nombre de ceux-ci » (redistribution correctrice) tout en redressant « l'injustice culturelle de genre qui s'efforce de garantir le respect aux femmes en valorisant la féminité, tout en laissant tel quel le code binaire du genre qui donne son sens à celle-ci » (reconnaissance correctrice), v. p. 25s. La seconde combinaison « correspond au féminisme socialiste ou social-démocrate (redistribution transformatrice) joint à la déconstruction féministe qui s'emploie au démantèlement de l'androcentrisme par la déstabilisation des dichotomies du genre » (reconnaissance transformatrice), v. p. 38.

17 Rapp. M. LAHURE, « Faut-il étendre le champ d'application du délit de harcèlement sexuel ? », *Implications philosophiques*, Revue en ligne précitée du 11 févr. 2011, §2.

18 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ?*, ouvrage précité, p. 48.

19 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ?*, ouvrage précité, p. 104-105.

20 Rapp. M. LAHURE, *Faut-il étendre le champ d'application du délit de harcèlement sexuel ?* V. l'intégralité de l'étude précitée.

21 J. BUTLER, « Une politique du performatif », *Repenser le politique, l'apport du féminisme*, F. Collin, P. Deutscher dir., éd. Campagne première 2005, pp. 249-280. *Adde* du même auteur, Considérer le problème plus que l'identité, Revue *Mouvements* précitée, p. 118s ; v. spéc. p. 128

22 Sur ce qui se joue dans cette tentative féministe, v. C. MACKINNON, *The sexual harassment of working women*. Yale University Press, 1979. Pour une présentation, v. J.-M. SAUL, *Feminism, Issues and arguments*, Oxford University Press, Chapitre 2, 2003, pp. 45-73. Mouvement de juridicisation de reconstruction du concept de harcèlement, c'est à nouveau la possibilité de faire de l'identité et du tort symbolique une question de justice : la relation entre les sexes prend toujours la forme d'une lutte pour l'appropriation du corps féminin et de la négation de l'identité féminine comme support d'une subjectivité et d'une autonomie.

23 Sur cette conception, Rapp. J. W. Scott, Ce que la *gender history* veut dire, (Revue *Mouvements* précitée, p. 29s) qui est une des pionnières de l'histoire des femmes et de l'histoire des rapports sociaux. Auteure de

spécifique et qu'elles ne sont ni l'un ni l'autre à proprement parler des questions économiques ; les questions de lignage, de filiation étant étroitement mêlées avec les questions de la circulation des biens²⁴. Cette position se situe dans la perspective d'une radicalisation de l'idée de démocratie.

Passages et ponts. Dans ce contexte doublement axé sur le fait que les injustices sociales ou économiques ne pouvaient avoir de fondements raisonnés ainsi que sur l'urgence de la nécessité de les combattre, partagé, de surcroît par la communauté des penseurs, émergea néanmoins, une idée neuve, « *beaucoup moins facile à appréhender de façon univoque* » selon Axel Honneth ; un paradigme de nature différente, plus complexe que celui voué à l'éradication des inégalités voyait le jour. Au modèle de Justice sociale dans lequel la « répartition équitable des biens », constituait l'objectif normatif des théories politiques et sociales, il était proposé de substituer la notion d'*atteinte à la dignité* et son corollaire, la *prévention* ou la *correction* de cette atteinte, de l'*irrespect*. Ce changement paradigmatique fut qualifié par

La citoyenne paradoxale. Les féministes françaises et les droits de l'homme, éd. Albin Michel, 1998, et plus récemment de : *Parité! L'universel et la différence des sexes*, éd. Albin Michel, 2005. Sa pensée peut être mise en lien avec celle de E. Fox KELLER, *La science ne doit plus se déclinier au masculin*, Revue *Mouvements*, précitée, p. 89s, dont l'apport est un des plus marquants dans le domaine « science et genre ». La science ne fonctionne pas 'hors culture'. « Le langage utilisé par les scientifiques – qui reflètent leur temps et la culture dans laquelle ils vivent – façonne la manière dont ils appréhendent, manipulent et modifient la nature » (*Ibidem*, op. et loc. cit.).

24 J. BUTLER, *Trouble dans le genre, pour un féminisme de la subversion*, La découverte, Paris, 2005. Adde Considérer le problème plus que l'identité, (Revue *Mouvements* précitée, p. 127s) : « Même si nous partons de l'hypothèse de Lévi-Strauss selon laquelle les femmes ont été échangées en tant que symboles, il est important de noter qu'elles ont été échangées à la fois en tant que symboles et en tant que biens ». L'humain reste encore à penser et cet avenir ouvert est précisément 'la norme' sous les auspices de laquelle doit se développer une politique démocratique radicale ; la question n'étant pas seulement de savoir qui maintient le contrôle ou qui exerce le pouvoir symbolique ; cela concerne aussi le contrôle de la richesse et la mise en cause de la patrilinéarité comme le moyen de sa juste distribution » (*Ibidem*, op. et loc. cit.).

Nancy Fraser de passage de l'idée de « *redistribution* » à celle de « *reconnaissance* »²⁵.

II. Axel Honneth et la reconnaissance²⁶

Pourquoi la Reconnaissance? Le questionnement du philosophe allemand est à rechercher dans les expériences de son éducation, dans cette famille bourgeoise en contact avec le prolétariat industriel de la Ruhr. Très tôt sensibilisé aux éléments symboliques et normatifs de l'expérience de classe, de l'importance de la fierté, de l'honneur, de l'humiliation, comme catégorie²⁷, Axel Honneth²⁸ veut mettre au jour la façon dont le capitalisme néolibéral porte atteinte à la reconnaissance et au respect de l'individu. L'actuel chef de file de l'école de Francfort²⁹ se propose, à partir de ce

25 A. HONNETH, *Redistribution as Recognition: A response to Nancy Fraser*, in Fraser-Honneth, *Recognition or redistribution?: a political and philosophical exchange*, Trad. J. Golb, J. Ingram et C. Wilke, London New-York, Verso, 2003, pp. 112-134.

26 Dans son sens le plus étroit (qui est le sens habermassien), « ce qui est reconnu n'est rien de plus que le statut du sujet capable de répondre, juger et critiquer ». Sur le mot reconnaissance son sens, et son explication, v. A. HONNETH, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, dir. M. Canto-Sperber, PUF Quadrige Dicos Poche, 4^e éd. T 2, p. 1640s. Pour approfondir les théories de la reconnaissance, on consultera avec grand profit l'ouvrage éponyme de H. GUÉGUEN et G. MALOCHET, « Collection Repères », éd. La Découverte, 2012. Plus spécifiquement en lien avec notre étude, on pourra lire, les développements consacrés à « La reconnaissance dans la théorie critique » (p. 41 à 39), ainsi que ceux traitant des « Critiques du paradigme de la reconnaissance » (p. 91 à 113).

27 Repris de l'auteur lui-même, A. HONNETH, « Le motif de tout conflit est une attente de sens », revue *Mouvements* précitée, p. 174.

28 À la différence des théories de la justice sociale qui privilégient le juste sur le bien et qui ont dominé depuis la *Théorie de la justice* de John Rawls, Axel Honneth prolonge avec force la Théorie critique des fondateurs de l'école de Francfort. Ceux-ci s'étaient donnés comme horizon d'œuvrer à l'avènement d'une « communauté d'hommes libres ». Si la perspective marxiste qui dominait cette approche lui paraît en partie dépassée, il estime que sa visée éthique, elle, rien perdu de sa charge explosive en ce début du XXI^e siècle.

29 Axel Honneth a accédé à la direction de cet Institut dans des conditions originales qui méritent d'être relevées. Comme le souligne Alexandra LAIGNEL-LAVASTINE, « Axel Honneth, Le philosophe social », *Philo magazine*, 1^{er} décembre 2006, p. 52s : « C'est au lycée d'Essen,

concept clef et du respect de l'individu, de chercher comment « retrouver une relation vraie à autrui, à soi-même et au monde »³⁰. Sa thématisation de la reconnaissance, « le plus créatif du point de vue des concepts et de la théorie politique »³¹, fait suite aux mouvements politiques et sociaux de libération des années 60 et 70, à partir desquels il se propose de comprendre les confrontations sociales sur le modèle d'une « lutte pour la reconnaissance ». En application de cette « transformation des orientations normatives » et, faisant usage de l'idée normative de la reconnaissance, principalement dans un sens purement descriptif, Axel Honneth défend la thèse selon laquelle les attentes morales formulées réciproquement par les sujets sociaux portent sur la reconnaissance sociale par autrui de leurs aptitudes ; autrui conçu à la fois comme entité générale et différente. Pour avoir une vie réussie, accomplie, il ne s'agit pas tant de pointer les inégalités sociales que de mettre à nu les règles éthiques³².

sa ville natale, où il se retrouve en compagnie d'élèves provenant de milieux ouvriers, qu'Axel Honneth, fils de médecin, prend conscience de l'importance du statut social et des affects qui l'accompagnent, comme la honte ou le mépris. Inscrit en doctorat de philosophie après avoir renoncé à des études de lettres et de théâtre, il publie ses premiers articles dans les années 1970. L'un est consacré à Jürgen Habermas, qu'il n'a jamais rencontré. C'est dire sa surprise quand ce dernier lui demande d'être son assistant à Francfort – ce qu'il devient dans les années 1980. Coup d'envoi d'une brillante carrière qui le conduit à diriger, depuis 2001, l'Institut de recherche sociale de Francfort».

30 Voir les propos du philosophe recueillis par A. Laignel-Lavastine, Interview réalisée pour la Revue Philo magazine précitée ; v., aussi « La suite dans les idées », émission du 2 janvier 2010 avec Axel Honneth, « Théorie de la reconnaissance ».

31 A. HONNETH, « Le motif de tout conflit est une attente de sens », Revue précitée, p. 172

32 A. HONNETH, « Reconnaissance et Justice », *Le passant ordinaire*, Revue internationale de création et de pensée critique, n° 38, janvier 2002 – février 2002, www.passant-ordinaire.com, note 5 : Axel Honneth se distingue ici de John Rawls, qui esquisse des conditions de la justice de manière spéculative. Rawls procède à une « critique constructive » basée sur l'élaboration abstraite d'une situation de justice idéale, modèle à la lumière duquel les conditions existantes peuvent être soumises à la critique si elles ne concrétisent pas les principes abstraits de justice. Honneth oppose un autre concept de critique, non fondé sur une construction des principes de la justice mais sur une reconstruction des

Si la reconnaissance « se laisse surtout saisir dans son absence, dont les modalités sont l'humiliation, la discrimination, le mépris, la disqualification, l'invisibilité et les effets, la constitution d'un soi amputé ou déformé, qui place l'individu dans l'incapacité de se vivre et d'agir comme un être autonome »³³, il en va autrement quand il s'agit de la définir positivement. Axel Honneth lui-même convient qu'il est extrêmement difficile [...] de contrôler les résultats (du concept de reconnaissance) sur la réalité phénoménale, parce que le respect de soi n'est pour ainsi dire perceptible que sous sa forme négative, lorsque les sujets souffrent visiblement de son absence »³⁴. Laissons-lui plus précisément la parole :

« S'il me fallait résumer d'une phrase mon projet philosophique, je dirais qu'il consiste à réfléchir aux contours que devrait prendre une société pour assurer à ses membres les conditions d'une « vie bonne ». Je pars ainsi du constat qu'il existe dans nos sociétés des déficiences découlant moins d'une violation des principes de justice que d'une atteinte concrète aux conditions de l'autoréalisation individuelle. [...] À l'heure de la mondialisation, l'évolution prise par le capitalisme s'oriente de fait dans une direction où les conditions du respect et de l'estime de soi risquent d'être considérablement meurtries, que ce soit à travers les tendances à la marchandisation, à la destruction des relations privées ou à travers les exigences de performance qui pèsent sur chacun » [...].

« C'est pourquoi je distingue trois sphères de reconnaissance, auxquelles correspondent trois types de relations à soi. La première est la sphère de l'amour qui touche aux liens affectifs unissant une personne à un groupe restreint. Seule la solidité et la réciprocité de ces liens confèrent à l'individu cette confiance en soi sans laquelle il ne pourra participer avec assurance à la vie publique. La deuxième sphère est juridico-politique : c'est parce qu'un individu est reconnu comme un sujet universel, porteur

principes à l'œuvre dans l'expérience pratique des individus et groupes sociaux.

33 E. FERRARESE, Post face à l'ouvrage de Nancy Fraser précité, p. 159-160.

34 A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, précitée, p. 146.

de droits et de devoirs, qu'il peut comprendre ses actes comme une manifestation – respectée par tous – de sa propre autonomie. En cela, la reconnaissance juridique se montre indispensable à l'acquisition du respect de soi. Mais ce n'est pas tout. Pour parvenir à établir une relation ininterrompue avec eux-mêmes, les humains doivent encore jouir d'une considération sociale leur permettant de se rapporter positivement à leurs qualités particulières, à leurs capacités concrètes ou à certaines valeurs dérivant de leur identité culturelle. Cette troisième sphère – celle de l'estime sociale – est indispensable à l'acquisition de l'estime de soi, ce qu'on appelle le « sentiment de sa propre valeur ». Si l'une de ces trois formes de reconnaissance fait défaut, l'offense sera vécue comme une atteinte menaçant de ruiner l'identité de l'individu tout entier, que cette atteinte porte sur son intégrité physique, juridique ou morale. Il s'ensuit qu'une des questions majeures de notre époque est de savoir quelle forme doit prendre une culture morale et politique soucieuse de conférer aux méprisés et aux exclus la force individuelle d'articuler leurs expériences dans l'espace démocratique au lieu de les mettre en actes dans le cadre de contre-cultures violentes.³⁵

« Sans la reconnaissance, l'individu ne peut se penser en sujet de sa propre vie », affirme-t-il encore ; et de poursuivre : « La théorie de la reconnaissance, dans la mesure où elle peut désormais être comprise comme une conception téléologique de la justice sociale, prend aussi la forme d'une esquisse de la vie bonne à caractère hypothétique et général. En utilisant toutes les connaissances qui se recourent, cette ébauche fait un relevé des formes de reconnaissance réciproque dont ont besoin les sujets afin de se forger une identité la plus intacte possible ». ³⁶

35 A. HONNETH, « Le philosophe social », *Philo-magazine*, revue précitée, p. 53.

36 A. HONNETH, « Reconnaissance et justice », *Le passant ordinaire*, Revue précitée, II, Égalisation et réalisation individuelle. Adde M. DHERMY, « Nature et origine de la reconnaissance », *Implications philosophiques* précitée du 13 févr 2010 ; La reconnaissance, le fondement de notre rapport au monde, *ibidem* 14 oct 2010 ; La reconnaissance : conclusion et perspectives, *ibidem*, 15 oct. 2010.

III. Tentative de mise en relation des pensées de Nancy Fraser et d'Axel Honneth

La Reconnaissance dans ses relations avec la Redistribution. Le passage de l'idée de redistribution à celle de reconnaissance est en fait une mutation importante dans la réflexion sur la nature même de l'ordre sociopolitique : le premier concept tend à l'établissement d'une justice sociale fondée sur la répartition matérielle et possède un caractère pragmatique indubitable ; le second cherche plutôt à repenser les conditions d'existence et de permanence d'une société juste et ce, en posant comme finalité, la reconnaissance de la dignité de chaque individu³⁷. Ce constat n'exclut pas cependant une tentative de mise en relation entre luttes pour la redistribution et luttes pour la reconnaissance³⁸. Si Nancy Fraser distingue la distribution des biens matériels et des questions culturelles, Axel Honneth, quant à lui, ne pense pas la reconnaissance en termes d'une politique d'identité ou d'une politique culturelle ; pour ce penseur, les luttes ne trouvent pas leur origine dans une action guidée par l'intérêt économique ou des politiques culturelles, mais dans une action ayant beaucoup plus à voir avec l'honneur, la fierté...³⁹ ; il s'agit bien plus d'une réinterprétation des faits historiques, avec des aspects plus psychologiques ; tous les conflits sont basés sur des attentes morales qui ont été déçues ou violées de façon injustifiées. « Le motif de tout conflit est une attente de reconnaissance », dira encore Axel Honneth⁴⁰.

37 A. MALKOUN-HENRION, « Du concept de réification à la théorie de la reconnaissance », *Implications philosophiques*, 16 février 2010, consultable en ligne sur le site www.implications-philosophiques.org ; Les rapports entre reconnaissance et réification : le sens de la notion de réification, *Ibidem*, 21 déc 2010.

38 V. Nancy FRASER, Axel HONNETH, *Unverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse*, Suhrkamp, Francfort, 2003.

39 A. HONNETH, « Le motif de tout conflit est une attente de sens », Revue précitée, p. 175-176.

40 Tel est l'intitulé de la contribution d'Axel Honneth, *in Mouvements*, Revue précitée, p. 171s.

Résultat ? Si Nancy Fraser réinterprète le concept de reconnaissance, Axel Honneth, quant à lui reformule celui de redistribution.

**Réinterprétation par Nancy Fraser
du concept de reconnaissance**

Éléments du débat. Pour Nancy Fraser, la parité de participation intègre une conception propre de la reconnaissance au sein d'un espace public repensé.

La reconnaissance, élément de la parité de participation. Constatant le déclin relatif des revendications d'une redistribution égalitaire, autrefois hégémonique dans la contestation politique, Nancy Fraser montre un glissement de la redistribution vers la reconnaissance ; les prétentions à la reconnaissance motivant aujourd'hui un grand nombre de conflits sociaux, elles couvrent un large spectre d'aspirations, du clairement émancipateur au catégoriquement répréhensible⁴¹. Dans ce contexte, les luttes pour la reconnaissance marginalisent plus les luttes pour la redistribution qu'elles ne servent à les compléter ; j'appellerai cela, nous dit la philosophe américaine, « le problème de l'évincement de la redistribution »⁴².

Montrant ensuite que les voies empruntées dans les luttes pour la reconnaissance tendent plutôt à encourager le séparatisme, l'intolérance et le chauvinisme, le maintien des structures patriarcales et l'autoritarisme, Nancy Fraser dénonce « le problème de la **réification** » de l'identité⁴³.

Enfin, la politique de l'identité devenant hégémonique alors même que la mondialisation décentre le cadre national, les luttes actuelles sont souvent menées à un niveau erroné. De nombreux mouvements cherchent à garantir des enclaves ethniques au moment précis où le mélange croissant des populations rend utopiques de tels projets. Dans de

tels cas, l'effet obtenu n'est pas de favoriser la parité de participation, mais d'exacerber les disparités en imposant par la force un cadre national à des processus intrinsèquement transnationaux. Nancy Fraser détecte là un « problème de **déformation de la perspective** »⁴⁴.

Ancrée sur ce triple constat, la philosophe américaine construit sa conception de la justice sociale qui inclut la reconnaissance⁴⁵, mais cette reconnaissance se meut au sein d'une justice intégrée dans un pluralisme des valeurs, qui ne prétend pas représenter une conception (substantielle) du Bien universellement partagée, mais doit pouvoir être acceptée par des personnes ayant des conceptions divergentes du bien⁴⁶, car Nancy Fraser le dit sans ambages : « la norme de parité de participation est non sectaire⁴⁷. Poser la question en termes de justice évite aussi de tomber dans la psychologisation, les dénis de reconnaissance pouvant faire l'objet de contrôles extérieurs et vérifiables, ce qui rejait inéluctablement sur la notion d'espace public.

Justice sociale et nécessité de repenser l'espace public⁴⁸. Il existe, dans les sociétés capitalistes un rapport complexe entre l'économie et la culture en ce sens que le marché capitaliste, ni étranger, ni subordonné à la culture, entretient avec les modèles institutionnalisés de valeurs culturelles une relation fortement ambiguë. Il s'impose par leur entremise tout en contribuant à leur reconfiguration. La société capitaliste ne peut donc être saisie en ne prêtant

41 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, ouvrage précité, p. 71, v. aussi, G. PIGNARRE, *À propos des séquestrations*, RDT 2010, p. 357s.

42 43 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, ouvrage précité, p. 72. L'idée est développée p. 75s.

43 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, ouvrage précité, p. 72. L'idée est développée, p. 77s.

44 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, ouvrage précité, p. 73. L'idée est développée, p. 79s.

45 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, ouvrage précité, p. 49.

46 Pour Nancy FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, ouvrage précité, p. 51 : « un droit à l'estime sociale 'égal pour tous' constitue une position intenable en ce qu'elle fait perdre son sens à l'idée même d'estime », p. 51.

47 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, ouvrage précité, p. 50.

48 N. FRASER, *Repenser la sphère publique : une contribution à la critique de la démocratie telle qu'elle existe réellement*, Extrait de *Habermas and the Public Sphere*, dir. Craig Calboun, Cambridge, Mit Press, 1992, p. 109-142, Trad. de l'anglais par Muriel Valenta (INIST), Hermès 2001, n° 31, p. 127-156

attention qu'à une seule dimension de la vie sociale⁴⁹. Cela nécessite de recomposer l'espace public. Nancy Fraser se livre à cette tâche en lui consacrant tout un chapitre de son livre (le cinquième précisément).

Pour résumer sa pensée, de façon pas trop simpliste nous l'espérons, nous dirons que Nancy Fraser pose en point de départ que «le modèle de l'espace public bourgeois et masculiniste tel que décrit par Habermas⁵⁰ n'est pas adapté à la critique des limites de la démocratie réellement existante dans les sociétés du capitalisme tardif»⁵¹; elle se propose donc de donner les éléments d'une conception nouvelle post-bourgeoise de cette notion⁵². Cette remise en cause l'amène à faire de l'éradication de l'inégalité sociale le point central (et non point seulement la mise entre parenthèses) de sa démonstration, une multitude de publics (forts comme faibles) étant préférable à un espace public unique, afin de favoriser, à rebours de l'exclusion, l'intégration des intérêts.

Franchissant un degré dans l'analyse, la philosophe américaine préconise une théorie critique de la démocratie existante en fixant quatre objectifs. Il s'agit tout d'abord de mettre à nu les voies par lesquelles l'inégalité sociale corrompt la délibération publique; puis de montrer comment cette inégalité affecte les relations entre des publics segmentés et dotés de pouvoirs très différents, compte tenu de ce que certains sont enclavés ou subordonnés aux autres contre leur volonté. Une théorie critique doit encore expliquer comment le fait de qualifier certains sujets et intérêts de 'privés', limite le champ des problèmes et la façon de les aborder. Enfin cette théorie doit montrer le rôle extrême-

ment faible de certains espaces publics, privant ainsi l'opinion publique de toute sa force pratique⁵³.

Réinterprétation par Axel Honneth du concept de redistribution

Lutte pour la reconnaissance, relations intersubjectives, reconnaissance sociale. Pour le penseur de l'École de Francfort, des expériences de mépris social s'expriment à travers les protestations qui fondent les mouvements sociaux. Il importe de trouver un langage pour traduire ces expériences en luttes, sachant que les luttes pour la redistribution sont une forme particulière de lutte pour une forme spécifique de reconnaissance et d'estime de soi⁵⁴.

Par le truchement de sa notion de «lutte pour la reconnaissance» développée dans un ouvrage éponyme⁵⁵, le philosophe allemand veut rendre raison des conflits naissant des attentes morales insatisfaites, au cœur du social, en opposition avec le modèle utilitariste, encore dominant dans les sciences sociales dans lequel les individus ne sont motivés que par le calcul rationnel de leurs intérêts⁵⁶. Il

49 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale*, ouvrage précité, p. 62-63. L'auteure se montre favorable à l'hybridation et à la pluralisation de formes de vie, (*Ibidem* p. 82).

50 J. HABERMAS, *L'espace public*, éd. Payot, Paris, 1962. Sur l'évolution de la pensée d'Habermas sur ce point, v. les explications et les références citées note 72.

51 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, ouvrage précité, p. 143.

52 L'étude de la recomposition de l'espace public au niveau national, étant elle-même inséparable de sa transnationalisation comme l'expose Nancy Fraser dans le chapitre 6 de son livre (p. 145 à 158).

53 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?* Ouvrage précité: *Repenser l'espace public: une contribution critique à la démocratie réellement existante*, p. 107 à 144., et spéc., la conclusion, p. 16-107

54 A. HONNETH, «Le motif de tout conflit est une attente de sens», *Revue précitée*, p. 176-177. Ces luttes pour la reconnaissance quand elles entrent en conflit les unes avec les autres donnent lieu à ce que le philosophe allemand appelle une «concurrence des victimes» (*Ibidem*, p. 178). Sur l'idée de reconnaissance sociale, v. R. CASTEL *Référence, Les métamorphoses de la question sociale*, Une chronique du salariat, éd. Fayard 1995, p. 461s; l'auteur développe en conclusion la notion d'individualisme négatif; ultérieurement, il parlera d'individu par défaut; v. aussi de la psychiatrie à la société salariale, *Revue Mouvements précitée*, p. 108: pour être pleinement un individu au sens de pouvoir bénéficier d'un minimum d'indépendance et de reconnaissance sociale, il lui faut des 'supports' (vecteurs d'accès à la dignité et de participation au sens). L'individu ne tient pas debout tout seul, il lui faut des conditions de possibilité, on pourrait dire aussi des 'capitaux' au sens de Bourdieu'. Mais il faut ajouter que ces supports ne sont pas donnés une fois pour toutes; ils ont varié historiquement».

55 A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, ouvrage précité.

56 Rapp. A. MALKOUN-HENRION, «Honneth et l'expérience sociale de la dépossession de soi», *Implications philosophiques*, *Revue en ligne précitée*, du 26 mars 2010.

reformule la question de la reconnaissance chez Hegel⁵⁷, défendant l'idée que même celui qui est dans une position de subordination se voit reconnaître au moins la capacité nue de reconnaître par celui qui exige sa reconnaissance⁵⁸.

Axel Honneth veut mettre en lumière une grammaire morale des conflits sociaux⁵⁹ et proclame en cela son attachement, – par-delà Kant et la tradition libérale⁶⁰ –, à la notion d'autonomie ainsi qu'à des normes aussi universelles que possible⁶¹. Sa démarche s'inscrit dans une reformulation de la théorie critique (de l'école de Francfort) en ce sens que l'analyse des processus d'aliénation et de réification résultant du fétichisme de la marchandise fait place à une théorie critique de rapports intersubjectifs altérés par la non-reconnaissance d'autrui. « L'autoréalisation de l'être humain exige des formes de relations intersubjectives, les individus ne se constituant en personne que lorsqu'ils apprennent à s'envisager – à partir d'un « autrui » approbateur ou encourageant – comme des êtres dotés de qualités et de capacités positives. Les conflits sociaux, tout comme les conduites individuelles transgressives, sont l'expression d'un désir inassouvi de reconnaissance, voire d'une lutte pour la reconnaissance qui trouverait, naturellement, son expression philosophique dans la fameuse dialectique hégélienne du maître et de l'esclave. La théorie critique devient ici la critique de la société du mépris, forme postindustrielle d'un capitalisme transgressant quotidiennement le *requisit* (ce qui est indissociable) kantien de l'appréhension de l'homme comme fin »⁶².

Parce que cette réalisation de soi, cette réalité de la socialisation et des relations sociales sont appréhendées au travers d'une position critique, l'œuvre d'Axel Honneth se nourrit du travail des sociologues⁶³ ainsi que des acquis de la psychologie sociale⁶⁴. Les « pathologies sociales » répertoriées (les dénis de reconnaissance tels l'humiliation, le mépris, etc.) sont autant de manifestations de l'irrespect dissolvant la reconnaissance, la confiance en soi, l'estime de soi, le rapport harmonieux à soi. « Le point de vue normatif ne surplombe plus la critique, il est issu des pathologies sociales elles-mêmes. C'est une critique « intramondaine », équidistante de la géométrie morale des philosophes rawlsiens et de l'ancienne École de Francfort »⁶⁵. Mais dans l'ombre veille le philosophe⁶⁶ qui ne cesse de considérer que *le point de vue normatif* commandant l'analyse doit être inlassablement fondé⁶⁷; adoptant une conception normative de la justice sociale, il a le souci de ne pas réduire la norme critique à une simple norme sociale, relative et fatalement flottante.

La réification. La nécessité de la reconnaissance sociale posée en principe normatif d'une théorie sociale est construite par Axel Honneth en contrepoint de la notion de

57 On parle souvent à cet égard du « jeune Hegel », faisant référence aux premiers écrits de Léna du philosophe.

58 A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, ouvrage précité, chapitres 1 à 3.

59 L'expression est celle retenue par Axel Honneth.

60 E. NZUMYA, *Justesse de la norme et éthique de la discussion*, préface de J.-M. Counet, L'harmattan, 2008, p. 20 et s., spéc., p. 24.

61 V. à ce sujet, « Comment penser l'autonomie ? Entre compétences et dépendances », dir. M. Jouan et S. Laugier, PUF 2009, et plus spéc. A. HONNETH, *Du désir à la reconnaissance. La fondation hégélienne de la conscience de soi*, p. 21s.

62 A. MALKOUN-HENRION, « Honneth et l'expérience sociale de la dépossession de soi », *op. et loc. cit.*

63 Durkheim, Simmel et Weber, notamment.

64 Erikson, mais aussi, G. Herbert Mead, D. Winnicott.

65 A. MALKOUN-HENRION, « Honneth et l'expérience sociale de la dépossession de soi », *op. et loc. cit.*

66 La reconnaissance, concept clé pour Axel Honneth, est une véritable catégorie de la philosophie hégélienne, récemment ressuscitée par la philosophie politique.

67 Cette conception de la « vie bonne », plus que de la justice, le distingue aussi des pensées sociales critiques comme celles de Bourdieu et de Foucault, dont il partage la plupart des descriptions des « pathologies du social », tout en leur reprochant de ne pas exposer explicitement les fondements de leur critique. V. aussi dans une certaine mesure les liens de sa pensée avec Ch. TAYLOR, *Multiculturalism and The Politics of Recognition*, Princeton University Press. Multiculturalisme, Flammarion, 1997 ; M. WALTZER, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, éd. du Seuil, Paris, 1997, spéc. p. 380 et P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance*, éd. Stock, 2004, spéc., p. 320-326). A. Honneth a pu à cet égard encourir le reproche d'une trop grande proximité avec les « communautariens ». Sa pensée se situe plus en réalité « à mi-chemin d'une éthique libérale et d'une éthique communautaire ».

réification⁶⁸, soubassement théorique et « critère plausible » de son ouvrage éponyme⁶⁹ et par le truchement duquel il s'efforce d'identifier les mécanismes qui, dans le capitalisme contemporain, empêchent les êtres humains d'accéder à la réalisation de soi. La reconnaissance, ou la « réalisation de soi » comme norme, suppose une « anthropologie atténuée et formelle », une conception de la nature sociale fondée sur l'impératif d'individualisation⁷⁰.

68 Le concept de « réification » est développé par Georg Lukács dans *Histoire et conscience de classe* pour décrire la situation faite aux individus en régime capitaliste. « Ainsi, ce que Lukács entend sous le terme de « réification », c'est la disposition (*Habitus*) ou encore l'habitude correspondant à l'attitude simplement contemplative par laquelle l'environnement naturel, le monde social, ainsi que les capacités du sujet, sont saisis d'une manière désintéressée et affectivement neutre, à la manière des choses ». (A. HONNETH, *La réification, Petit traité de théorie critique*, traduit de l'allemand par Stéphane Haber, Paris, Gallimard, 2007, p. 29). Le phénomène de réification chez Lukács coïncide avec « l'objectivation de notre pensée » et l'idée que « pour finir, tout processus social qui exige une telle objectivation serait déjà une manifestation du processus de réification » (*Ibidem*, p. 74-75). Selon A. MALKOUN-HENRION « Honneth et l'expérience sociale de la dépossession de soi », *op. et loc. cit.*, le terme désigne la transformation de la condition humaine sous le règne de la marchandise : l'homme n'est plus qu'un rouage dans un univers entièrement rationalisé en vue d'une maximalisation du profit. La monétarisation des rapports, la division du travail, l'idéologie de la consommation, la loi de la rentabilité, l'amènent à ne plus voir les autres individus, le monde environnant et lui-même, que comme des choses parmi les choses, inertes et interchangeables comme elles. *Adde* du même auteure et dans la même revue, Les sources de la réflexion honnethienne sur la justification de l'évolution nécessaire de la notion de réification, le 1^{er} avr 2011 ; Le rôle de la psychologie sociale au sein de la réflexion honnethienne, 4 avr 2011 ; Les sources de la réflexion honnethienne sur la notion de réification (3), 8 avril 2011 ; Le concept de réification comme absence et oubli, 27 déc 2010 ; O. EKOBLO PRISO, « Commerce et mondialisation : la question de la reconnaissance », *Implications philosophiques*, revue en ligne précitée du 16 mars 2011.

69 A. HONNETH, *La réification, Petit traité de théorie critique*, précité, spéc., p. 122 ; V. aussi La société du mépris, La découverte 2006. Dans ces ouvrages, l'exploration des « paradoxes » du capitalisme néolibéral constitue le fil directeur de la démarche de l'auteur.

70 On voit ici poindre des liens avec une psychanalyse plus soucieuse des dispositifs relationnels que de la constitution d'un Moi fort et autarcique rapp. G. H. MEAD, *L'esprit, le soi et la société*, PUF, Paris, 1963, p. 16 : « la conscience, loin d'être une condition préalable de l'acte social, [...] est conditionnée préalablement par cet acte même.

Essai de synthèse :

ordonnancement des théories de la reconnaissance

L'objet de la reconnaissance : intersubjectivité et différence. Dans sa postface à l'ouvrage de Nancy Fraser sur la justice sociale, Estelle Ferrarese qui est aussi sa traductrice, note avec beaucoup de sagacité, qu'il « n'est pas sûr qu'il soit possible de caractériser une reconnaissance conférée, réussie, aboutie », elle ajoute cependant : « deux éléments sont néanmoins caractéristiques de la problématique de la reconnaissance : l'intersubjectivité et la différence »⁷¹. À l'instar de cette auteure et en guise d'invitation à un approfondissement des quelques linéaments que nous avons pu donner de la conception de la reconnaissance dans les pensées de Nancy Fraser et d'Axel Honneth, on a cru remarquer que ces deux éléments fonctionnent de manière inversement proportionnelle, avec la réduction que comporte on l'a compris, toute tentative de systématisation.

Au fond chacun n'accorde ni la même importance, ni le même traitement à ces deux éléments. La différence est « traitée comme un fait des sociétés complexes et multiculturelles » chez Nancy Fraser⁷², comme « une valeur, quelque chose à célébrer » pour Axel Honneth et les tenants de la reconnaissance⁷³. Alors que pour la première, il est besoin d'une approche qui permettrait de lier globalement

71 E. FERRARESE, « La reconnaissance, le tort et le pouvoir », *Qu'est-ce que la Justice sociale*, postface précitée, p. 160.

72 Sur cette conception institutionnalisée de la différence, v. en particulier, le chapitre 5 de l'ouvrage de Nancy Fraser : *Repenser l'espace public : une contribution à la critique de la démocratie réellement existante*, p. 107s ; comp. J. HABERMAS, *L'espace public*, 1962, préface inédite de l'auteur. *Adde* pour des emplois ultérieurs du concept d'espace public, voir J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, T. 2, *Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, Fayard, Paris, 1978 et la discussion critique par N. FRASER, *De l'usage ultérieur du concept par Habermas*, N. FRASER, *What's Critical about critical theory? The case of Habermas and Gender*, in N. FRASER, *Unruly Practices, power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1989).

73 E. FERRARESE, « La reconnaissance, le tort et le pouvoir », Postface précitée, p. 164.

différenciation, divergence et interaction à chaque niveau⁷⁴, dans la philosophie du second, au contraire, l'estime sociale figure parmi les conditions intersubjectives de la formation d'une identité non déformée, que la moralité est censée protéger. Il s'ensuit que chacun a légitimement droit à l'estime sociale⁷⁵. Il s'agit, *brevitatis causa*, d'une rupture avec une conception « distributive » de la justice.

Redoutant et dénonçant le « risque de psychologisation », dans lequel versent les théories majeures de la reconnaissance, dont Axel Honneth constitue la tête de proue⁷⁶, Nancy Fraser dénie la valeur constitutive de l'intersubjectivité, ne partageant pas en particulier « la même confiance dans le pur moment de la délibération »⁷⁷. À l'exact symétrique de cette approche, se situe celle d'Axel Honneth, pour qui, l'intersubjectivité, ancrée sur une vulnérabilité constitutive liée à l'individuation de la société, est créatrice d'identité, et, à ce titre, co-constitutive de la reconnaissance; en outre, dans un tel schéma de pensée, la délibération se voit attribuer⁷⁸ la charge de la reconnaissance⁷⁹.

Reconnaissance et domination. Le statut créé par la reconnaissance est inséparable de celui qui accorde sa

reconnaissance. Le pouvoir est donc au cœur de la reconnaissance⁸⁰. Les tenants de la théorie de la reconnaissance considèrent qu'une politique égalitaire de type redistributive ne saurait venir à bout d'un ensemble de dominations portant sur les systèmes de valeurs de collectivités sociales spécifiques, d'où la nécessité de faire intervenir des droits qui les protègent contre la discrimination. Il est courant d'opposer les luttes sociales visant la reconnaissance aux luttes sociales visant la redistribution. Nancy Fraser parle d'un changement de paradigme caractéristique du passage de la redistribution vers la reconnaissance, tout en proposant elle-même une unification des deux perspectives en vue d'une politique d'émancipation actuelle. Axel Honneth défend un point de vue proche, mais toutefois différent, puisqu'il remet en cause la distinction elle-même entre conflits pour la reconnaissance et conflits pour la redistribution, en montrant que les motifs moraux des conflits sociaux relèvent de demandes de reconnaissance, y compris ceux ayant en leur centre des enjeux redistributifs.

Un dialogue dans le dialogue. *A priori* éloignée de la conception d'Axel Honneth, Nancy Fraser dans sa conception des espaces publics⁸¹ se fait néanmoins l'avocate d'une politique de la reconnaissance par le truchement

74 Ce n'est donc qu'en regardant du côté des approches qui s'emploient à unir redistribution et reconnaissance que les conditions nécessaires à une justice pour tous pourraient être remplies. N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale?*, ouvrage précité, p. 64 à 69.

75 A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, ouvrage précité, v. spéc., p. 146.

76 Et dans son sillage, Hans Jonas, Charles Taylor, Georges Herbert Mead, Michael Waltzer, J. Habermas, voire même Paul Ricoeur v. à ce sujet, E. FERRARESE, « La reconnaissance, le tort et le pouvoir », précité, p. 160s.

77 E. FERRARESE, « La reconnaissance, le tort et le pouvoir », Postface précitée, p. 166.

78 Outre les écrits d'Axel Honneth précédemment recensés, on songe ici à Habermas et à son *Éthique de la discussion*. V. ainsi, J. HABERMAS, *L'espace public. Archéologie de la Publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, 1962 1963, Trad., de l'allemand par M. de Launay, critique de la politique, Paris, Payot, 1986.; *Théorie de l'agir communicationnel*, T 1 et 2, précités. Plus largement, v. *La pensée post métaphysique. Essais philosophiques*, Armand Colin, Paris, 1993; *L'intégration républicaine*, Fayard, 1998.

79 E. FERRARESE, « La reconnaissance, le tort et le pouvoir », postface précitée, p. 174s

80 E. FERRARESE, « La reconnaissance, le tort et le pouvoir », postface précitée, *op. et loc.cit.*

81 N. FRASER, *Repenser l'espace public : une contribution à la critique de la démocratie réellement existante*. Rappr. et mettre en perspective, R. CASTEL, « De la psychiatrie à la société salariale : une socio-histoire du présent », *Pensées critiques*, Dix itinéraires de la revue *Mouvements* précité, p. 112-113 « Insister sur le rôle de l'État, dire que c'est dans une société menacée d'atomisation et d'hyper-individualisation que le rôle de l'État est le plus essentiel (nous avons besoin davantage d'État plutôt que de moins d'État), ne veut pas dire qu'il s'agit d'un État centralisé du type de l'État-nation. Il y a des redéploiements des formes de l'intervention publique à opérer tant au niveau local (décentralisation) qu'au niveau transnational (européen par exemple). Il faudrait en somme, un État social flexible pour réguler la mobilité sauvage du marché ». L'histoire sociale montre, en effet, qu'une majorité d'individus n'a pu être dotée d'une certaine consistance et accéder à la dignité et à la reconnaissance que grâce aux protections mises en place par l'État social (*Ibidem*, p. 112).

du dialogisme⁸². Plus précisément, c'est par l'intermédiaire de la structure et des potentialités de l'agir communicationnel⁸³ que les deux penseurs se rejoignent, Nancy Fraser défendant une perspective aux accents habermassiens dans le recours à l'idée même de participation⁸⁴. C'est dans cette perspective constructive de dialogue que, tout un chacun, s'il le souhaite pourra méditer sur la justice sociale et sur les questions, d'une cruciale contemporanéité, qu'elle soulève.

82 E. FERRARESE, «La reconnaissance, le tort et le pouvoir», Postface précitée, p. 177. Rapp. R. Castel et son développement de la notion de propriété sociale (empruntée à Henri Hatzfeld), faite de droits sociaux et de protections sociales, c'est ce qui va donner aux individus non propriétaires et essentiellement aux travailleurs, aux salariés, la capacité d'exister et d'être reconnus comme des individus à part entière (v. sur ce point, R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, éd. Gallimard, Folio, Paris, 2^e éd. 1995); De la psychiatrie à la société salariale: une socio-histoire du présent, in *Pensées critiques*, Dix itinéraires de la Revue *Mouvements* précitée, p. 108-109); l'auteur montre qu'avec l'effritement de la société salariale laquelle, sorte de révolution silencieuse, fut pourtant un grand moment de progrès social et la ré-individualisation qui en est le corollaire, on assiste à une décollectivisation qui menace profondément la protection sociale antérieurement construite sur la force des collectifs: qu'il s'agisse de collectifs de travail, de conventions collectives ou bien encore de garanties collectives du droit du travail et du droit social. S'il n'est pas question pour le sociologue de faire une théorie complète de l'individu, il n'hésite pas à parler d'individualisme négatif, d'individu par défaut: défaut de ressources, de supports (article précité, p. 111).

83 Pour Habermas, il faut sortir de la philosophie du sujet pour s'ouvrir au paradigme de l'intercompréhension par la raison communicationnelle. Ainsi donc, parti de la critique idéologique, le philosophe arrive à la théorie de l'espace public [...] il essaie de présenter les chances d'une démocratie radicale dans une société post-nationale et multiculturelle. (E. NZUMYA, *Justesse de la norme et éthique de la discussion*, précit. p. 17-18). Dans cette perspective, il développe une théorie de la communication fondée sur l'intersubjectivité discursive et une nouvelle éthique du dialogue et de la discussion. (A. MÜNSTER, *Le principe 'discussion'*, Paris, 1998, p. 25). L'éthique de cette nouvelle rationalité qu'il tente de reconstruire prend place dans son projet philosophique à partir duquel il développera sa théorie de la vérité (E. NZYUMA, *Justesse de la norme et éthique de la discussion*, op. et loc. cit).

84 E. FERRARESE, «La reconnaissance, le tort et le pouvoir», précité, p. 166.

CHRONIQUE DES IDÉES

DE LA PERMANENCE DE L'ÉTAT À SA DÉRÉLICTION : L'EXERCICE DE L'ÉTAT DE PIERRE SCHOELLER (FRANCE, 2011)

MAGALIE FLORES-LONJOU* ET LIONEL MINIATO**

L'exercice de l'État, réalisé par Pierre Schoeller (France, 2011), auteur de deux précédents films (*Zéro défaut*, France, 2002 et *Versailles*, France, 2008), est une grande œuvre, à tous points de vue, un film qui se montre à la hauteur du thème qu'il traite. La mise en scène est extraordinairement intelligente, inventive; les dialogues – entre poésie et trivialité – sont magnifiquement écrits; et les acteurs sont excellents à commencer par Michel Blanc (Gilles), que l'on admire ici dans l'un de ses meilleurs rôles, celui de directeur de cabinet du ministre des Transports, interprété par un toujours excellent Olivier Gourmet (Bertrand Saint-Jean). Film d'autant plus exceptionnel qu'il traite de la vie politique, ce qui n'est guère habituel dans le cinéma français. Que de thèmes brassés dans *L'exercice de l'État* lequel nous montre les serviteurs de l'État en action, la prédominance de la communication politique et une domination économique conduisant à la privatisation de l'État.

L'exercice de l'État, directed by Pierre Schoeller (France, 2011), who has made two previous films (*Zéro défaut*, France, 2002 et *Versailles*, France, 2008), is a major work in every respect, a movie which is befitting of the theme it treats. The production is extraordinarily clever, inventive; the dialogs – between the poetic and the banal – are magnificently written; and the actors are excellent, with Michel Blanc (Gilles) in one of his finest roles as the principal private secretary of the Transport minister, performed by the ever excellent Olivier Gourmet (Bertrand Saint-Jean). It is an exceptional movie about politics, which is rare in French cinema. There are many themes in *L'exercice de l'État*, showing us civil servants at work, the predominance of the PR department and an economic domination leading to the privatization of the State.

* Maître de conférences en droit public, Université de La Rochelle, CEREGE LR-MOS.

** Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, Centre universitaire de formation et de recherche Jean-François Champollion, Institut de droit privé de l'Université Toulouse I Capitole.

Filmer le travail politique¹, gouvernemental, avant qu'il ne disparaisse, tel pourrait être le synopsis de *L'exercice de l'État*², troisième long-métrage de Pierre Schoeller³.

Film d'autant plus précieux⁴ que le sujet n'est guère habituel dans le cinéma français, même si de nombreux films, d'inégale importance, furent consacrés aux rois (et reines) de France ou à Napoléon⁵. Mais le pouvoir royal – et impérial – n'existe plus depuis longtemps...

Ce n'est que depuis peu que les fictions relatives à la vie politique française semblent éclore: que l'on songe – hormis *L'Exercice de l'État* – à *La conquête* de Xavier Durringer⁶ ou à *Pater* d'Alain Cavalier⁷, après que des films documentaires ont été consacrés à la vie politique sous la V^e République, parmi lesquels 1974, *Une partie de campagne*⁸ montrant Valéry Giscard d'Estaing durant la campagne présidentielle éponyme; *Chirac*⁹ retraçant la carrière poli-

tique de Jacques Chirac; ou *Le Président*¹⁰ film centré sur la dernière campagne électorale de Georges Frêche, président sortant du Conseil Régional de Languedoc-Roussillon.

Certes ils avaient été précédés par *Le Bon plaisir*¹¹ et *Le promeneur du champ de mars*¹², mais ces films ne mettaient pas en scène l'exercice de la vie politique, ne montraient guère l'ordinaire des hommes d'État...

Ainsi dans *Le bon plaisir*, adapté du roman éponyme de Françoise Giroud¹³, bien que les lieux du pouvoir soient montrés¹⁴ et le Conseil des ministres présenté à deux reprises, tout comme le Président de la République lors du traditionnel défilé du 14 juillet sur les Champs Élysées ou en visite officielle à l'étranger, l'essentiel n'est pas là. Ces scènes de la vie ordinaire de l'exercice de l'État sont secondaires par rapport au sujet principal du film, lequel n'est toutefois pas dénué d'intérêt en ce qu'il montre comment une affaire privée peut se muer en affaire d'État, un Président de la République utilisant les services de l'État dans le seul but de cacher l'existence d'un enfant adultérin¹⁵.

Le promeneur du Champ de Mars, adapté du récit de Georges-Marc Bénéamou, *Le dernier Mitterrand*¹⁶, est quant à lui un portrait du Président de la République François Mitterrand qui, en fin de mandat (et en fin de vie), entame un dialogue avec un jeune journaliste autour de divers sujets dont sa carrière politique.

Ces deux films, tournés à plus de vingt années d'intervalle, appartiennent à l'ère Mitterrandienne, marquant sans doute la fin du coup d'État permanent¹⁷ du Président de la République, de ses prérogatives ainsi que de

1 V. C. DESBARATS, «Filmer le travail politique», *Esprit*, octobre 2011, pp. 74-84.

2 «Le terme d'État [...] comporte deux sens fort différents. Il désigne d'abord une société organisée ayant un gouvernement autonome, et, en ce sens, nous sommes tous membres de l'État, l'État c'est nous. Mais il dénote d'autre part l'appareil qui gouverne cette société. En ce sens les membres de l'État, ce sont ceux qui participent au Pouvoir, l'État c'est eux»: B. de Jouvenel, *Du pouvoir*, Hachette Littératures, 1998; v. déjà dans le même sens: Durkheim, *Leçons de sociologie*, PUF, 1950, p. 59; le terme «État» est évidemment ici utilisé dans sa seconde acception.

3 Après *Zéro défaut* (France, 2002) et *Versailles* (France, 2008).

4 V. M. FLORES-LONJOU, «Campagnes de France», in *Le vote à l'écran*, Politeia, (21), 2012, pp. 137-158.

5 Voir par ex.: *Le bon roi Dagobert* de P. CHEVALIER (France, Italie, 1963); *Les rois maudits* de C. BARMA et M. JULLIAN (France, 1972-73); *Les rois maudits* de J. DAYAN (France, 2005); *François I^{er}* de CHRISTIAN-JAQUE (France, 1937); *La reine Margot* de P. CHEREAU (France, Allemagne, Italie, 1994); *Henri IV* de J. BAIER (France, Rép. Tchèque, Espagne, Allemagne, 2010); *Louis, enfant roi* de R. PLANCHON (France, 1973); *Le roi danse* de G. CORBAU (France, Belgique, 2000); *Napoléon* d'A. GANCE (France, 1927); *Napoléon* de S. GUITRY (France, Italie, 1955). Sur ces films, V. D. CASALI et C. BATHIAS, *L'histoire de France racontée par le cinéma*, François Bourin Editeur, 2011.

6 (France, 2011).

7 (France, 2011).

8 De R. DEPARDON (France, 1974).

9 De P. ROTMAN (France, 2006).

10 D'Y. JEULAND (France, 2010).

11 De F. GIROD (France, 1984).

12 De R. GUEDIGUIAN (France, 2004).

13 Mazarine, 1983.

14 Le film ayant pu d'ailleurs être tourné à l'Élysée.

15 Ce film, sorti en 1984, évoque la fille cachée de François Mitterrand, Mazarine, dont l'existence a été révélée à la presse dix ans plus tard.

16 Plon, 1997.

17 Pour reprendre le titre du pamphlet de F. MITTERRAND, Plon, 1964, coll. Les débats de notre temps.

celles de l'État, réduites sous les doubles coups de boutoir de la construction européenne et de la mondialisation¹⁸. Une réplique prophétique de François Mitterrand (représenté plus que joué par Michel Bouquet¹⁹) affirmant – dans *Le promeneur du Champ de Mars*²⁰ – à son interlocuteur Georges-Marc Bénomou (Jalil Lespert): «Je suis le dernier des grands présidents: après moi, il n'y aura que des financiers, des comptables», révèle le passage «du gouvernement par les lois à la gouvernance par les chiffres²¹».

C'est peut-être ce changement d'époque qui explique l'éclosion des films de fiction politique français, qui en traitant de la politique²² comme d'une profession s'éloigne du genre politique, en vogue dans les années 70²³.

18 Sur ce thème, V. notamment: B. BADIE, *Un monde sans souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*, Fayard, 1999; J. HABERMAS, *Après L'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000; J.-M. SIROEN, «L'État-nation survivra-t-il à la mondialisation?» in P. BERTHAUD et G. KÉBABDJIAN (dir.), *La question politique en économie internationale*, Éd. La découverte, 2006; M. ABELES, *Anthropologie de la globalisation*, Payot, 2008; A. SUPLOT, *L'esprit de (...) Philadelphie, la justice (...) sociale face au marché total*, Seuil, 2010, spéc. p. 103 et s.

19 V. R. PREDAL, *Cinéma sous influence. Le cinéma à l'épreuve de l'histoire, de la littérature et des genres*, L'Harmattan, 2007, coll. Champs visuels, p. 70.

20 De R. GUEDIGUIAN (France, 2004).

21 A. SUPLOT, *L'esprit de (...) Philadelphie, la justice (...) sociale face au marché total*, op. cit., spéc. p. 77.

22 V. Ch. ZIMMER, *Cinéma et politique*, Seghers, 1974, coll. Cinéma 2000, p. 289.

23 V. *L'albatros* de J.-P. MOCKY (France, 1971) ou *Adieu Poulet* de P. GRANIER-DEFERRE (France, 1975). Genre habituel dans le cinéma italien avec – entre autres – les films de F. ROSTI, *Main basse sur la ville* / *Le Mani sulla città* (Italie, 1963), traitant de la collusion de la classe politique locale (Naples) avec un promoteur immobilier, responsable d'un accident de chantier causant la mort de plusieurs personnes. Si l'opposition municipale a demandé la création d'une commission d'enquête afin de déterminer les conditions d'attribution du permis de construire, celle-ci ne démontrera aucune irrégularité commise par les services de la mairie... illustrant la célèbre phrase de Clémenceau: «Quand on veut étouffer un problème, le plus sûr moyen est de créer une commission». Même si le film ne fait aucune allusion à la Mafia napolitaine, *La Camorra*, nous pouvons imaginer que le promoteur immobilier – et d'autres élus – entretiennent des relations avec

De la même façon que le cinéma français s'est toujours intéressé à la Monarchie et à ses Rois disparus, il s'intéresse désormais à la République et à ses présidents (ou ministres) en déclin, Pierre Schoeller s'étant lancé dans cette entreprise²⁴ fort de l'avertissement de Michel Foucault: «[...] pour s'exercer, ce pouvoir [...] doit se donner l'instrument d'une surveillance permanente, exhaustive, omniprésente, capable de tout rendre visible, mais à la condition de se rendre elle-même invisible²⁵».

Renouant avec sa définition originelle d'un « art fortement politique²⁶», le cinéma européen a ces dernières années ausculté la pratique du pouvoir dans les démocraties occidentales, qu'il s'agisse de *The Queen*²⁷ ou d'*Il Divo*²⁸. À travers les personnages de la reine Elizabeth II et de Giulio Andreotti dans les années 90²⁹, c'est un monde figé dans sa

l'organisation criminelle. Afin de construire sans entraves et poursuivre ses affaires lucratives, le promoteur se fera par la suite élire adjoint à la mairie, justifiant le titre du film V. A. NOUREAU, «Le détournement du vote dans un État démocratique: Main basse sur la ville», in *Le vote à l'écran*, Politeia, (21), 2012, pp. 159-170. V. également *L'affaire Mattei* / *Il Caso Mattei* (Italie, 1971) ou, d'Elio PETRI, *Enquête sur un citoyen au-dessus de tout soupçon* / *Indagine su un cittadino al sopra di ogni sospetto* (Italie, 1970). V. J. A. GILI, *Francesco Rosi, cinéma et pouvoir* Ed. du Cerf, 1977 et *Le cinéma italien*, Ed. de la Martinière, 2011.

24 V. <http://www.franceculture.fr/emission-projection-projection-privee-pierre-schoeller-2011-10-29>

25 *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975, p. 215.

26 J.-L. COMOLLI, *Voir et pouvoir. L'innocence perdue: cinéma, télévision, fiction, documentaire*, Verdier, 2004, p. 288.

27 De S. FREARS (France, E.-U., G.-B., 2006).

28 De P. SORRENTINO (Italie, 2008).

29 Giulio Andreotti, homme politique italien et membre de la défunte Démocratie Chrétienne (remplacée par le Parti Populaire italien en janvier 1994), a été sept fois Président du Conseil (la dernière fois, ce fut jusqu'en avril 1992), et plusieurs fois ministre (son premier poste était celui de ministre de l'Intérieur en 1954). Le film *Il Divo* se déroule au début des années 90 au cours desquelles auront lieu le dernier mandat d'Andreotti à la tête du gouvernement italien puis les poursuites pénales qui seront dirigées contre lui dans le cadre de l'opération *Mani Pulite* déclenchée au mois de février 1992. Andreotti sera accusé durant deux procès. L'un à cause de ses prétendus liens avec *Cosa Nostra*, la mafia sicilienne (Andreotti aurait même rencontré le «parrain» Salvatore Riina, ayant ordonné l'assassinat du juge Falcone, finalement arrêté en

distance souveraine ou de collusions mafieuses que les réalisateurs nous dépeignent. S'inscrivant sur ces brisées, Pierre Schoeller a recours à une mise en scène inventive comme celle de l'opéra rock de Paolo Sorrentino, mais ayant opté pour un conflit moral³⁰ chez un ministre des transports membre d'un gouvernement indéterminé, il nous place au cœur de l'action dans l'habitacle de sa voiture de fonction – et non derrière des vitres sans tain comme le voleur des *Pleins pouvoirs*³¹. Et si ce thriller politique aborde plusieurs thèmes, c'est un fil d'Ariane que Pierre Schoeller nous déroule : l'État n'a plus le pouvoir, il ne lui reste que des lambeaux de prérogatives, le titre du film n'étant d'ailleurs pas *L'exercice du pouvoir*, mais *L'exercice de l'État*. Ainsi se révèlent la permanence de l'État jusqu'à sa déréliction, le film nous montrant les serviteurs de l'État en action (I), la prédominance de la communication politique (II) et une domination économique conduisant à la privatisation de l'État (III).

I. Les serviteurs de l'État en action

Au commencement était l'État en France car, comme l'écrit Elizabeth Zoller, « loin d'être limité, le pouvoir républicain français est un pouvoir plénier, un pouvoir d'État³² », titulaire du « monopole de la violence physique

légitime³³ » et « symbolique³⁴ », afin de poursuivre des objectifs qui lui sont propres³⁵. Cet État s'incarne dans les palais de la République et, dans la première scène du film, avec un ballet d'hommes cagoulés et de noir vêtus³⁶ qui, en ouvrant le rideau rouge de la scène et en plantant le décor ministériel³⁷ (tapis, fauteuils et bureau Louis XV, pendules sur la cheminée, sous main de bureau...), déposent les attributs du pouvoir. Une fois installé, ce décorum poursuit une double fonction : nous signifier que le palais révèle la République – comme le costume arboré par Alain Cavalier dans *Pater*³⁸ le transforme *ipso facto* en Président de la République ou l'habit pontifical revêtu par l'élu du conclave incite les autres cardinaux à se prosterner devant lui dans *Habemus Papam*³⁹ –, tout en nous permettant de devenir observateurs privilégiés de ce huis clos gouvernemental. Cette première scène, onirique, a pour effet de nous laver des images télé-

33 Selon l'expression de M. WEBER, *Le savant et le politique. Une nouvelle traduction*, La découverte, 2003, coll. Poche sciences humaines et sociales, p. 118.

34 Suivant l'ajout de P. BOURDIEU, « Sur le pouvoir symbolique », *Annales*, 3, mai-juin 1977, pp. 405-411 et *Sur l'État. Cours au collège de France 1989-1992*, Éd. Raisons d'agir/Seuil, 2012, p. 14.

35 V. J. FREUND, *L'essence du politique*, Dalloz, 2004, postface de P.-A. Taguieff, spéc. p. 650 et s. : L'État doit garantir la sécurité extérieure, la concorde intérieure et la prospérité (le bien commun) ; prendre des mesures limitées, contingentes, mener une politique dans un domaine particulier (objectifs concrets) ; et enfin, indépendamment des contingences, aspirer à la liberté pure, à l'égalité et à la justice (les fins).

36 Il s'agit de *kuroko* issus des marionnettes japonaises de *bunraku*, dont P. Schoeller a trouvé l'inspiration dans *Double suicide à Amijina* de M. SHINODA (Japon, 1969), V. D. MARTINEZ et Y. TOBIN « Entretien avec Pierre Schoeller. J'ai fait un thriller, pas un traité politique », *Positif*, 609, nov. 2011, p. 24.

37 Le film n'a pas été tourné en studio, mais dans des lieux aménagés : « L'ambassade d'Italie pour Matignon. L'extérieur de l'Élysée, c'est le lieu même. Tout le travail dans le ministère a été tourné pendant cinq semaines dans un hôtel particulier mitoyen du ministère des Transports, qui avait la même structure de porte, de bâtiment, de moulures. » V. D. MARTINEZ et Y. TOBIN « Entretien avec Pierre Schoeller. J'ai fait un thriller, pas un traité politique », *Positif*, 609, nov. 2011, p. 23.

38 A. CAVALIER (France, 2011).

39 De N. MORETTI (Italie, 2011).

janvier 1993 ; sur ce point V. notamment « Mafia : tuer pour le business », in *Les Grands Dossiers des Sciences Humaines, Affaires criminelles*, n° 25, déc. 2011, p. 71). Dans le second procès, Andreotti est accusé d'avoir fait assassiner un journaliste détenant la version intégrale des lettres écrites par Aldo Moro – président de la Démocratie Chrétienne séquestré et assassiné par les Brigades Rouges en 1978 – mettant gravement en cause le comportement d'Andreotti. Dans les deux affaires, Andreotti a été définitivement acquitté, faute de preuves...

30 Reprenant en cela la démarche des scénaristes-réalisateurs J.-P. et L. Dardenne, co-producteurs du film de Pierre Schoeller. V. <http://www.franceculture.fr/emission-projection-privée-projection-privée-pierre-schoeller-2011-10-29>

31 *Absolute Power* de C. EASTWOOD (E.-U., 1997).

32 *Introduction au droit public*, Dalloz, 2006, coll. Précis, p. 197.

visuelles fabriquées par la propagande⁴⁰ gouvernementale et de nous entraîner dans la sarabande du pouvoir, à l'image du ministre des Transports Bertrand Saint-Jean (interprété avec justesse par Olivier Gourmet) arraché à son rêve érotique par le poids des responsabilités (ou le pressentiment d'une catastrophe?). La libido constitue ce sas permettant d'entrer à la fois dans la peau des personnages et le déroulé de l'histoire⁴¹.

Le décor magistralement planté par le réalisateur en quelques plans à peine nous installe dans la permanence du pouvoir.

Un ministère est constitué non seulement par une infrastructure bureaucratique⁴² importante, mais aussi par une équipe, essentiellement masculine⁴³, organisée dans un cabinet sous la férule d'un directeur, ici Gilles (Michel Blanc, dans l'un de ses meilleurs rôles). Le ministre est ainsi entouré de plusieurs conseillers – politiques et techniques –, spécialistes chacun d'un domaine du portefeuille ministériel. Nous devinons plus leurs fonctions qu'elles ne sont explicitées, contrairement au scénario d'Abel Lanzac⁴⁴ nous narrant les nombreuses réunions de cabinet du ministère des Affaires étrangères avec les conseillers techniques spécialisés par zones géopolitiques au risque de concurrence. Malgré cette indétermination apparente du film sur ce point, le fonctionnement du cabinet ministériel est ici décrit par le menu : nombreuses réunions sous la houlette du ministre ou du directeur de cabinet, définition et suivi des projets ministériels, veille organisée les nuits et fins de semaine permettant une continuité de l'État, à l'instar de la deuxième scène du film où un trio de conseillers tue le temps entre musique assourdissante, boissons alcoolisées et flirts, quand un téléphone retentit dans la nuit. La mécanique

de la réponse ministérielle va alors s'enclencher grâce aux multiples appels téléphoniques passés par les conseillers, le directeur de cabinet, le ministre et les services déconcentrés de l'État (préfet, gendarmerie, services de secours...) présents en région : le ministre des Transports ira se recueillir dans les Ardennes, sur les lieux du drame provoqué par un accident d'autocar, apportant la bénédiction républicaine d'un État protecteur aux citoyens meurtris⁴⁵.

Ainsi la répartition du travail ministériel s'opère entre la tête (le directeur de cabinet) et les jambes (le ministre). Le directeur de cabinet, chargé de la conception des projets, pilote le char ministériel depuis Paris, sans jamais aller sur le terrain, tout comme le directeur de cabinet de *Quai d'Orsay* n'officie que depuis son bureau et ses multiples lignes téléphoniques, tandis que le ministre se trouve perpétuellement dans l'action, le mouvement, les déplacements et les discours...

Dans ce rôle de grand serviteur de l'État⁴⁶, Michel Blanc – à l'instar d'Hyppolyte Girardot dans *La conquête*⁴⁷ – compose un personnage tout en retenue... Là où le ministre exulte, souffre, discourt, mange, boit, vomit, le directeur de cabinet est en retrait, dans les silences, dans l'estime obéissante à son ministre... Mais à la différence de *La conquête*, où le personnage du directeur de cabinet était un contrepoint à celui du ministre, le personnage de Gilles est ici mis en relief à plusieurs reprises, lors de tête à tête avec son ministre, seul à son bureau un crayon à papier et un bloc-notes à la main ou dans la solitude de son appartement. C'est à une vision déjà obsolète d'un directeur de cabinet incarnant la permanence de l'État que nous sommes conviés, car il n'hésite pas à passer ses nuits à relire les décrets d'une loi maritime et à se sacrifier pour l'avenir politique de son ministre qu'il seconde depuis dix ans – « cette réforme sera votre acte de naissance. Après tout sera possible. [...] Cette réforme, moi, elle me désole et elle me

40 V. J. ELLUL, *Propagandes*, Economica, 1990, coll. Classiques des sciences sociales, p. 157.

41 *Ibid.*, p. 24.

42 V. M. CROZIER, *Le phénomène bureaucratique*, Points, coll. Essais.

43 À l'exception de Pauline, la conseillère en communication.

44 Et les dessins de Ch. BLAIN, *Quai d'Orsay. Chroniques diplomatiques*, 2 T., Dargaud, 2010 et 2011.

45 V. M. FOUCAULT, *Dits et écrits 1954-1988*, T. III, 1976-1979, Éd. Gallimard, 1994, p. 385.

46 V. « Les serviteurs de l'État », *Pouvoirs*, n° 117, avril 2006.

47 De X. DURRINGER (France, 2011).

tue. Sans moi vous réussirez très bien». Digne en toutes circonstances, même quand ses fonctions sont brutalement interrompues par un *desiderata* présidentiel («J'ai réfléchi à la composition du cabinet. On veut du sang neuf»), le directeur de cabinet prépare son retour dans la préfectorale en supprimant les traces de son passage ministériel dans la broyeuse et en proposant quelques noms d'éventuels successeurs, avant de redescendre – seul et filmé de dos – l'escalier élyséen, avec pour seul viatique le sentiment du devoir accompli: «J'ai la faiblesse de penser que nous avons bien travaillé».

Bertrand Saint-Jean, quant à lui, occupe temporairement les fonctions de ministre des Transports, étant tributaire de la double volonté du Président de la République et du Premier Ministre⁴⁸. À ce titre, sa survie politique passe par un ancrage électoral et implique qu'il doive se présenter aux élections municipales de Dijon, son principal concurrent, mis en minorité devant la commission d'investiture, étant nommé à la Cour des Comptes. De plus, malgré son désaccord politique, il est sommé – au risque d'y perdre sa fonction – de procéder à la privatisation des gares, l'arbitrage s'étant déroulé sans lui à l'Élysée, mais en présence du ministre du Budget. Si selon ses propres termes, «la politique est une meurtrissure permanente», il sera récompensé de son obéissance au «PR» (prononcé «père»), avec lequel il partage la particularité de ne pas être «un héritier⁴⁹», par sa nomination à la tête du ministère de l'Emploi et de la Solidarité, après le limogeage du précédent titulaire. Pour autant la confiance présidentielle n'est pas absolue, la feuille de route de son nouveau ministère, comme la composition

de son cabinet ou l'injonction de reprendre 5% dans les sondages, étant élyséennes.

Ces impulsions ministérielles sont-elles suivies d'effets, de réalisations ou ne sont-elles qu'une illusion politique⁵⁰? Si les négociations avec les représentants des autres États et les résolutions devant l'assemblée générale des Nations Unies nous étaient contées par le menu dans *Quai d'Orsay*⁵¹, ces réalisations ne sont guère visibles dans le film de Pierre Schoeller, laissant une impression d'inachevé au même titre que le pavillon de banlieue érigé par Kuypers son chauffeur, pour lequel Saint-Jean s'échine torse nu à pelleter du ciment par une nuit éméchée.

Son corps est ainsi exposé, comme le corps de Georges Frêche, dans *Le président*⁵², se trouvait paré des «attributs séculaires du pouvoir⁵³»: lever en pyjama, visage et mains touchés lors des meetings «comme si ce corps avait des vertus thaumaturgiques⁵⁴», mais également corps épuisé, souffrant, exsudant comme celui de Robespierre⁵⁵ malade de la terreur qu'il inflige aux autres; corps exploité, comme si le corps politique – qu'il soit président d'un conseil régional ou ministériel – était siphonné par le mouvement perpétuel auquel il est soumis.

II. L'emprise de la communication politique

Pour devenir visible, le pouvoir doit s'incarner dans une parole politique, portée au plus près des événements⁵⁶. Deux niveaux de communication entremêlés sont alors mis en œuvre, un externe à destination des citoyens et un autre

48 B. Saint-Jean est, à certains égards, le «ministre-type de la V^e République», c'est-à-dire un homme, (comme dans 89,7% des cas, 91,3% si on exclut les ministres délégués et secrétaires d'État), et d'un âge moyen de 51 ans au moment de sa nomination: V. A. FRANCOIS et E. GROSSMAN, « Qui sont les ministres de la V^e République? », *La Vie des idées*, 31 janvier 2012. ISSN: 2105-3030. URL: <http://www.laviedesidees.fr/Qui-sont-les-ministres-de-la-Ve.html>

49 Selon les termes de Gilles par référence à l'ouvrage de P. BOURDIEU et J.-C. PASSERON, *Les héritiers. Les étudiants et la culture*, Éd. de Minuit, 1985, coll. Le sens commun.

50 V. J. ELLUL, *L'illusion politique*, La Table ronde, 2004, coll. La Petite vermillon, spéc. pp. 197-198.

51 D'A. LANZAC et Ch. BLAIN, *op. cit.*

52 D'Y. JEULAND, (France, 2010).

53 V. J. GIUDICELLI, «Le corps pluriel de Georges Frêche», *Esprit* février 2011, p. 188.

54 *Ibid.*

55 Dans le film *Danton* d'A. WAJDA (France, E.-U., 1985).

56 V. J. ELLUL, *Propagandes, op. cit.*, p. 157.

interne destiné à la machinerie gouvernementale, tous deux clairement identifiables dans *L'exercice de l'État*⁵⁷.

Ce changement dans l'expression politique est au cœur même de *The Queen*, l'accident mortel de la princesse Diana télescopant les habitudes ancestrales du palais royal retiré tout l'été sur ses terres écossaises de Balmoral, dans un silence assourdissant seulement interrompu par quelques chasses au cerf et promenades canines, tandis que la fréquentation télévisuelle du nouveau Premier ministre Tony Blair (et de son cabinet) lui permet d'exprimer son empathie auprès du peuple endeuillé. Même pratique secrète et solitaire du pouvoir au sud de l'Europe avec *Il Divo*, dont les seuls moments d'échange sont les confessions-discussions nocturnes de Giulio Andreotti auprès d'un prêtre ami dans une église déserte, *a contrario* de son ministre du Budget déjà escorté de deux attachées de presse.

Dans cette entreprise de communication, chaque ministre se trouve flanqué d'un conseiller lui assurant une parole officielle, à l'image du porte-parole du Vatican dans *Habemus Papam* sacrifiant la vérité sur l'autel de la communication officielle nécessaire à l'élection du nouveau Pape. Chez Pierre Schoeller, pas de porte-parole, mais Pauline (interprétée par une Zabou Breitman maternante), conseillère en communication dévouée corps et âme à son ministre, lui soufflant les mots qu'il lui faudra prononcer en fonction des événements, lui rappelant la date d'anniversaire de sa femme et le cadeau qu'il est censé lui avoir offert, le réconfortant en cas de coups durs, le conseillant sur sa couleur de cravate... Ainsi lors du décès d'enfants dans un accident d'autocar, le ministre des Transports se rend sur les lieux du drame, se recueille dans le froid d'une chapelle ardente, réconforte les mères comme autant de *Pietà* aux pieds des petits cadavres, apporte un soutien aux professionnels s'affairant sur place (médecins, services de secours et de gendar-

merie), le tout devant les caméras à l'affût de petites phrases, car participant au «phénomène de coproduction discursive [...] [né des] relations entre politique, communication et médias⁵⁸» dans les années quatre-vingt.

En contrepoint, Arthur Vlamincq⁵⁹, le chargé des langages au ministère des Affaires étrangères semble plus proche du travail d'un écrivain-journaliste au service du ministre, dont les projets de discours, lents dans leur maturation intellectuelle, sont souvent refusés par un ministre impétueux qui n'y retrouve pas sa pensée.

Cette prise en charge du ministre par ses collaborateurs, s'occupant à la fois de son agenda, de ses discours, de sa ligne politique, mais aussi de sa vie personnelle... révèle l'infantilisation⁶⁰ du politique déjà observable dans le film documentaire consacré à Georges Frêche⁶¹ et s'accompagne d'une recherche permanente et vaine d'un poste (ministériel), ou d'un mandat (électoral) à l'image de Bertrand Saint-Jean exigeant de Gilles qu'il lui trouve un fief en vue des municipales.

Pour autant, l'inféodation ministérielle au chargé de communication n'est pas totale. Ni pour Tony Blair⁶² n'hésitant finalement pas à s'opposer à Alastair Campbell, pourtant auteur de la formule «princesse du peuple», afin de préserver la monarchie britannique, ni pour Bertrand Saint-Jean bien décidé à se séparer de Pauline, dans un

57 Sur la communication politique, V. parmi d'innombrables études: «Le nouvel espace public» *Hermès*, 1989, n° 4, numéro coordonné par D. BREGMAN, D. DAYAN, J.-M. FERRY et D. WOLTON; J. GERSTLE, *La communication politique*, PUF, coll. Que-sais-je?, 1993; S. ALBOUY, *Marketing et communication politique*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, 2000.

58 A. KRIEG-PLANQUE et C. OLLIVIER-YANIV, «Poser les «petites phrases» comme objet d'étude», *Communications et langages*, (168) juin 2011, p. 19.

59 Ch. BLAIN et A. LANZAC, *Quai d'Orsay. Chroniques diplomatiques*, op. cit.

60 Sur le thème de l'infantilisation, V. également Ph. MURAY: «L'horizon, l'avenir, l'éternel présent, etc. L'état d'enfance est devenu le devenir de l'adulte, c'est assez curieux. D'où mon envie actuelle de mettre en circulation (sans m'illusionner outre mesure sur le résultat) ce concept de néo-néotonie prolongée *ad libitum* qui me semble être devenu l'état «normal» de l'homme adulte contemporain», in *Festivus Festivus, conversations avec E. Lévy*, Fayard, 2005, spéc. p. 461. Ce thème traverse toute l'œuvre de Ph. MURAY à travers la figure d'*Homo festivus*. V. par ailleurs ses *Essais*, Les Belles lettres, 2010.

61 *Le Président* d'Y. JEULAND.

62 Dans *The Queen*, op. cit.

moment de doute et après s'être entendu qualifier « d'objet politique non identifié ».

Cette communication externe se double d'une communication interne déjà présente dans *The Queen*, mais ici portée à son paroxysme. Ce sont appels téléphoniques incessants reçus même dans les lieux les plus inappropriés (le ministre répondant à un appel du secrétariat général de l'Élysée en vue d'une promotion ministérielle depuis les toilettes⁶³ : « vous direz au PR que cette confiance m'honore ») et textos ininterrompus ingénieusement projetés sur l'écran qu'échangent les membres du cabinet et autres responsables politiques dans le souci tout à la fois d'occuper le devant de la scène politico-médiatique, mais aussi de rétablir l'unité gouvernementale par des communiqués adressés à l'Agence France Presse.

Parallèlement, chacune des décisions gouvernementales doit être précédée d'une batterie de sondages d'opinions, la politique conduite dépendant des résultats sondagiers. C'est ainsi que le projet de privatisation des gares ayant reçu *a priori* un soutien de 53 % des usagers, l'Élysée et Matignon l'imposent à Bertrand Saint-Jean et à son cabinet. De même le nouveau ministre de l'Emploi et de la solidarité est sommé de reprendre 5% dans les sondages.

Entreprise de communication encore que celle de stages proposés, dans un souci de valorisation sociale de l'exécutif, à des chômeurs de longue durée dûment photographiés sur le perron ministériel, comme un double inversé de la photo officielle d'un nouveau gouvernement. Est ainsi recruté Martin Kuypers qui devient temporairement le chauffeur du ministre des Transports.

La communication politique devenue omniprésente vient combler un vide sidéral, masquant à peine la triste réalité : les ministres, et plus généralement l'État, n'ont quasiment plus de pouvoir⁶⁴. Est ainsi terrible la scène

clôturent un entretien matinal sur une chaîne de radio, où le journaliste félicite la conseillère en communication pour l'avoir convaincu de réaliser un entretien avec le ministre des Transports, après qu'il a bénéficié d'un portrait en dernière page de *Libération* sous le titre évocateur de « Mâle des transports ». Ou comment un membre du gouvernement est placé sur une chaîne privée, à une heure de grande écoute, comme l'encart publicitaire d'un grand groupe de distribution.

Pourtant « le peuple est méfiant » selon les mots du président de la République, à l'image de Josépha (compagne de Martin Kuypers) assimilant l'action ministérielle à du vent, au mutisme de Kuypers comparé à la volubilité du ministre et de ses conseillers et au discours devenu inaudible de Bertrand Saint-Jean devant des dockers, malgré la présence du pupitre, des micros et du tapis rouge. « Bien que le terrain privilégié de la sphère publique [soit] [...] celui de la parole, la réalisation de Pierre Schoeller montre que le plus important demeure l'emplacement du discours. Choisir le lieu de l'expression serait ici avant tout la réelle action politique⁶⁵ », mais cette parole officielle peut se trouver interdite comme lors des obsèques du chauffeur : « L'humanité de ses paroles reste intérieure, le ministre des Transports se récite mentalement son texte pendant que le prêtre délivre son sermon⁶⁶ ».

Dès lors, malgré les efforts déployés par les hommes politiques pour renouer avec leurs citoyens-électeurs, la communication est devenue impuissante à convaincre les masses⁶⁷. Cependant nul déchaînement de violence à l'en-

de souplesse et la difficulté qu'il éprouve à s'adapter à un environnement en continuelle transformation ; le pouvoir central a théoriquement beaucoup de pouvoirs, mais il est en fait paralysé par la résistance générale des groupes qui lui sont subordonnés ; difficile pour lui de jouer un rôle de guide, d'animateur et de chef au sens « charismatique » du terme. V. en ce sens, M. CROZIER, *Le phénomène bureaucratique*, op. cit., spéc. p. 273 et s.

65 P. EISENREICH, « Pierre Schoeller, L'exercice de l'État. Le ministère de l'arrière monde », *Positif*, 609, nov. 2011, p. 20.

66 *Ibid.*

67 « Ce qui m'inspire, c'est une sorte d'insurrection intime de l'état de ce pays, en montrant la mythologie de l'État. Ce n'est pas dans toutes

63 Scène qui n'est pas sans évoquer la célèbre phrase d'Édouard Herriot : « La politique, c'est comme l'andouillette : ça doit sentir la merde mais pas trop ».

64 Non seulement du fait de la construction européenne et de la mondialisation, mais également en raison du système d'organisation bureaucratique de l'État, lequel système se caractérise par un manque

contre des représentants de l'État – *a contrario* de la tuerie présidentielle de *The President's Last bang*⁶⁸ – mais un accident de voiture ministérielle sur une autoroute déserte et le goût amer d'une colère prête à sourdre chez les manifestants.

III. La privatisation de l'État

S'il est question d'un projet de privatisation des gares, dossier explosif pour le ministre des Transports, c'est tout le film qui tourne autour de cette question de la privatisation de l'État. En effet, si dans un premier temps, Bertrand Saint-Jean, sous l'influence de Gilles, son directeur de cabinet, est fermement opposé au projet et sera d'ailleurs en conflit avec une partie de ses amis politiques, il va peu à peu, voyant que la réforme est inéluctable, chercher à se rapprocher de son initiateur Peralta, le ministre du Budget, avant de s'en remettre finalement au bon vouloir du Président de la République et du Premier Ministre. Le prix de son ralliement sera une promotion ministérielle: le ministère de l'Emploi et de la Solidarité. Ainsi les postes de pouvoir, comme les biens et marchandises, se distribuent-ils au plus offrant.

Ce projet de privatisation s'inscrit dans un mouvement déjà ancien ayant conduit, sous l'influence des institutions bruxelloises⁶⁹, à la séparation⁷⁰ de l'exploitation des

lignes de chemin de fer⁷¹ (transports des voyageurs et marchandises) assumées par la Société Nationale des Chemins de Fer, de la responsabilité des infrastructures confiée à Réseau Ferré de France⁷², ainsi qu'à la filiation-privatisation de certaines de ses activités. La force du film de Pierre Schoeller est d'ancrer son récit dans une réalité concrète, facilement identifiable par chaque spectateur potentiellement usager des trains, et d'en accroître la vraisemblance grâce à un subterfuge de scénario anticipant une réalité politique.

Mais ce ne sont pas seulement les services publics qui sont privatisés: c'est la vie politique elle-même et ses acteurs qui participent de ce processus.

Ce sont tout d'abord les grands serviteurs de l'État, consacrant toute leur carrière à la chose publique⁷³, qui deviennent une espèce en voie d'extinction, la plupart préférant aller pantoufler⁷⁴ dans le privé, là où sont le pouvoir et l'argent⁷⁵. Est à cet égard éclairante la scène réunissant deux camarades de promotion, directeurs de cabinet du ministre des Transports (Gilles) et du ministre du Budget (Woëssner interprété magnifiquement par Didier Bezace en cinq minutes à peine), discutant de la fin du pouvoir et des attributs de l'État, qualifié par Woëssner de «vielle godasse». Gilles, tout en jouissance intellectuelle se récitant le discours de Malraux de panthéonisation de Jean Moulin, («Entre ici Jean Moulin»), et Woëssner, dévorant successi-

les Républiques qu'on appelle la demeure présidentielle «le château»!», reconnaît P. SCHOELLER in *Positif*, 609, *op. cit.*, p. 25.

68 *Gut te gu sa ram dul* de IM SANS-SOO (Corée, 2005).

69 V. Règlement (CEE) n° 1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 modifiant le règlement (CEE) n° 1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer et par voie navigable. Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil. Premier paquet ferroviaire de trois directives du 26 février 2001 dont la directive du Conseil et du Parlement 2001/12/CE relative aux droits d'accès des entreprises ferroviaires établies dans un État membre sur le réseau d'un autre État membre.

70 V. la Directive 91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires.

71 Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

72 Loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public Réseau Ferré de France (RFF).

73 V. J.-L. BODIGUEL, Ch.-Al. GARBAR et A. SUPLOT (Dir.), *Servir l'intérêt général. Droit du travail et fonction publique*, PUF, 2000, coll. Les voies du droit.

74 V. B. BOUZIDI, R. GARY-BOBO, Th. KAMIONKA et A. PRIETO, «Le pantouflage des «énarques»: une première analyse statistique», 3 janvier 2011, <http://ces.univ-paris1.fr/membre/Gary-Bobo/Enarques4bis.pdf>; Marie-Christine KESSLER, «L'évasion des membres du Conseil d'État vers le secteur privé», in J. CHEVALIER Dir., *Le droit administratif en mutation*, PUF/CURAPP, 1993 pp. 121-149.

75 V. S. COIGNARD et R. GUBERT, *L'oligarchie des incapables*, Albin Michel, 2012.

vement des yeux les jambes de la secrétaire de Gilles puis les œufs au bacon, affamé qu'il est de goûter à «l'air frais du privé», pour avoir «le pouvoir [et] la puissance d'agir».

Pour autant ce départ précipité de Woessner ne manque pas de soulever l'hypothèse d'un conflit d'intérêts⁷⁶ entre ses futures ex-fonctions et l'entreprise privée qu'il va intégrer. Si ce point est évoqué pendant une réunion à l'Élysée autour du Président de la République, du directeur de la SNCF, du ministre du Budget et de conseillers, il est rapidement évacué au profit d'une saisine de la commission de déontologie⁷⁷.

A contrario, le rôle du dinosaure échoit à Gilles, parfait représentant de cette noblesse de robe décrite en son temps par Bourdieu⁷⁸, dont la conduite est guidée par une

morale, celle du service public⁷⁹, mais qui sera écarté de la route de Bertrand Saint-Jean, malgré l'amitié qui les unit et «les oblige», au motif qu'il faut du «sang neuf». Les temps ayant changé, la relégation de ce corps de hauts fonctionnaires au sein de l'appareil d'État accompagnent la déréliction de la puissance publique comme la promotion dudit corps avait accompagné la création de l'État⁸⁰.

C'est ensuite l'externalisation des tâches étatiques au profit du secteur privé, visible lors d'une réunion élyséenne décidant de la nomination d'un haut-commissaire à la réforme, de la création d'une nouvelle société à capitaux mixtes (public/privé avec la participation de l'entreprise Vinci) et du départ du directeur du cabinet du ministre du Budget (Woessner) comme directeur international de ladite société. Si le travail de nomination constitue un tiers de l'activité du pouvoir exécutif⁸¹, il prend ici un tour assez particulier, puisqu'il s'agit d'un haut fonctionnaire nommé dans le secteur privé afin de piloter une privatisation d'un service public. Woessner est ainsi imposé par le Président de la République, père de la Nation, au directeur de la SNCF, car même s'il ne connaît rien au train, ses qualités

76 Prise illégale d'intérêt («Délit de pantouflage»), infraction prévue et réprimée à l'article 432-13 du code pénal («Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions. Est punie des mêmes peines toute participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées au premier alinéa [...]»); sur cette question v. Y. MULLER, «Le droit pénal des conflits d'intérêts», *Droit pénal*, janv. 2012, n° 1, p. 7; J.-M. BRIGANT, «Affaires, conflits d'intérêts, probité... Cachez cette prise illégale d'intérêts que je ne saurais voir», *Droit pénal*, *op. cit.*, p. 16; v. également le rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique remis au Président de la République le 25 janv. 2011.

77 Mise en place par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

78 V. P. BOURDIEU, *La noblesse d'État. Grandes Écoles et esprit de corps*, Les Éd. de minuit, coll. Le sens commun, 1989.

79 P. BOURDIEU, *La noblesse d'État. Grandes Écoles et esprit de corps*, *op. cit.*, spéc. p. 479: «La morale du service public qu'aiment à professer les hauts fonctionnaires ou les patrons «technocratiques» trouve sans doute quelque fondement objectif dans les dispositions héritées d'un milieu familial qui, aussi bien dans le cas de la bourgeoisie de robe que dans le cas des fractions salariées de la petite bourgeoisie, n'encourage guère l'intérêt pour les affaires et le culte de l'argent».

80 P. BOURDIEU, *La noblesse d'État. Grandes Écoles et esprit de corps*, *op. cit.*, spéc. p. 543: «La noblesse de robe, dont les technocrates contemporains sont les héritiers structuraux (et parfois les descendants), est un corps qui s'est créé en créant l'État, qui, pour se construire, a dû construire l'État, c'est-à-dire, entre autres choses, toute une philosophie politique du «service public» comme service de l'État, ou du «public» – et non du seul roi, comme l'ancienne noblesse –, et de ce service comme activité «désintéressée», orientée vers des fins universelles».

81 Sur le pouvoir de nomination, v. l'art. 13 de la Constitution du 4 oct. 1958 ainsi que l'ordonnance n° 58-1136 du 28 nov. 1958 portant loi organique concernant les emplois civils et militaires de l'État.

(«secret, bosseur, fidèle») en font l'homme de la situation, le «manager» idéal⁸².

Enfin, la privatisation de l'État et de son personnel politique se traduit également par un phénomène récent non décrit dans le film de Pierre Schoeller, mais directement lié à la crise financière et à l'importance grandissante des agences de notation : la nomination à la tête de gouvernements techniques – comme en Grèce et en Italie⁸³ – de personnalités ayant préalablement occupé des fonctions dans la banque et la finance, dont l'objectif est de rétablir l'équilibre des finances publiques et d'éviter une faillite étatique⁸⁴.

La déréliction de l'État est-elle inévitable? Pierre Schoeller se garde bien de trancher, mais nous livre malgré tout quelques éléments de réponse, à travers l'accident de voiture dont est victime Bertrand Saint-Jean sur une autoroute déserte, comme si l'État lui-même allait dans le mur ; et le rêve du ministre – lors d'une réunion de cabinet pendant laquelle ses conseillers lui proposent une liste de gares privatisables (St Lazare, Bordeaux St-Jean, Lille Europe...) – d'hommes cagoulés et de noir vêtus recouvrant sa tête d'un sac en plastique. D'Éros à Thanatos... L'État se meurt mais il continue d'agir jusqu'à sa disparition annoncée ou son improbable régénération.

82 Sur ce point, v. notamment P. GIBERT, «Management public, management de la puissance publique», *Politiques et management*, 1986, Vol. 4, p. 89; M.-L. DJELIC, «L'arrivée du management en France: un retour historique sur les liens entre managérialisme et État», *Politiques et management*, 2004, Vol. 22, p. 1.

83 Le Premier Ministre grec, L. Papadimos, nommé au mois de novembre 2011, a été Gouverneur de la Banque de Grèce de 1994 à 2002; M. Monti, Président du Conseil italien depuis novembre 2011, a été conseiller international chez Goldman Sachs, banque d'investissement américaine, à partir de 2005.

84 V. D. LINHARDT et F. MUNIESA, «Du ministère à l'agence. Étude d'un processus d'altération politique», «Politiques d'économisation», *Politix*, vol. 24, 2011, (95), pp. 73-102.

LES *KĀMASŪTRA* COMME UNE PORTE D'ENTRÉE DANS LE DROIT HINDOU ANCIEN ?

CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ*

Cette étude se propose de faire apparaître dans le texte des *Kāmasūtra* leur aspect normatif, pour le confronter à d'autres textes juridiques hindous. L'on peut ainsi montrer que les *Kāmasūtra* sont le réceptacle et le miroir de plusieurs règles sociales et familiales de l'Inde ancienne. Ils s'insèrent dans un ensemble normatif complexe. Cette mise en perspective peut servir pour un juriste occidental d'introduction à ce système juridique particulier, complexe et complètement différent de ce qu'il connaît. En outre, peut s'esquisser une réflexion sur la manière dont le droit se saisit, ou non, des rapports charnels.

This study aims at revealing the normative aspects of the Kāmasūtra in order to compare them to other Hindu legal texts. One has to understand that the Kāmasūtra are in fact the vessels and the mirrors of ancient India's social and family rules, which demonstrate how much of a sophisticated set of rules they are. This standpoint can serve as an introduction for Western lawyers to this particular and complex system that is completely different from their own legal culture. In addition, this article will shed some light on how carnal relations inspire and affect law.

* Maître de conférences à l'Université Pierre Mendès-France, Grenoble.

L'occidental retient des *Kāmasūtra*¹, qu'il écrit souvent au singulier², le chapitre six de la deuxième partie, qu'il semble inutile de présenter³, sauf à mettre en garde contre les confusions probables avec d'autres textes d'autres traditions orientales⁴. Pourtant, les *Kāmasūtra* ne se limitent pas à des conseils relatifs aux seules positions ou pratiques sexuelles⁵ : ils contiennent des prescriptions, des normes, qui vont bien au-delà. Les *Kāmasūtra*, attribués au sage hindou Vātsyāyana, s'insèrent dans la tradition normative indienne, la plus vaste et la plus ancienne qui soit au monde, pour régler la vie sexuelle des sujets de droit, mais aussi pour codifier nombre de relations sociales ou d'usages. Une société connaissant les *Kāmasūtra* pratique l'*ars erotica*, au sens que lui donne Michel Foucault⁶ de prise en compte du plaisir pour lui-même, par opposition à une société telle que la nôtre l'enfermant dans un *scientia sexualis*.

Le droit face à la problématique du plaisir.

L'Occident a très rapidement fait entrer la question du plaisir charnel et des rapports entre les sexes en général⁷

dans la morale⁸, dans le droit⁹ ou du moins dans le normatif¹⁰. Encore faut-il noter que le plaisir n'est pas valorisé en tant que tel, même dans la relation entre un homme et une femme mariés, pour laquelle la communauté de lit est pensée avant tout dans une optique de fécondité¹¹. Si le droit occidental se mêle de la chair, ce n'est que par des prohibitions¹². Hier ou aujourd'hui, ont été ou sont ainsi stigmatisées à des degrés divers, et dans différents systèmes normatifs (juridiques ou extrajuridiques) : les relations entre un homme et une femme rendues artificiellement infertiles par des moyens de contraception, hors de liens du mariage, entre individus de même sexe, avec des mineurs de quinze ans, avec des personnes non consentantes, avec des animaux, accompagnées de violences. Les représentations du plaisir qui ne seraient pas entourées d'une multitude de précautions et d'autorisation sont également atteintes par la norme juridique, tout comme les invitations à un rapport tarifé. Il n'est

1 Cette étude se réfère au texte de deux éditions différentes ; référence spécifique sera faite à l'une ou à l'autre lorsqu'elles diffèrent notablement, ou lorsque l'une ou l'autre est citée textuellement : UGE désigne le texte publié par l'Union Générale d'Éditions en 1994, à partir d'une traduction française anonyme d'une version anglaise qui aurait été ramenée des Indes par Richard Burton ; Zulma désigne le texte traduit du Sanskrit par Jean Papin, publié par Zulma (Calmann-Lévy) en 1991. Il a été soutenu qu'il n'existait pas de traduction correcte des *Kāmasūtra* (J. FEZAS, « Faute et expiation dans les textes normatifs sanskrits », *Droit et cultures* 37 – 1997/2, p. 8 note 1).

2 Selon l'usage, l'on laissera la translittération du sanskrit invariable. Par la suite, nous uniformiserons la translittération, y compris lorsque les différents textes cités suivent des règles distinctes.

3 Typique, cf. Paris, pôle 5, ch. 1, 19 mai 2010, n° 08/23943 ; CA Rennes, ch. des prud'hommes 089 octobre 2008, N° 07/00376.

4 Voir par exemple les trente positions de Maître Tong-hsuan, in R. von GULIK, *La vie sexuelle dans la Chine ancienne*, traduit de l'anglais par L. Évrard, Gallimard, 1971, p. 168.

5 Cf. M. ONFRAY, *Les bûchers de Bénarès*, Cosmos, Éros, Thanatos, Galilée, 2008, p. 37.

6 M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, t. 1, *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, p. 76-77.

7 Cf. Colloque du 24 juin 2010, Le genre, une question de droit, Cette Revue, 2011.

8 Cf. M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, t. 2, *L'usage des plaisirs*, Gallimard, 1984, *passim*, spec. p. 54-55.

9 Cf. *Le sexe et la norme*, N. Deffains et B. Py (dir.), PU Nancy, 2010 ; F. CABALLERO, *Droit du sexe*, Lextenso, 2010 ; B. PY, *Le sexe et le droit*, Que sais-je ?, Puf, 1999 ; O. Dubos et J.-P. Marguenaud (dir.), *Sexe, sexualité et Droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Pedone, 2007. Sans compter les manières de traiter « collatéralement » le plaisir, par les dispositions sur la communauté de vie entre les époux, mais aussi sur la répression des infractions à connotation sexuelle, et des mutilations sexuelles. cf. à la marge la loi du 9 mars 2004 faisant entrer la répression des sévices de nature sexuelle commis contre des animaux dans l'article 521-1 du Code pénal, et son interprétation par Crim. 4 sept. 2007, Bull. crim. N° 191 ; et à titre d'anecdote pour la jouissance bruyante d'une habitation louée, TI Saint-Étienne, 28 novembre 2000, Annales des loyers 2009/1, note F. Berenger.

10 Sur la Grèce antique, M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 63. Encore note-t-il qu'à l'époque hellénistique, la diététique ait plus pour but de régler quantitativement l'activité sexuelle que d'en fixer les modalités (cf. p. 130 *sqq.*).

11 Avec des nuances, cf. V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Communauté de vie*, Juriclasseur civil code, art. 215 al. 1^{er}.

12 Y compris celles de l'excision ou la castration comme violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente (art. 222-9 du Code pénal).

absolument pas question ici d'approuver ou de réprouver cet encadrement du plaisir sexuel, en général ou pour des règles particulières : il ne s'agit que de remarquer que ce plaisir doit être tu, et qu'il est réprimé dès qu'il apparaît déviant. En Occident, le droit parle du sexe, et non du plaisir¹³, sauf peut-être à considérer à la marge que, sous l'action de la Cour Suprême des États-Unis et de la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de vie privée tend à s'étendre à l'idée de l'épanouissement personnel¹⁴. L'Inde ancienne a abordé la question dans un sens radicalement différent : le plaisir est valorisé en lui-même, il doit être maximisé ; c'est un art, qui doit s'apprendre et se transmettre¹⁵.

La question de la juridicité des Kāmasūtra. À vrai dire, cette question se pose certainement plus au juriste occidental qu'au juriste Hindou : le professeur P.V. Kane, qui a rédigé l'œuvre qui compte certainement comme la plus importante sur le droit hindou traditionnel¹⁶, s'appuie sur les Kāmasūtra comme sur d'autres textes, sans prendre la peine de justifier de leur juridicité. Néanmoins, se demander si les Kāmasūtra peuvent utilement servir d'introduction au droit hindou suppose au préalable de définir leur degré de juridicité, et donc, encore en amont, de trancher la question de savoir si l'Inde ancienne était dotée d'un système juridique.

De prime abord, il est incontestable, à tout le moins, que le contenu des Kāmasūtra est normatif, au sens où s'y développent des injonctions, des prohibitions, et des impératifs conditionnels (« si tel comportement est tenu, alors tel autre devra être tenu »). Reste que toute norme n'est pas droit.

De la juridicité du système hindou traditionnel.

L'on ne saurait trouver dans l'organisation sociale de l'Inde précoloniale, particulièrement avant la conquête musulmane, de constructions de pouvoir sécrétant des normes qui répondraient à un critère de positivisme¹⁷. Les phénomènes de pouvoir s'exerçaient hors de la promulgation d'une loi positive. Faut-il pour autant en déduire que le droit hindou traditionnel n'a pas véritablement existé, contredisant ainsi le brocard *ubi societas, ibi ius* ? Certains le pensent¹⁸. Nous penchons pour le contraire¹⁹. Des différends étaient décidés, grâce à l'appui et au soutien de textes faisant autorité²⁰ ; certes, ils n'étaient pas « posés » par une autorité

17 Le titre de la thèse de H. MERCEREAU, *Le droit positif chez les Hindous*, Jouve, 1925, ne doit pas induire en erreur. D'ailleurs, l'auteur ne se base que sur les lois de Manou, ce qui est assurément insuffisant à connaître ce droit, et qualifier ce texte de positif au début du vingtième siècle est un anachronisme stupéfiant ; il conclut son ouvrage (p. 157) en réfutant la présence « d'une construction juridique bien établie et raisonnée » dans ce texte, qui ne serait que le reflet de « l'âme de ce peuple-enfant ». Une telle condescendance et un jugement si hâtif effrayent.

18 J.-L. HALPERIN, « Legal Transplants: Western Legal Transplants and India », 2 *Jindal Global L. Rev.* 12 (2010) (spec. P. 16-17), prenant le critère de Hart, et devant l'absence de preuve positive de l'existence de règles juridiques pouvant être changées par un processus juridique, ni de leur application par un juge, il estime que les contrôles sociaux proposés par les textes hindous ne sont pas du droit.

19 Déjà R. DEKKERS, *Le droit privé des peuples*, Bruxelles, Éd. de la librairie encyclopédique, 1953 N° 134 *sqq.*, n° 236, ne classe absolument pas les Indiens dans les peuples ignorant le droit (de manière ancestrale).

20 Voir les *Brhaspatismṛti* (*The Minor Law books*, The sacred books of the east, vol. XXXIII, transl. by J. Jolly, 1889) qui détaillent minutieusement les institutions et procédures à suivre pour le règlement des litiges, et les preuves réunies par J.D.M. DERRETT, « Two inscriptions concerning the status of Kammalas and the application of Dharmaśāstra », in *Essays in classical and modern hindu law*, vol. I, p. 86, Universal book traders, 1995 p. 86 ; K. SRIKANTAN, *Administration of justice in Ancient India*, Bharatiya Vidya Bhavan, 2007, *passim*, spec. pp. 60 *sqq.* Encore aujourd'hui, la Cour Suprême Indienne vise parfois les *Manusmṛti*, cf. *Supreme court of India*, KM CHINNAPPA AND TN GODAVARMAN THIRUMALPAD V UNION OF INDIA & ORS ; [2002] 4 LRI 521. *Adde.* sur la pertinence d'un usage contemporain des textes de la tradition hindoue, en matière de droits de l'homme, Surya P. SUBEDI, « Are the Principles of Human Rights « Western » Ideas ? An Analysis of the Claim of the « Asian » Concept of Human Rights

13 Cf. Les ouvrages précités note 9.

14 Sur ce mouvement, O. DE SCHUTTER, « Fonction de juger et nouveaux aspects de la vie privée : la notion de pleine reconnaissance », in D. Borillo (dir.), *Homosexualités et droit*, Puf, 1998, p. 66 *sqq.*

15 Cf. M. ONFRAY, *op. cit.*, p. 43. La même remarque peut être étendue à l'Orient, cf. R. VON GULIK, *La vie sexuelle dans la Chine ancienne*, préc.

16 P.V. KANE, *History of Dharmaśāstra*, 5 volumes en 8 tomes, Poona, 1930-1958.

compétente, et la justice n'était pas « retenue » par le pouvoir : nous ne pouvons donc retrouver les figures familières du législateur²¹ et du juge²², du moins telles que nous les connaissons²³ (ou imaginons ?). Pourtant, pour peu que l'on se détache d'une conception excessivement positiviste, il est indubitable que le droit hindou traditionnel existe, avec

ses critères de juridicité²⁴. Notamment, un tiers²⁵ est susceptible d'intervenir dans un litige pour rétablir le respect des règles, du *Dharma*, entre les parties – un tel recours est d'ailleurs un constat d'échec²⁶ : l'obéissance n'a pas été spontanée²⁷. L'on peut admettre que la potentialité de l'intervention d'un tiers²⁸ aux parties établit l'existence du caractère juridique des normes dans la tradition hindoue. Certes, les normes hindoues se meuvent constamment dans une zone grise entre des prescriptions impératives et sanctionnées, et d'autres plus incitatives ou dénuées de sanction séculière ; elles n'en sont pas moins animées d'un génie qui leur est propre²⁹. À titre d'exemple, le genre du conte judiciaire a pu se développer très fortement, et doit être pris au sérieux, intégré qu'il peut se retrouver à des recueils de véritables décisions³⁰. Le récent ouvrage de Werner F. Menski³¹ défend l'idée selon laquelle gît là l'expression du droit post-moderne, que le droit hindou reste parfaitement vivant, et que l'étude de ce système traditionnel hindou pourrait être une chance pour la compréhension du droit en général.

from the Perspectives of Hinduism», 30 *Cal. W. Int'l L.J.* 45 (1999) ; en matière de résolution de conflits, AALOK SIKAND, «Dharma: Seeking a Hindu Perspective on Dispute Resolution from the Holy Scriptures of the Mahabharata and the Bhagavad Gita», 7 *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 323 (2007) ; en matière de bioéthique, HARIPRIYA M. MANNAN, «Bioethics and Law Symposium Deconstructing Traditional Paradigms in Bioethics: Race, Gender, Class, And Culture: Death as Defined by Hinduism», 15 *St. Louis U. Pub. L. Rev.* 423 (1996), et d'une manière générale, WERNER F. MENSKI, *Hindu Law, Beyond tradition and modernity*, Oxford India Paperbacks, 2009 et S.K. PUROHIT, *Ancient indian legal philosophy, its relevance to contemporary jurisprudential thought*, Deep & Deep, 1994. L'existence de tribunaux remonterait jusqu'aux temps védiques, N. C. SEN-GUPTA, *Evolution of ancient Indian law*, University of Calcutta, Tagore law lectures, Eastern law house, 1950, p. 10.

21 J.D.M. DERRETT, «Quid possit antiquitas nostris legibus abrogare», the role of the jurist in ancient Indian law, in *Essays in classical and modern hindu law*, vol. I, p. 140, Universal book traders, 1995 p. 140. Posant que le droit indien ne peut se mouler dans la conception Austinienne, tout en gardant son caractère juridique, J.N. MOHANTY, «Dharma, Imperatives, and Tradition: Toward an Indian Theory of Moral Action», in *Indian Ethics, Classical Traditions and Contemporary Challenges*, Purushottama Bilimoria, Joseph Prabhu and Renuka Sharma eds, Ashgate, 2004, p. 57 s., spec., p. 75.

22 Le juge avant tout accompli un devoir religieux, J.D.M. DERRETT, «The concept of law according to Medhatithi, a pre-islamic indian jurist», in *Essays in classical and modern hindu law*, vol. I, p. 174, Universal book traders, 1995, spec. p. 181. Ce devoir est celui du souverain, A. D. MATHUR, *Medieval Hindu Law, Historical Evolution and Enlightened Rebellion*, Oxford, 2007, p. xvii. Sur les devoirs du souverain en général, NAHENDRA NATH LAW, *Aspects of Ancient Indian Polity*, Oxford, 1921. À titre d'exemple particulier, les *Nāradasmr̥ti*, Chap. 12, v. 76, disposent qu'il est du devoir du Roi de punir les unions sexuelles illicites, et que l'amende ainsi ordonnée est purifiée l'infraacteur.

23 Invitation est faite à découvrir un pluralisme des formes juridiques, à l'échelle du globe : W. MENSKI, *Comparative law in a global context, the legal systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2nd Ed., 2006, p. 82 et s. et 198.

24 Certains auteurs semblent forcer quelque peu le trait pour importer le critère de juridicité occidentale au système hindou, cf. K.R.R. SASTRY, *Hindu Jurisprudence, A study in historical jurisprudence*, Eastern Law house Private Ltd., Calcutta, 1961, p. 27.

25 Ce tiers peut être une assemblée locale, une guilde, un juge professionnel, ou le roi selon les *Nāradasmr̥ti*, Pr., chap. 1, v. 7. Sur le devoir des Rois d'octroyer protection à leur peuple, et de faire régner *Dharma*, PRIYA NATH SEN, *General principle of Hindu Jurisprudence*, Tagore Law lectures, Allahabad Law Agency, p. 30 : et *Vasīṣṭha Dharmasūtras*, 16.2-3.

26 *Nāradasmr̥ti*, Pr., chap. 1, v. 1-2.

27 R. DAVIS, *The spirit of Hindu Law*, Cambridge, 2010, p. 108.

28 D'ailleurs, ce tiers peut être un juge, ou un *guru*, ou le souverain, R. W. LARIVIERE, «Dharmasastra, custom, «real law» and «apocryphal» smritis», in *Dharma, studies in its Semantic, Cultural and Religious History*, P. Olivelle (dir.), p. 189, 2004, p. 201.

29 Admiratif envers les subtilités des Lois de Manou, J.-J. THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*, Bruylant, 1869, t. I, p. 76.

30 N. BALBIR, «Le genre du conte judiciaire ou l'enseignement de la norme juridique», in M.-L. Barazier-Billoret et J. Fezas (dir.), *La norme et son application dans le monde indien*, EFEO 2000, p. 11.

31 WERNER F. MENSKI, *Hindu Law, Beyond tradition and modernity*, Oxford India Paperbacks, 2009.

Les sources du droit hindou. Il n'est peut-être pas inutile de présenter les sources du droit hindou traditionnel³². Elles sont de cinq types, trois écrits, deux non écrits³³. Au sommet de la hiérarchie³⁴ se trouvent les Śruti, autrement dit les quatre Vedas, qui forment une loi révélée. Ensuite viennent les *smṛti*, qui sont d'origine humaine, écrits par des sages inspirés ; et parmi eux les *Dharmaśāstra*³⁵. Les *Manusmṛti* (les lois de Manou) sont parmi ces textes ceux qui ont le plus d'autorité, car il est dit qu'ils ont exprimé tout le sens des Vedas, et que Manou peut être identifié au géniteur de toute l'humanité³⁶. D'autres textes existent, pour certains plus détaillés que les *Manusmṛti* sur les rapports entre hommes et femmes, tels que les *Nāradaśmṛti*³⁷,

ou les *Yājñavalkyaśmṛti*³⁸. Les *sūtra* partagent la nature des *smṛti*³⁹ : l'on trouve des *Dharmasūtra*⁴⁰ tout comme l'on trouve les *Kāmasūtra*. Dernières de ses sources écrites, existent des commentaires et digestes. Parmi les sources non écrites, l'on trouve la coutume (*ācāra* et *sadacharas*), et, imposés par le colonisateur britannique (qui a administré le droit hindou sur le tard), les « principes of justice, equity, and good conscience ». En effet, le droit traditionnel ne devait être appliqué par les juridictions de la puissance coloniale qu'autant qu'il respectait ces principes, qui se sont, dès lors, mués en véritable source du droit pour l'application effective de ce droit⁴¹.

La place des Kāmasūtra par rapport au droit hindou. L'existence de normes proprement juridiques admise, l'on doit remarquer que, pour autant, les *Kāmasūtra* n'appartiennent pas formellement au *corpus* juridique du droit indien, constitué essentiellement des ouvrages sur le

32 Ces termes ne forment qu'un raccourci de langage : à proprement parler, dans la conception traditionnelle Hindoue, il ne peut s'agir que des sources de notre connaissance du droit, PRIYA NATH SEN, *General principle of Hindu Jurisprudence*, Tagore Law lectures, Allahabad Law Agency, p. 10. Sur ce que l'on peut nommer par convention sources du droit, en français, cf. R. LINGAT, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Mouton, 1967 ; D. ANNOUSSAMY, *Le droit indien en marche*, T. I, SLC, 2001, p. 15 *sqq.*

33 Encore que cette distinction ne doit pas être exagérée : La coutume immémoriale est la principale loi approuvée par les Śruti, *Manusmṛti*, I, 180.

34 Ce terme ne doit pas s'entendre de l'idée d'une génération des normes suivant un principe de validité. Ce n'est pas des normes les plus hautes qu'il faut attendre le plus d'applications pratiques directes. Priya NATH SEN, *op. cit.*, p. 11. Adde. H. P. GLENN, *Legal traditions of the world, sustainable diversity in law*, Oxford University Press, 4th Ed., 2010, p. 292.

35 Le terme *śāstra* signifie traité. Parmi ces *śāstra*, l'on trouve les *sūtra*, en prose, issus de la tradition orale, et les *smṛti*, en vers, à la métrique régulière.

36 La filiation entre les *Manusmṛti* et Manou est évidemment symbolique. Cf. la première partie des *Manusmṛti*, débutant par un récit créationniste, *Lois de Manou*, traduit du sanscrit par A. Loiseleur-Deslongschamps, Librairie Garnier frères, 1939 (toutes les citations des *Manusmṛti* doivent être comprises comme des traductions d'A. Loiseleur-Deslongschamps). Pour une étude linéaire de ce texte, Justice M. RAMA JOIS, *Ancient Indian Law, Eternal values in Manu Smṛiti*, Universal Law Publishing Co., 2002.

37 The *Nāradaśmṛti*, critical edition and translation R.W. Lariviere, Mitilal Banarsidass, 2003. Pour d'autres textes encore, *Āpastamba Dharmasūtra*, *Gautama Dharmasūtra*, *Baudhāyana Dharmasūtra*,

Vasiṣṭha Dharmasūtra, P. OLIVELLE, *Dharmasūtra, The Law Codes of Ancient India*, Oxford World's classics, 1999.

38 Ce texte est publié, assorti des traditionnels commentaires et gloses, de la sorte : *Yājñavalkya Smṛti*, with the commentary of Vijñāneśvara called the *Mitākṣarā* and notes from the gloss of Bālaṃbhaṭṭi, Book 1, The *Āchāra Adyāhāya*, Allahabad, 1918 (ces commentaires et sous-commentaires sont fréquents dans le droit hindou ; ici, le *Smṛti* est daté entre le 3^e et le V^e siècle, le commentaire serait du XII^e siècle, le sous-commentaire de la toute fin du XVIII^e siècle).

39 K.R.R. SASTRY, *op. cit.* p. 35.

40 P. OLIVELLE, *Dharmasūtra, The Law Codes of Ancient India, Oxford World's classics*, 1999.

41 Sur cette clause et ses effets néfastes pour la science du droit hindou, M. GALANTER, *Law and society in Modern India*, Oxford University Press, 1997, p. xiv ; en réalité, cette formule a surtout servi à tordre le droit hindou pour acculturer le droit anglais, cf. K.R.R. SASTRY, *op. cit.*, p. 277. D'une manière générale, sur la critique postcoloniale appliquée et l'évolution du droit hindou, W. F. MENSKI, *op. cit.*, p. 209 *sqq.* ; et, fustigeant l'habitude prise de faire démarrer l'histoire juridique de l'Inde à l'établissement de L'East India Company, M.P. SINGH, *Outlines of Indian legal & Constitutional History*, Universal Law Publishing Co., 8th Ed., 2006. Pour une étude approfondie de l'administration des *śāstra* par le colonisateur britannique, J. DUNCAN M. DERRETT, *Religion, Law and the State in India*, Faber and Faber, London, 1968, p. 225-320.

*Dharma*⁴² – ils ne peuvent toutefois en être séparés radicalement⁴³, car appartenant à la même tradition, suspicieuse par nature aux concepts d'altérités. Il est acquis que les *Kāmasūtra* ont un contenu normatif. En tant que discours sur le sexe et le plaisir, ils ne peuvent être étrangers à une logique de pouvoir⁴⁴. En tant que règles codifiant nombre d'activités autres⁴⁵, ils en participent tout autant. Pour cette raison, ils participent des contrôles sociaux. Ils existent à la marge de la sphère normativo-juridique, il s'agit de règles que l'on pourrait qualifier d'ambijuridiques, si l'on nomme ainsi ce qui est périphérique au droit, qui en est donc très proche sans pour autant en partager la nature. À proprement parler, il ne s'agit pas de non-droit⁴⁶, l'extériorité et l'indifférence de celui-ci à l'égard du droit n'étant pas présentes; l'on pourrait dire que l'ambijuridique se trouve à la frontière du juridique et de l'extrajuridique, frontière floue au demeurant⁴⁷. Ce qui est ambijuridique se veut normatif, sans être à proprement parler du droit. Il s'agit très certainement d'une qualification possible des *Kāmasūtra*.

Les *Kāmasūtra* ne sont donc pas un texte juridique, mais peuvent-ils servir d'introduction au droit hindou? La réponse à une telle question doit être affirmative. Les normes

posées par ce texte font écho à d'autres qui sont portées par des textes appartenant incontestablement au système normatif. La puissance de cet écho est renforcée par le fait que, dans des dispositions préliminaires, les *Kāmasūtra* prennent soin de se situer par rapport à ces autres textes⁴⁸. D'un point de vue substantiel, les *Kāmasūtra* offrent donc une vision, certes parcellaire, de règles juridiques exprimées ailleurs. Surtout, et là est le plus important, ils portent en eux la subtilité déroutante des normes hindoues: un mélange de prescriptions et d'énumérations très rigides dans leur énoncé, et qui se révèlent, par les multiples distinctions et adaptations proposées, très souples dans leur mise en œuvre. En outre, dans leur rédaction même, la stylistique n'est pas différente de celle des textes plus évidemment juridiques.

Il n'est pas rare que dans les *Kāmasūtra* se trouvent des énoncés qui contredisent plus ou moins directement quelques règles de textes qui semblent plus directement constituer le corps du droit hindou. Ces variations sont en réalité inhérentes au système juridique hindou. Elles existent au sein des textes juridiques mêmes – d'ailleurs, le fait qu'une règle soit présente dans un texte ne doit pas conduire à estimer qu'elle était effectivement appliquée. Bien souvent, un auteur à qui est reconnue l'autorité nécessaire pour formuler des règles de droit annonce explicitement qu'il s'écarte de l'opinion admise par d'autres: ce procédé se retrouve tant dans les *Kāmasūtra* que dans des ouvrages sur le *Dharma*. En outre, les règles d'interprétations sont déroutantes pour le juriste occidental⁴⁹. Ces

42 Cf. *infra*.

43 Jean Papin, dans son introduction à l'édition de Zulma, relève, p.23, que les *Kāmasūtra* sont «très caractéristiques de l'orthodoxie védique et du brahmanisme coutumier, emprunts du plus rigoureux classicisme et très proches des *Dharmaśāstra* ou Lois de Manu, véritable code religieux, juridique et moral de l'Inde».

44 Le mot pouvoir, sans majuscule, devant être entendu, non au sens institutionnel, mais dans celui d'un réseau de rapports de forces au lieu de leur exercice, cf. M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, t. 1, *La volonté de savoir*, précité, p. 117-128.

45 Ces activités vont jusqu'aux règles d'hygiène ou d'utilisation de plantes médicinales, prescriptions qu'ils partagent avec de nombreux autres textes, cf. P.V. KANE, *History of Dharmaśāstra*, vol. II part. II, Poona, 1941, p. 734.

46 J. CARBONNIER, *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e Éd., 2001, p. 38.

47 Sur le flou de cette frontière, G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique, Méthodes du droit*, Dalloz, 2007, p. 122. Adde. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Armand Colin, 1972, p. 121 *sqq.*

48 Cf. *infra*. D'ailleurs, pour cette raison, J. FEZAS débute, par les prolégomènes des *Kāmasūtra*, son étude sur «Faute et expiation dans les textes normatifs sanskrits», *Droit et cultures* 37 – 1997/2, p. 7.

49 Ainsi, l'on doit distinguer entre les textes obligatoires, ceux qui sont quasi-obligatoires et ceux qui ne sont pas obligatoires; un ordre doit être respecté dans l'application; dans certains cas, des répétitions ont été volontairement évitées; certains textes doivent être adaptés, voire écartés; cf. K.R.R. SASTRY, *op. cit.* p. 67. En outre, le droit ne peut être tiré du texte qu'après une interprétation herméneutique menée selon l'idée que le droit est nécessairement subordonné à la recherche éthique du bien, cf. RONALD R. DAVIS, *The spirit of Hindu Law*, Cambridge, 2010, spec. p. 169. Des changements majeurs, tels que l'abolition de la peine de mort, peuvent se faire par un seul changement d'interprétation:

variations ont débousolé les fonctionnaires et magistrats britanniques chargés de rendre la justice en suivant de telles règles – encore aujourd'hui, elles font douter du statut exact du droit hindou. Pourtant, un parallèle peut là encore être fait avec le pandectisme⁵⁰ : dans l'un et l'autre cas, une multitude d'autorités se sont complétées, voire contredites, au cours d'une période couvrant plusieurs siècles. Seule une recherche de jurisprudence – au sens de science du droit – permet de donner la solution à un litige, de connaître l'état du droit. L'on signalera, çà et là, les divergences entre les textes des *Kāmasūtra* et ceux d'ouvrages plus « juridiques ». Loin de disqualifier les *Kāmasūtra*, des divergences illustrent le fonctionnement d'une société dans laquelle devoirs religieux, devoirs séculiers, ou poursuite du bien en général ne sont pas dissociés⁵¹.

La complémentarité entre les *Kāmasūtra* et d'autres textes hindous se révèle encore en ce que s'ils contiennent des prescriptions relatives aux pratiques sexuelles, et à d'autres domaines de la vie en société, ils ne contiennent pas de dispositions que l'on qualifierait de « pénales ». Les prohibitions énoncées trouvent leur sanction dans d'autres textes. Par exemple, les *Manusmṛti* dressent une hiérarchie des infractions, parmi laquelle l'on trouve plusieurs infractions de nature sexuelle ou du moins matrimoniales⁵².

J. FEZAS, « Du bon usage des textes normatifs : l'abolition de la peine de mort au Népal en 1931 », in M.-L. Barazier-Billoret et J. Fezas (dir.), *La norme et son application dans le monde indien*, EFEO 2000, p. 23.

50 Osant même le parallèle entre Manou et Papinien, en raison de la prévalence de leur opinion, H. P. GLENN, *Legal traditions of the world, sustainable diversity in law*, Oxford University Press, Ed., 2010, p. 293.

51 Sur cette absence de distinction, PRIYA NATH SEN, *General principle of Hindu Jurisprudence*, Tagore Law lectures, Allahabad Law Agency, p. 4-6.

52 *Manusmṛti*, XI, 54 sqq : parmi les crimes du plus haut degré, l'on trouve : commettre un adultère avec la femme de son père naturel ou spirituel ; est presque égal à ce crime le commerce charnel avec des sœurs de sa mère, des jeunes filles, des femmes de la plus vile des classes mêlées, ou avec les épouses d'un ami ou d'un fils ; sont des crimes secondaires le fait de laisser son jeune frère se marier alors qu'on est l'aîné, ou prendre femme avant son frère aîné lorsqu'on est le cadet, ou donner sa fille dans de telles circonstances ; souiller une jeune fille, vendre une femme, vivre du métier honteux d'une femme, folâtrer avec des femmes

Les *Kāmasūtra* peuvent donc être lus comme une introduction au droit hindou, à la condition de ne pas être dissociés des autres textes de la tradition indienne.

I. Présentation des Kāmasūtra

Le trivarga⁵³ : Artha, Dharma, Kama. Le préambule des *Kāmasūtra*⁵⁴ débute par un hommage à *Dharma* (le devoir), *Artha* (la richesse) et *Kāma* (le plaisir), qui est l'occasion de rappeler l'origine du système normatif hindou. Selon une explication reprise par le préambule, les règles de vie sont données aux hommes par *Prajāpati*, le dieu des créatures, en cent mille versets, et se déclinent selon les trois valeurs que poursuit l'homme pendant son séjour sur terre : *Dharma*, *Artha*, *Kāma*. Ces valeurs inspirent et guident la conduite des hommes, qui doivent se tourner vers la réalisation du salut, de la libération, *Moksha*⁵⁵. Du point de vue

ivres, sont encore des crimes secondaires. La pénitence pour le premier de ces crimes commis en connaissance de cause, comme souvent en droit hindou ancien, ne se distingue guère d'une peine ; il s'agit d'une alternative : soit le condamné, en proclamant à voix haute son crime, s'étend lui-même sur un lit de fer brûlant, et embrasse une image de femme rougie au feu ; soit il se coupe lui-même le pénis et les bourses et, les tenant dans sa main, marche vers la région de Nirriti ; dans les deux cas, la mort consécutive le purifie (*Manusmṛti*, XI, 103-104 ; voir aussi *Āpastamba Dharmasūtra*, I, 25, 1-2 ; *Gautama Dharmasūtra*, 23, 8 ; *Baudhāyana Dharmasūtra*, II, 1.13-15). Encore qu' *Āpastamba* relate une opinion réprouvant ces peines, car se tuer est un péché (I, 28, 15) (sur la prohibition du suicide, *Vasiṣṭha Dharmasūtras*, 23, 14). Les autres crimes appellent des pénitences particulières (*Manusmṛti*, XI, 170 et s.). Encore que la récitation des prières peut absoudre même celui qui a commis le crime le plus grave (*Manusmṛti*, XI, 251). De telles fautes, non expiées, entraînent des châtiments dans les naissances suivantes, *Vasiṣṭha Dharmasūtras*, 20, 43-44.

53 « les trois buts ou moteurs de l'activité humaine », cf. R. LINGAT, *prec.*, p. 177 et p. 19 :

54 Sur ce récit, P.V. KANE, *History of Dharmaśāstra*, vol. I, Poona, 1930, p. 123.

55 MAHENDRA PAL SINGH, « Les Droits de l'Homme dans la tradition indienne : un modèle alternatif », *Jurisprudence- Revue Critique* 2011, p. 327 (traduit de « Human Rights in the Indian tradition : an alternative model », 2 *NUJS L. Rev.* (2009), p. 147. *Adde.* W. MENSKI, *op. cit.*, Oxford India Paperbacks, 2009, p. 97. Toutefois, *Kāma* n'est pas absolument nécessaire pour la libération : *Manusmṛti*, V, 159.

de la « source » (divine et révélée à des sages éclairés), l'on ne peut donc, encore une fois, distinguer formellement les ouvrages sur *Kāma* de ceux sur *Dharma* (ces derniers étant perçus comme les réceptacles privilégiés des normes) : ils ont une origine divine sacrée⁵⁶ ; ils suivent le même cheminement pour être mis à disposition des hommes, par des règles claires. Les deux (et avec *Artha*) participent d'un « devoir être » menant à la libération. Quelques apophtegmes conclusifs de Vātsyāyana peuvent être cités pour illustrer ce lien entre les valeurs terrestres :

« Celui qui connaît cette science d'amour agit dans le monde en honorant les valeurs fondamentales *Dharma*, *Artha*, et *Kāma*. Il conforme sa propre nature aux enseignements des Écritures, les *śāstra*, et n'est plus le jouet de ses passions [...]. Celui qui a le souci de *Dharma*, d'*Artha*, et de *Kāma* participe personnellement au maintien de l'univers et fait obstacle au chaos ».⁵⁷

Dharma est étymologiquement ce qui maintient, ce qui soutient⁵⁸, l'ordre de l'univers comme les actions humaines (les deux n'ont d'ailleurs pas à être distingués). Au *Dharma* appartient ce que nous nommerions le plus volontiers « droit » (certains défendent que l'on serait alors plus proche du *fas* que du *ius*⁵⁹). Les versets donnés aux hommes relatifs au *Dharma* ont été consignés, selon Vātsyāyana, par Manou.

56 D'ailleurs, les « Lois de Manou, traité sur le *Dharma* », apparaissent de manière éloquente dans le premier tome de : *Les livres sacrés de toutes les religions sauf la Bible*, traduits ou revus et corrigés par MM. Pauthier et G. Brunet ; publiés par M. l'abbé Migne, Paris : les Ateliers catholiques, 1858-1866.

57 Section 7, Chap. 2.

58 K.L. SESHAGIRI RAO, « Practitioners of Hindu Law : Ancient and Modern », 66 *Fordham L. Rev.* 1185 (1998) ; J.N. MOHANTY, « Dharma, Imperatives, and Tradition : Toward an Indian Theory of Moral Action, in Indian Ethics », in *Classical Traditions and Contemporary Challenges*, Purushottama Bilimoria, Joseph Prabhu and Renuka Sharma (dir.), Ashgate, 2004, p. 57. Les sens de ce terme sont en réalité bien plus nombreux : il s'agit du devoir, religieux comme civil, de la droiture, de la bonté, et même du serment (J. FEZAS, « Ordales et serments au Népal, des pratiques coutumières au droit écrit », in *Droit et cultures* n° 22 – 1991, p. 33 *sqq.*, spec. p. 43).

59 N. C. SEN-GUPTA, *Evolution of ancient Indian law*, University of Calcutta, Tagore law lectures, Eastern law house, 1950, p. 4.

Les textes relatifs au *Dharma* sont les *Dharmaśāstra*, le premier étant le traité (*smṛti*) de Manou (*Manusmṛti*), complété par d'autres traités, notamment ceux attribués à Yājñavalkya, à Nārada, ou encore à Viṣṇu. Chaque *smṛti* a été l'objet de commentaire, et l'œuvre considérable relative au *Dharma* a été systématisée dans des digests thématiques. *Artha* concerne la richesse matérielle, et ce que nous nommerions l'économie politique⁶⁰. Selon Vātsyāyana, c'est à Bṛhaspati qu'est revenue la tâche de compiler les versets relatifs aux possessions terrestres. Les *Kāmasūtra*, bien que traitant avant tout de *Kāma*, n'ignorent en rien *Dharma* et *Artha* : les prescriptions qui y sont faites doivent mener aux trois à la fois – du moins dans la mesure du possible⁶¹. Ce n'est d'ailleurs que lorsqu'une contradiction existe entre la recherche de *Kāma* ou d'*Artha* et celle de *Dharma*, que les règles de *Dharma* doivent prévaloir⁶². En d'autres termes, chaque fois que cette contradiction n'existe pas, les normes de *Kāma* ou d'*Artha* sont tout autant à respecter que celles de *Dharma*.

Kāma, le plaisir des sens, l'amour (entendu comme charnel) a été dévolu à Nandi, qui, avec l'assistance de Mahādeva, a rédigé en mille chapitres les *Kāmasāstra*. L'ouvrage a été réduit par Shvetaketou en des *Kāmasūtra* de cinq cent chapitres, qui ont par la suite été abrégés par Bābhavya en cent cinquante chapitres, regroupés en sept parties. Certaines ont par la suite été rédigées à nouveau par différents auteurs, et Vātsyāyana, remarquant que l'étendue et la dispersion de ces *sūtra* rendaient leur lecture bien ardue, a entrepris de rédiger les *Kāmasūtra* en un seul volume et quarante-quatre chapitres⁶³ (les précédents

60 J.D.M. DERRETT, « Rulers and Ruled in India », in *Essays in classical and modern hindu law*, vol. I, Universal book traders, 1995 p. 52

61 À titre d'exemple, Section 4, Chap. 1 *in fine*.

62 R. LINGAT, *ibid.*

63 Une telle réduction est également rapportée concernant les ouvrages du *Dharma*, The *Nāradaśmṛti*, critical edition and translation R.W. Lariviere, Motilal Banarsidass, 2003, Prolegomena.

ouvrages sont perdus). Des commentaires des *Kāmasūtra* ont ensuite été publiés⁶⁴.

Kāma est défini au second chapitre des *Kāmasūtra*, comme une sensation de plaisir issue de la coïncidence entre un organe sensoriel et un objet sensible. Les trois valeurs, *Dharma*, *Artha*, *Kāma*, sont hiérarchisées dans cet ordre : *Dharma*, est préférable à *Artha*, qui est lui-même préférable à *Kāma*⁶⁵. Plus précisément, ces trois buts sont « hiérarchisés, interdépendants et inséparables »⁶⁶. Toutefois, les courtisanes, parce que leur métier est de donner du plaisir, doivent préférer *Kāma* aux autres valeurs. L'on retrouve ici l'écho du commandement de la Bhagavad-Gītā⁶⁷, qui est fondamental dans la société indienne traditionnelle : chacun a une tâche particulière dans la société, il se doit de l'acquiescer impérativement. En droit hindou en général, les règles ne sauraient avoir une portée réellement absolue, et doivent toujours être adaptées en fonction du destinataire de la règle.

L'Inde est terre de contrastes, et parmi les objections auxquelles Vātsyāyana répond pour défendre son ouvrage⁶⁸, la plus sérieuse est certainement celle selon laquelle la poursuite de *Kāma* est un obstacle à celle de *Dharma* et *Artha*. La réponse est celle-ci : « les plaisirs sont aussi nécessaires que la nourriture et donc légitimes. En outre, ils découlent de la pratique d'*Artha* et de *Dharma* et demandent une cer-

taine modération »⁶⁹. De la sorte, sont légitimées l'absence de contrariété, et la complémentarité, entre les ouvrages que nous qualifierions de juridiques et les *Kāmasūtra*.

La recherche de *Kāma* est formulée en termes impératifs : une jeune fille qui a plusieurs bons partis doit choisir l'homme qu'elle croit le plus docile et « le plus apte à la faire jouir »⁷⁰. En revanche, il est permis, et même encouragé, de renoncer à *Kāma*, ce que le jeune *Brāhmaṇa* (de la caste des prêtres) doit faire pendant la période de sa vie nommé *Brahmacharya*, consacrée à l'étude⁷¹. Certains ascètes prononcent le vœu de respecter de manière permanente les règles de chasteté de cette étape, dans un but de pureté absolue⁷².

L'injonction à l'étude des *Kāmasūtra*. Le chapitre trois des *Kāmasūtra* enjoint aux hommes et aux femmes (si toutefois, lorsqu'elles sont mariées, leur mari y consent) de les étudier, tout comme les autres sciences (encore que la pratique vaille mieux que les discours, en matière de *Kāma*⁷³). La question de l'accès des femmes aux *Kāmasūtra* est délicate, car certains savants leur interdisent l'étude en général. L'auteur des *Kāmasūtra*, quant à lui, s'oppose à cette mise à l'écart, estimant que *Kāma* lui-même se révèle aux femmes. Les jeunes femmes doivent donc étudier ces textes, et s'initier à la pratique amoureuse sous l'égide d'une initiatrice à l'érotisme. En outre, elle doit se familiariser avec les soixante-quatre arts⁷⁴ (*kalās*), dont la liste est donnée ; l'inventaire va du chant à la gymnastique, en

64 Le traducteur de la version anglaise servant de base à l'édition de l'UGE – donc la première traduction – relève que l'ouvrage original était rédigé dans un sanskrit très vieux et très obscur, qu'il aurait été difficile de déchiffrer sans le secours d'un Commentaire, intitulé Jayamangla ou Sutrabashya, p. XVII

65 P.V. KANE, *History of Dharmaśāstra*, vol. II part. I, Poona, 1941, p. 9.

66 J. FEZAS, *Faute et expiation*, préc., p. 10.

67 *Bhagavad-Gītā*, traduit du sanscrit par E. Sénart, Les Belles lettres 2004, XVIII, 47 : « Mieux vaut accomplir, fût-ce médiocrement, son devoir propre qu'assumer, même pour l'accomplir en perfection, la tâche qui appartient à un autre. On ne contracte aucune tâche à remplir le devoir que sa nature assigne à chacun ».

68 Section 1, Chap. 2.

69 Édition Zulma, p. 49. Le texte de l'édition UGE évoque « la modération » et « la prudence » à apporter dans les plaisirs.

70 Section 3, Chap. 4, ed. Zulma.

71 Sur les quatre périodes de la vie, ou les quatre *āśrama*, et les obligations afférentes, cf. MAHENDRA P. SINGH, Cette revue, 2011, p. 308. Sur les obligations de l'étudiant, *Manusmṛiti*, II. Sur la sanction de ses obligations de chasteté, l'obligeant à pénitence et sacrifice pour toute « émission volontaire de la semence », *Manusmṛiti*, XI, 120.

72 Le Mahatma Gandhi a formé ce vœu à 38 ans, alors qu'il était marié. Cf. son *Autobiographie ou mes expériences de vérité*, Puf, et D. LAPIERRE, *Cette nuit la liberté*, Pocket.

73 Section 2, Chap. 10.

74 Le nombre de soixante-quatre revient aussi dans les *Kāmasūtra*, comme nombre des pratiques connues des experts en *Kāma*. Il faut

passant par la danse, la calligraphie, la préparation des parfums, les tours de magie, la lecture, la dialectique, l'architecture, la connaissance de la médecine âyurvédique, les combats de coqs, la connaissance des langues étrangères, les jeux d'adresse, les bons usages et la stratégie militaire⁷⁵. Ces quelques exemples montrent assez que Vātsyāyana ne voit pas la femme comme passive et cantonnée à des rôles secondaires, dans la vie comme dans l'amour⁷⁶, et que si la tradition indienne a pu conduire à un certain déclassement des femmes, celui-ci est postérieur à la période des *sūtra*⁷⁷. La maîtrise de ces arts donne à une courtisane le haut rang de *ganika*⁷⁸, à une femme la préférence exclusive de son mari parmi mille autres, et à une femme mariée l'assurance de vivre dans l'aisance, même à l'étranger, si jamais elle était rejetée par son mari. Les hommes qui souhaitent conquérir les cœurs féminins sont invités à posséder ces mêmes arts. Si ceux-ci s'avèrent insuffisants, les *Kāmasūtra* préconisent de s'en remettre aux secrets de magie, soit pour améliorer son apparence, soit pour ensorceler autrui⁷⁹.

II. Normes extrasexuelles extraconjugales

L'honnête homme. L'honnête homme est celui qui maîtrise les soixante-quatre arts, et qui a acquis des biens.

également connaître ses pratiques, mais manifester de manière plus discrète leur maîtrise, cf. Section 3, Chap. 3.

75 Les *Kāmasūtra* se complaisent en longues énumérations, dressant une fresque pittoresque de la vie dans l'Inde ancienne. D'une manière générale, nous n'illustrerons nos propos qu'à l'aide de quelques exemples choisis.

76 Voyez ainsi comme elle peut avoir, par des baisers notamment, un rôle de sollicitation, Section 2 chap. 3.

77 P.V. KANE, *History of Dharmaśāstra*, vol. I, Poona, 1930, p. 367 s'appuie justement sur ce passage des *Kāmasūtra* pour étayer son propos. Adde. W. DONIGER, *The Hindus: An alternative history*, Penguin press, 2009, insistant tout au long de son ouvrage sur l'éminent rôle des femmes dans l'histoire de la culture hindoue.

78 L'équivalent hindou des geisha japonaises.

79 Section 7. Les buts de l'utilisation de la magie sont très variés : attacher l'autre ou s'en détacher, améliorer ses performances... Se rendre maître d'autrui par la magie est toutefois un crime secondaire pour les *Manusmṛiti*, XI, 63.

Il peut donc organiser sa journée pour prendre soin de sa personne, et mettre en œuvre, successivement, nombre de ces arts. Au soir de sa journée, sa posture est celle de l'attente de « la venue de celle qui, gagnée à sa cause, passera la nuit avec lui »⁸⁰. Il peut éventuellement dépêcher une confidente – jamais aller chercher lui-même sa compagne. Les *Kāmasūtra* enjoignent à l'honnête homme de se tenir loin des groupes qui se tiennent en marge ou en opposition à la société, et de vivre en conformité avec les lois reconnues par la grande majorité des citoyens, en ne s'adonnant qu'aux plaisirs autorisés⁸¹.

Les rencontres. Les affaires, les fêtes religieuses, les pèlerinages, les mariages, les funérailles, les déplacements sont l'occasion de rencontres. Le commerce en vue du mariage implique les hommes autant que les femmes⁸². Nombre d'attitudes sont prescrites pour éveiller l'attention de la personne convoitée et lui faire connaître ses intentions, le recours aux entremetteuses n'étant pas exclu⁸³. D'ailleurs, les étreintes commencent, selon les *Kāmasūtra*, par le simple frôlement, par le seul contact physique entre deux corps⁸⁴. Les rencontres, si elles sont répétées, ne sont pas innocentes ; il est réprouvé qu'une femme accepte des rendez-vous mais ne cède jamais aux avances : une honnête femme se doit soit de refuser les rendez-vous, soit de céder⁸⁵.

III. Normes extrasexuelles conjugales

Choix de l'épouse. La société indienne est divisée en quatre *varna* (castes, littéralement, « couleurs »), les Brāhmaṇa (prêtres), les *Kṣatriya* (soldats, mais aussi dirigeants), les *Vaiśya* (agriculteurs, commerçants, artisans), les *Sūdra* (qui servent les trois autres *varna*). L'épouse doit, selon les *Kāmasūtra*, pour que le mariage apporte *Dharma* et *Artha*, être choisie parmi les jeunes vierges de la caste

80 Section 1, Chap. 4, ed. Zulma.

81 Section 1, Chap. 4.

82 Section 3, Chap. 4.

83 Section 5, Chap. 2.

84 Section 2, Chap. 2.

85 Section 5, Chap. 2.

de l'époux⁸⁶. Sur un tel point, les *Manusmṛti* sont moins rigoureux : l'on peut épouser une femme de sa caste ou d'une caste inférieure⁸⁷. Outre des recommandations sur les critères d'honorabilité et de bonne santé de la future épousée, les *Kāmasūtra* disposent que l'homme doit être l'aîné de la femme de trois printemps au moins. Une industrie considérable doit être déployée par le garçon, ses parents et amis : toute une stratégie est décrite⁸⁸, qui ne ferait pas mentir Loysel⁸⁹.

S'il est envisagé qu'en principe, c'est à l'élément masculin de chercher à s'unir à une femme⁹⁰, en revanche, lorsqu'en raison de son absence de fortune ou de son statut d'orpheline une jeune fille est boudée par les hommes de sa caste, c'est à elle de rechercher activement un époux. Les prescriptions qui lui sont faites reprennent explicitement celles qui sont faites aux jeunes hommes, mais en sens inverse – à la seule différence qu'une jeune fille ne doit pas s'offrir elle-même. Sous quelques prétextes, elle doit résister avant de s'abandonner, dans une perspective de mariage prochain⁹¹.

Les lois de Manou complètent les commandements sur le choix de l'épouse : doit être évitée la consanguinité jusqu'au sixième degré⁹², les familles affectées de diverses tares⁹³, les femmes qui ont elles-mêmes des tares⁹⁴, ou celles

qui n'ont pas de frère⁹⁵. Les *Nāradaśmṛti* portent en outre l'ordre d'examiner l'époux avant le mariage, afin de s'assurer de sa virilité⁹⁶. Les *Yājñavalkyaśmṛti*⁹⁷ prescrivent un examen similaire de la femme, afin que l'homme soit certain de ne pas épouser un eunuque.

Consentement des conjoints. Très certainement, les *Kāmasūtra* s'inscrivent dans une tradition couramment décrite comme faisant peu de cas du consentement des futurs époux. Ce n'est certainement pas le consentement qui fait le mariage, tel que le christianisme l'a imposé aux droits occidentaux. Toutefois, le futur époux semble bien avoir, selon Vātsyāyana, le choix de son épouse, puisque divers conseils lui sont donnés pour faire un bon choix⁹⁸. De même, la future épousée a certainement un mot à dire. Un *śloka*⁹⁹ est d'ailleurs cité : « Une jeune fille ne sera jamais

95 *Manusmṛti*, III, 11 : La raison de cette prohibition est la suivante : des règles religieuses imposent que les descendants mâles honorent la mémoire d'une personne sur trois générations pour qu'elle obtienne le salut. L'homme sans postérité mâle a la faculté d'adopter un petit-fils, afin de ne pas briser cette suite de personnes obligées. Il est déconseillé d'épouser une femme qui n'a pas de frère pour éviter que le beau-père soit tenté d'adopter un petit-fils (cf. *Yājñavalkya Smṛti*, III, LII, ainsi que le commentaire et la glose afférents). Les *Nāradaśmṛti*, (Titles of law, Chap. 1, v. 4-5) rappellent que les hommes souhaitent avoir des fils, car ceux-ci payent pour eux les dettes sacrées comme les dettes séculières. La même raison justifie la règle de lévirat des *Nāradaśmṛti* (Chap. 12, v. 79 *sqq.*) : une femme qui devient veuve sans avoir donné de postérité à son mari doit connaître le frère de celui-ci jusqu'à ce qu'elle donne naissance à un fils, qui sera considéré comme étant le fils de son défunt mari. Il est précisé que dans de telles unions, le plaisir ne doit pas être recherché : les corps doivent être huilés, les visages détournés, les baisers évités, les rapports ne doivent avoir lieu que pendant la saison propice à l'enfantement (*Adde. Vasiṣṭha Dharmasūtra*, 17, 55 ; admettant la poursuite des relations jusqu'à deux descendants, *Gautama Dharmasūtra*, 18, 4-8). Le lévirat a été interdit en raison « de la faiblesse de la chair », trop prompt au plaisir, par les *Āpastamba Dharmasūtra*, II, 27, 2-7. Sur la filiation en droit hindou, D. ANNOUSSAMY, *Le droit Indien en marche*, vol. 2, SLC, 2009, p. 23.

96 *Nāradaśmṛti*, (Titles of law, Chap. 12, v. 8-13).

97 *Yājñavalkya Smṛti*, III, III

98 Section 3, Chap. 1 et 2.

99 Au sens premier, il s'agit d'une forme métrique de versification, principalement utilisée dans la poésie épique ; le terme a ici le sens d'adage.

86 Section 3, Chap. 1.

87 *Manusmṛti*, III, 12-17. Encore que l'union avec les femmes de la dernière caste est déconseillée, particulièrement en premières noces, et formellement interdite pour les Brāhmaṇa.

88 En prolongement de celle entre jeunes gens, Section 3 Chap. 4.

89 « En mariage il trompe qui peut », A. LOYSEL, *Institutes coutumières*, avec les notes d'E. de Laurière, Éd. Durand et Videcoq, 1846, Vol. 1, n° 105.

90 Section 3, Chap. 4.

91 Section 3, Chap. 4.

92 *Manusmṛti*, III, 5.

93 Celles qui négligent les sacrements, qui n'enfantent pas de mâles, dont les individus sont couverts de longs poils, ou affligés d'hémorroïdes, de phthisie..., *Manusmṛti*, III, 6-7.

94 Une fille qui aurait des cheveux rougeâtres, qui serait trop ou nullement velue, qui serait insupportable par son bavardage, qui a un prénom néfaste..., *Manusmṛti*, III, 8-9.

comblée si ses parents l'ont forcée, par cupidité, à prendre pour mari un homme aisé, sans se soucier de son apparence et de ses qualités [...]»¹⁰⁰, sans compter qu'il apparaît que des filles qui, «dans le passé, se sont mariées à des hommes qu'elles avaient elles-mêmes choisis dans leur propre caste [...] furent toujours heureuses»¹⁰¹. Vātsyāyana s'exclame même: «Un mariage réussi est toujours un mariage d'amour!»¹⁰². En outre, il est enjoint aux garçons de se faire apprécier de la jeune fille qu'ils épouseront peut-être un jour. En effet, «Qu'il soit pauvre et débordant de qualités, médiocre se faisant passer pour homme de bien, riche voisin ou dépendant de son père, de sa mère ou de ses frères, un homme ne peut prétendre au mariage s'il n'a eu soin de se faire apprécier de la jeune fille qu'il convoite, et cela dès son enfance»¹⁰³.

D'ailleurs, il est relevé par Ghoṭakamukha, l'auteur d'une section sur l'épouse dans un ouvrage précurseur des *Kāmasūtra* de Vātsyāyana, que les fiançailles d'adolescents¹⁰⁴ doivent être encouragées car elles permettent d'acquiescer le *Dharma*¹⁰⁵.

100 Section 3 Chap. 4, éd. Zulma.

101 Section 3, Chap. 5, éd. Zulma.

102 Section 3, Chap. 5, éd. Zulma.

103 Section 3 Chap. 3, éd. Zulma.

104 Le mariage des enfants ne date pas de la tradition la plus ancienne, cf. W. MĒNSKI, *Hindu Law...*, préc. p.326. Toutefois, les femmes devaient être mariées jeunes, car des textes (*Nāradaśmṛti*, Chap. 12, v. 26-27; *Baudhāyana*, IV, 1.12; *Bṛhaspatismṛti*, XXIV, 3) assimilent le fait de ne pas marier sa fille réglée à tuer un embryon à chaque période menstruelle. Pour *Baudhāyana Dharmasūtra*, IV, 1, 12, la peine prévue pour les avorteurs doit être subie par celui qui ne marie pas sa fille dans les trois ans après sa puberté. Et, pour les mêmes raisons, la peine est la même pour celui qui ne connaît pas charnellement sa femme pendant trois ans! (IV, 1, 17). Sur les pénitences que les avorteurs doivent respecter leur vie durant: *Āpastamba*, I, 28, 21. En outre, il est également écrit (*Baudhāyana Dharmasūtra*, I, 11, 4) que les rites funéraires ne sont pas prescrits (donc qu'une pleine personnalité n'est pas acquise, pour parler en termes occidentaux) lorsqu'un garçon meurt avant ses trois ans ou avant d'avoir des dents, et lorsqu'une fille meurt avant d'être mariée. En France, l'on peut rappeler que si l'âge du mariage est désormais de 18 ans pour les garçons et les filles, la «majorité sexuelle» est fixée à 15 ans depuis 1945, elle l'était à 13 ans par une loi de 1863, et à 11 ans par une loi de 1832.

105 Section 3 Chap. 3.

Célébration du mariage¹⁰⁶. Épouser signifie entrer dans le cadre du droit; il faut le faire conformément aux textes, dit Vātsyāyana¹⁰⁷, et se soumettre à une cérémonie particulière¹⁰⁸. Les lois de Manou prévoient huit formes de mariages¹⁰⁹. Vātsyāyana estime qu'il ne faut choisir que l'un des quatre mariages: *Brahma*, *Prājāpatya*, *Ārṣa* ou *Daiva*, les autres formes n'étant pas conformes; là encore, les *Kāmasūtra* sont plus restrictifs que les *Manusmṛti*¹¹⁰.

Pourtant, Vātsyāyana décrit le mariage de type *Gandharva*, le mariage d'amour par excellence, dans lequel les épousés s'aiment, et convolent sans en informer leurs parents. L'époux doit honorer le feu sacré, sacrifier à Agni, le dieu du feu, avec une herbe particulière, faire trois circumbulations. Ceci fait, le mariage est formé, les parents peuvent être informés, et Vātsyāyana conseille de se préparer à leur courroux¹¹¹! Cette forme de mariage est par-

106 Si le statut personnel hindou donne dans l'Inde contemporaine l'accès à des formes traditionnelles de célébration du mariage, il ne s'agit pas exactement de celles qui vont être décrites, cf. Hindu Marriage Act, 1955.

107 Section 3, Chap. 1.

108 Sur les rites de mariage, D. ANNOUSSAMY, *op. cit.* (t. I), p. 248.

109 *Manusmṛti*, III, 21 *sqq.*: le premier: un père accorde sa fille à un homme vertueux; le deuxième: un père accorde sa fille au prêtre qui officie; le troisième: un père accorde la main de sa fille, le futur époux offrant une vache et un taureau ou un autre couple semblable pour une cérémonie; le quatrième: le père marie sa fille en prononçant des formules rituelles; le cinquième: la fille est donnée contre des présents convenables; le sixième: le mariage d'amour entre une jeune fille et un jeune homme (Manou précise que cette union «née du désir a pour but les plaisirs de l'amour»); le septième: le rapt par la force d'une jeune fille qui résiste; le huitième: le ravissement d'une femme endormie ou enivrée. La valeur des enfants et la possibilité qui leur est accordée de libérer leurs ancêtres et descendants dépend du type de mariage. *Adde*. *Nāradaśmṛti*, Chap. 12, v. 38 *sqq.*; *Gautama Dharmasūtra*, 4.6.; *Yājñavalkya Smṛti*, III, LVIII. Le droit hindou contemporain ne les conserve évidemment pas toutes! cf. D. ANNOUSSAMY, *ibid.* et *Le droit indien en marche*, vol. 2, SLC, 2009, p. 37.

110 *Manusmṛti*, *ibid.*: tous les mariages sont licites, même si l'usage des deux derniers est formellement déconseillé; tous ne sont certes pas permis aux *Brāhmaṇa*, mais ils ont malgré tout le choix parmi six formes. Par ailleurs, les *Manusmṛti* s'opposent à la pratique de la dot (III, 51).

111 Section 3, Chap. 5.

ticulière, en ce qu'elle est insusceptible d'annulation, pour quelque cause que ce soit. Pour amener la jeune fille en présence du jeune homme, divers expédients sont présentés : de la persuasion au rapt, en passant par l'absorption de drogues. Les formes les plus violentes heurtent le *Dharma* ; mieux vaut s'en abstenir, mais il semble que la fin justifie assez facilement les moyens pour les *Kāmasūtra*.

Égalité des époux. Contrairement à une vision qui prônerait la dépendance de l'épouse vis-à-vis de son mari, et de sa belle-famille, qui imprègne d'ailleurs les *Manusmṛti*¹¹², les *Kāmasūtra* insistent sur l'équilibre qui doit exister entre les époux¹¹³. Vātsyāyana¹¹⁴ conseille tout autant de rejeter les alliances de domination (l'homme devient le domestique de sa femme et de la famille de celle-ci), que les alliances de soumission (la femme est tyrannisée par son mari et la famille de celui-ci). La véritable alliance n'existe qu'en l'absence d'esprit de domination. D'ailleurs, le statut de l'épouse était certainement meilleur pendant les premiers temps de la période hindoue, que sous la domination islamique ou britannique¹¹⁵.

112 *Manusmṛti*, V, 147 sqq : outre le fait que les règles sur la conduite des femmes appartiennent au même livre que les règles concernant l'impureté, ils disposent : « 147. Une petite fille, une jeune femme, une femme avancée en âge, ne doivent jamais rien faire suivant leur propre volonté, même dans leur maison. 148. Pendant son enfance, une femme doit dépendre de son père ; pendant sa jeunesse, elle dépend de son mari ; son mari étant mort, de ses fils ; si elle n'a pas de fils, des proches parents de son mari ou, à leur défaut, de ceux de son père ; si elle n'a pas de parents paternels, du souverain, une femme ne doit jamais se gouverner à sa guise ». Les *Nāradaśmṛti*, (Titles of law, Chap. 1, v.29-30) pose un système de dépendance, dans lequel seul le père de famille est véritablement indépendant chez lui, ce qui n'est pas sans rappeler le droit romain classique. Adde. *Vasiṣṭha Dharmasūtras*, 5.1-3.

113 D'ailleurs, les *Manusmṛti* disposent (III, 56-57) que « partout où les femmes sont honorées, les divinités sont satisfaites ; mais lorsqu'on ne les honore pas, les actes pieux sont stériles. Toute famille où les femmes vivent dans l'affliction ne tarde pas à s'éteindre ; mais lorsqu'elles ne sont pas malheureuses, la famille s'augmente et prospère en toutes circonstances ».

114 Section 3, Chap. 2.

115 K.R.R. SASTRY, *op. cit.*, p. 121. Le statut juridique de la femme en Inde est l'objet de très nombreuses études, les auteurs s'accordant sur les fluctuations dans l'histoire de ce statut, et sur le fait qu'aux temps

Rôle domestique de l'épouse. Les *Kāmasūtra* brossent un tableau du rôle domestique de l'épouse¹¹⁶ qui est très semblable à celui que Michel Foucault dépeint pour la Grèce antique¹¹⁷. L'épouse règne en maîtresse de maison : sa responsabilité englobe la propreté de la maison, le respect des règles concernant les divinités domestiques, l'abondance au potager, la nourriture ; le paiement des domestiques, la surveillance des champs et des animaux, la préparation et la conservation des alcools ; l'hospitalité. Elle doit se montrer avisée dans les achats de marchandises, attentive aux variations des cours. C'est à elle que revient la charge de calculer le budget du ménage. Lors des absences de son mari, elle doit redoubler d'efforts pour tenir la maisonnée, chercher à générer des bénéfices. La maison apparaît comme l'espace de liberté d'administration pour l'épouse ; seulement pour des actes de disposition (récompenses importantes aux domestiques), elle doit solliciter l'accord de son mari. Par contre, l'extérieur est un domaine dans lequel elle ne saurait agir sans avoir consulté son époux. En revanche, un point distingue sérieusement les *Kāmasūtra* d'autres textes : le but ultime du dévouement de l'épouse, c'est de plaire à son mari, de le maintenir attaché à elle, et non l'obéissance à un certain devoir.

La polygamie. La polygamie a été acceptée en Inde, que ce soit sous la domination hindoue ou mahométane – ce ne sont que les Britanniques qui ont souhaité mettre fin à cette pratique¹¹⁸. Il ne faut toutefois pas croire que le phénomène a jamais été très répandu, sauf peut-être dans les familles royales. Les *Kāmasūtra*¹¹⁹ évoquent les règles que chaque épouse doit respecter, en raison de l'ancienneté de

Védiques la femme était à tout le moins l'égale de l'homme : cf. entre autres N. JAYAPALAN, *Women Studies*, Delhi, 2000 ; MANJUSHREE, *The position of women in the Yājñavalkyaśmṛti*, Prachi, 1990.

116 Section 4, Chap. 1.

117 M. FOUCAULT, *L'usage des plaisirs*, préc., p. 169 sqq.

118 Le nombre maximum d'épouses est fixé selon la caste : de la plus élevée à la plus basse les *Baudhāyana Dharmasūtra* (I, 16, 1-5) fixent ce nombre à 4, 3, 2, 1 ; mais les *Vasiṣṭha Dharmasūtra* (I, 24) le déclinent ainsi : 3, 2, 1, 1.

119 Section 4, Chap. 2.

son mariage. Les raisons qui poussent à la polygamie sont, selon Vātsyāyana, la stupidité ou le mauvais caractère de la première femme, ou des infortunes comme la stérilité ou la naissance exclusive de filles (pour des questions religieuses, avoir une descendance mâle est absolument essentiel). Les *Kāmasūtra* ne traitent quasiment pas du divorce¹²⁰ ou de la séparation¹²¹ : l'on prend une autre épouse, mais on garde celle qui ne donne pas satisfaction ! D'autres textes prescrivent des pénitences, pour la femme qui abandonnerait injustement son mari comme pour le mari qui abandonnerait injustement sa femme¹²².

Vātsyāyana souffle le chaud et le froid sur le comportement des épouses entre elles ; s'il leur prescrit de se respecter, de s'honorer mutuellement, il leur donne aussi des techniques pour faire naître des querelles et les envenimer. En réalité, un seul mot d'ordre transparaît : chaque épouse doit manœuvrer habilement pour devenir ou rester la favorite de l'époux. Deux *śloka* illustrent cela¹²³ : « Celui qui est polygame doit traiter toutes ses épouses avec la même honnêteté, sans mépris ni excès d'indulgence pour leurs travers », « La jeune femme qui a maîtrisé son humeur et dont la conduite est conforme aux Écritures écrase ses rivales et subjugué son mari ».

La polygamie se transforme, lorsque l'époux est un souverain, en système de harem, monde réglé et clos : les femmes du harem échappent à tout travail pénible, mais n'ont pas la liberté de sortir de l'enceinte¹²⁴, les visites leur étant rendues n'étant qu'épisodiques¹²⁵. L'introduction –

risquée – d'un homme dans le harem – relativement souhaitable car ces dames sont potentiellement insatisfaites – suppose des précautions, le recours à des travestissements, des complicités ou à la corruption¹²⁶. Une recette est même donnée pour acquérir l'invisibilité ! Dans certaines régions, le harem est en fait plus ou moins officiellement ouvert aux *Brāhmaṇa*, voire à leurs amis.

Il est encore rapporté que – et cela contredit ouvertement les *Manusmṛti* – l'inceste est pratiqué dans certaines régions¹²⁷. Les fils du roi peuvent ainsi avoir un commerce charnel avec toutes les épouses de leur père, sauf leur mère. Les proches parents du roi peuvent être autorisés à faire de même.

Le remariage des veuves. L'imaginaire occidental penserait volontiers que les femmes, au décès de leur mari, sont, selon la coutume du Sati, systématiquement immolées sur le bûcher funéraire¹²⁸. Sans renier l'existence du phénomène, combattu avec plus ou moins de succès sous la domination britannique par le Sati Prevention Regulation Act (1829), il semble être une pratique postérieure aux *Kāmasūtra*, et en tout cas non systématique¹²⁹. Les *Kāmasūtra* évoquent le remariage des veuves – il peut être dû à la nécessité de conserver des moyens de subsister, mais aussi, tout simplement, pour chercher le bonheur¹³⁰ ! Il est possible que la veuve convolant une seconde fois ait des biens : elle a donc la possibilité de porter ses propres bijoux, de pourvoir aux dépenses des noces. Sa place parmi les femmes de la maison, si elles sont plusieurs, est particulière : la place de chacune est en principe fonction de l'an-

120 Les *Baudhāyana Dharmasūtra* (II, 4,6), non sans une pointe d'humour, estiment quant à eux qu'un mari peut renvoyer sa femme après dix ans si elle n'a pas donné d'enfants, après douze ans si elle ne donne que des filles, après quinze ans si tous ses enfants meurent, mais immédiatement si elle a la langue trop bien pendue.

121 Toutefois, Section 4, Chap. 2, il est envisagé que la veuve remariée quitte son nouveau mari : si elle le quitte volontairement, elle doit lui rendre tout ce qu'il lui a donné, sauf les « souvenirs de cœur » ; s'il la répudie, elle peut tout garder.

122 *Āpastamba*, I, 28, 19.

123 Section 4, Chap. 2 *in fine*, Éd. Zulma.

124 Section 4, Chap. 2 *in fine*.

125 Section 5, Chap. 5.

126 Section 5, Chap. 6.

127 Section 5, Chap. 6.

128 Pour une analyse rigoureuse, R. LEWINSHON, *Histoire de la vie sexuelle*, trad. L. Lamorlette, Payot, 1957, p. 37.

129 Alors même que les *Manusmṛti* sont hostiles au remariage des veuves (V, 156), ils ne leur prescrivent que la chasteté et la dévotion. Le dernier commentaire des *Yājñavalkya Smṛti*, (XVIII^e siècle) par Bālabhāṭṭi (III, LXXXVI), discute longuement la pratique du Sati (*Anugamana*), pour en conclure que l'on peut imaginer que la veuve suit son devoir autant en suivant son mari dans la mort, qu'en restant sur terre pour remplir ses devoirs.

130 Section 4, Chap. 2.

cienneté du mariage; la veuve remariée, alors même qu'elle serait la dernière épousée, est certainement d'un âge correspondant à celui de l'épouse « aînée », d'où son statut propre. Le remariage des veuves a pu faire débat dans des textes plus directement juridiques¹³¹. Du remariage des veufs, il n'est pas traité; il ne fait aucun doute que la pratique ne posait aucun problème.

IV. Normes sexuelles indépendantes du lien conjugal

Égalité des sexes. Des chapitres concernant l'union sexuelle des amants, il n'est guère d'aspects juridiques ou ambijuridiques à tirer. Sauf, à tout le moins, pour constater que Vātsyāyana défend, contre des doctrines contraires, une stricte égalité entre l'homme et la femme, ou du moins, un parallélisme certain dans le plaisir¹³². Ce parallélisme se traduit par le fait que des classifications entre les amants s'appliquent à la fois aux hommes et aux femmes. Le critère peut-être celui de la taille des organes génitaux (l'homme étant lièvre, taureau ou cheval selon la taille de son *liṅga*¹³³, la femme antilope, jument ou éléphant, selon la profondeur de son *yoni* – ce qui conduit, selon les conjonctions, à un plaisir modéré, violent, ou insignifiant)¹³⁴; ou encore de l'ardeur du désir : petite passion, moyenne passion, intense passion; ou enfin du temps passé à l'acte sexuel : partenaire rapide, modéré,

ou qui fait durer. Peu importe la catégorie à laquelle l'on appartient, c'est l'accord des partenaires qui compte.

Vātsyāyana réfute soigneusement les objections tendant à distinguer homme et femme sur l'intensité du plaisir, ou sur la différence de nature entre les fluides masculins et féminins. Par contre, cette analogie dans le plaisir n'occulte pas une soigneuse différenciation des rôles selon le sexe. Cette différenciation est toutefois parfaitement susceptible d'inversion : si l'amant se lasse, par goût personnel ou pour satisfaire la curiosité de son amant, une femme peut jouer le rôle de l'homme¹³⁵.

D'ailleurs, c'est à l'homme d'être attentif aux coutumes amoureuses, en raison des habitudes différentes des jeunes femmes de différentes provinces¹³⁶; suivant leur région, les partenaires sont décrites comme appréciant, ou non telle ou telle pratique érotique, ou comme ayant plutôt certains tempéraments ou particularités¹³⁷. Surtout, l'homme se doit d'être vigilant quant aux souhaits et réticences de sa partenaire, surtout s'il s'agit d'une toute jeune fille¹³⁸. Si le viol, qui est sanctionné par le droit hindou ancien¹³⁹ n'est pas expressément envisagé par les *Kāmasūtra*, c'est certainement parce que les étapes par lesquelles passe le commerce amoureux selon ce texte l'excluent évidemment.

La souffrance. Les *Kāmasūtra* traitent de la souffrance comme un effet de la quête du plaisir. Elle peut être due à une conjonction déséquilibrée entre un homme cheval

131 K.R.R. SASTRY, *op. cit.*, p. 124. Cf. les *Nāradaśmṛti*, chap. 12, qui admettent le remariage d'une femme lorsque le mari est disparu ou mort, lorsqu'il est devenu un ascète religieux (stade de renonciation de la vie), lorsqu'il est impotent, ou lorsqu'il a été déchu de sa caste.

132 Section 2, Chap. 1.

133 L'homme qui serait complexé ou soucieux du plaisir de sa partenaire a la possibilité d'essayer quelques recettes de magie pour faire grossir, de manière temporaire ou permanente, son *liṅga* – à moins qu'il préfère porter quelques objets de substitution s'utilisant seuls, éventuellement attachés à la ceinture, ou se positionnant sur le *liṅga*, ou encore en se perforant le pénis pour y introduire, avant le rapport, des objets tels que des anneaux ou des bâtons.

134 Selon Vātsyāyana, là réside l'un des freins à l'adultère féminin : la femme antilope craindrait la violence de la conjonction avec un amant cheval; ou la femme éléphant l'insignifiance de la relation avec un lièvre. Cf. Section 5, Chap. 1.

135 Section 2, Chapitre 8.

136 Cette précaution vaut dans tous les domaines : elle est inhérente à la culture hindoue, les Aryens suivant les Védas s'étant étendus dans des contrées qui n'étaient pas vierges de toute civilisation, cf. H. P., GLENN, *Legal traditions of the world, sustainable diversity in law*, Oxford University Press, 4th Ed., 2010, p. 307. Toutefois, les rapports avec des femmes non-aryennes sont interdits par certains textes *Āpastamba Dharmasūtra*, I, 27, 10, qui ne prescrit toutefois comme sanction que le fait de s'asseoir dans l'herbe jusqu'à attraper un coup de soleil dans le dos.

137 Section 2, chapitre 5.

138 Section 2, Chapitre 8, Section 5, chap. 2.

139 *Nāradaśmṛti*, Chap. 12, v. 70; la peine est de l'amputation de deux doigts, et de la mort si la victime est de la plus haute caste, et non le coupable.

et une femme antilope, ou à des pratiques telles que les griffures ou morsures¹⁴⁰. À ce propos, les marques laissées sur le corps de l'autre ont un double effet : conserver le souvenir du plaisir, et accroître le désir¹⁴¹. L'on ne trouve rien de semblable aux pratiques sado-masochistes dont l'appréciation de l'opportunité de la sanction remonte jusqu'à la Cour Européenne des Droits de l'Homme¹⁴². Néanmoins, il est envisagé que certaines morsures (une typologie détaillée des morsures est donnée) meurtrissent l'épiderme, voire laissent de véritables ecchymoses. Les *Kāmasūtra* notent que ces « pratiques particulièrement cruelles sont réservées aux tempéraments violents ». Cette précision met en lumière l'importance donnée à l'accord des tempéraments dans le choix des partenaires.

Là encore, Vātsyāyana refuse de considérer la femme comme soumise à l'homme dans le plaisir ; le chapitre des morsures se conclut, comme d'autres, par des *śloka*, dont on peut reproduire des passages :

« Si un homme hors de lui mord une femme avec violence et la blesse, elle ne doit pas se résigner mais lui rendre la pareille avec deux fois plus de rage. [...] Quand des amants agissent de la sorte, leur amour mutuel peut durer un siècle sans faiblir ! », ¹⁴³

Plus violent semble le chapitre¹⁴⁴ sur les coups que s'infligent les amants (toujours dans le cadre de la recherche du plaisir). La manière de frapper, et les zones du corps sur lesquelles l'on peut frapper sont définies, mais infliger la douleur est bien le but recherché. Les coups provoquent l'émission de sons particuliers – l'on connaît l'importance des *mantra* dans la culture hindoue. Ici aussi, hors de question que la relation soit unilatérale ; les coups sont portés réciproquement, tant par l'homme que par la femme.

Vātsyāyana refuse en revanche l'utilisation jugée cruelle, barbare et méprisante d'instruments comme des poinçons ou des coins de bois pour infliger la souffrance.

Règles de pureté. Vātsyāyana exprime son désaccord avec Suvarṇanābha, l'auteur d'un ouvrage précurseur des *Kāmasūtra*, sur la possibilité de s'accoupler dans l'eau : montrant certainement une évolution dans les règles de pureté, le plus récent considère comme non convenable cette pratique : elle souille l'eau¹⁴⁵. De même, parmi les recettes de magie, l'on doit s'abstenir de celles qui supposent le contact des choses impures, ou des lésions corporelles graves ou la mise à mort d'êtres vivants¹⁴⁶.

Les *Manusmṛti* expriment des règles plus précises, sur les moments opportuns pour connaître charnellement sa femme. L'on distingue les jours favorables à l'enfantement (et certains plutôt favorables à la naissance de filles ou de garçons), pendant lesquels il est enjoint au mari de s'approcher de sa femme ; les jours interdits, soit en fonction du cycle menstruel, soit en fonction des phases de la lune ; les autres jours, l'union est permise dans un but de volupté¹⁴⁷. Les *Vasiṣṭha Dharmasūtras*¹⁴⁸ attachent une impureté aux règles, pour des raisons mythologiques : elles sont la trace d'une sorte de péché originel d'Indra. Par contre, l'état de grossesse est parfaitement pur, et les relations sexuelles sont permises pendant ce temps.

La pureté s'envisage également, selon certains textes, des personnes avec lesquelles une relation est permise, selon le système des castes : si une femme d'une caste élevée s'unit avec un homme de la plus basse caste, le roi doit la faire dévorer par les chiens, et l'homme doit également être tué¹⁴⁹. En revanche, des relations symétriques (homme

140 Section 2, chap. 4-5.

141 L'on peut même pratiquer ces marques sur le corps d'une entremetteuse, pour émoustiller la femme que l'on cherche à séduire, cf. Section 5, Chap. 4.

142 CEDH, 6 juillet 2007, K.A. et A.D. c. Belgique, Requêtes n° 42758/98 et 45558/99.

143 Section 2, chap. 5, édition Zulma.

144 Section 2, Chap. 7.

145 Selon les *Manusmṛti*, V, 132-135 ; 173-174, toutes les cavités sous le nombril, ainsi que la liqueur séminale, sont impures, et l'union sexuelle dans l'eau est interdite, et exige pénitence.

146 Section 7, Chap. 1.

147 *Manusmṛti*, III, 45 sqq., *Adde Āpastamba Dharmasūtra*, 1.16-23

148 *Vasiṣṭha Dharmasūtras*, 5, 8 ; 28, 3 ; 12, 24.

149 *Gautama Dharmasūtra*, 23, 14-16. *Adde Vasiṣṭha Dharmasūtras*, 21, 1, qui, par contre, prévoit une purification de la femme par

d'une haute caste s'unissant à une femme de basse caste) sont en principe permises¹⁵⁰.

Droit de cuissage du souverain. La Tradition indienne du *Dharma* discourt plus des devoirs que des droits; plus élevé l'on est dans la hiérarchie sociale, plus forts sont les devoirs. Les souverains ont donc nombre de devoirs¹⁵¹, et sont particulièrement soumis au *Dharma*. Les *Kāmasūtra* le rappellent :

« Les rois et les hauts dignitaires n'ont pas accès aux demeures du peuple. En outre, leur vie publique et leurs fonctions les obligent à avoir une conduite irréprochable et exemplaire [...]. Ceux qui ont des charges officielles ne peuvent agir au gré de leurs envies ».¹⁵²

Néanmoins, il est aussitôt précisé que des expédients sont possibles ! Les villageoises peuvent ainsi être obtenues sur simple demande, de même que les femmes qui rendent visite aux épouses du harem (dans un tel cas, le roi doit chercher, par une intermédiaire, le consentement de l'élue). Un peu plus expéditive est la méthode par laquelle le roi fait arrêter et enfermer le concubin ou l'époux de la femme qu'il désire, au besoin sous de fausses accusations !

Un véritable droit de cuissage existerait, selon Vātsyāyana, dans certaines contrées : les jeunes épousées passant un temps au harem du roi, avant d'être congédiées. Néanmoins, un *śloka* vient rappeler que le roi conquiert de la grandeur à maîtriser ses désirs, et à ne pas convoiter les femmes d'autrui.

La question des unions « contre nature »¹⁵³. Le droit indien contemporain garde en tant que stigmate de la colonisation britannique la section 377 du Code pénal

indien, prohibant les unions « contre nature » : « quiconque a volontairement un rapport charnel contre l'ordre de la nature avec tout homme, femme ou animal doit être puni d'emprisonnement à vie [...] ». Les rapports homosexuels ne sont pas les seuls visés, puisque toute activité sexuelle autre que le coït vaginal tombe sous l'incrimination, même entre personnes de sexe différent. La High Court of Dehli a toutefois récemment désactivé ce texte¹⁵⁴, qui ne peut plus s'appliquer entre personnes adultes consentantes.

Les *Kāmasūtra* n'ont pas connaissance du caractère « contre nature » de telles conjonctions. La sodomie est présentée comme pratiquée (dans un couple hétérosexuel, *a priori*) dans une région, où elle est qualifiée de « plaisir merveilleux »¹⁵⁵. De même, la fellation, comme d'une manière générale l'*aupariṣṭaka* (toute conjonction bucco-génitale) n'est pas interdite ; mieux, elle est décrite comme une succession précise de huit opérations. Par contre, Vātsyāyana mentionne l'hostilité des anciens auteurs (*ācārya*) pour ce genre de pratique ; pour sa part, il relève des disparités régionales dans l'acceptation de la pratique, et se borne à la déconseiller avec les femmes mariées, tout en relevant qu'elle ne présente de toute façon aucun danger. Surtout il relève quelques *śloka* mentionnant que l'*aupariṣṭaka* se pratique entre amis du même sexe, ou aussi bien de l'homme sur la femme que réciproquement, et pourquoi pas simultanément. Resterait une prohibition de l'*aupariṣṭaka* pour les *Brāhmaṇa* instruits, les ministres royaux et les gens de renom... mais au final, une licence générale semble accordée, puisque ces agissements sont clandestins¹⁵⁶.

L'onanisme et les rapports homosexuels sont évoqués au détour d'un chapitre sur les femmes du harem royal¹⁵⁷. Les rois ne pouvant satisfaire toutes leurs épouses¹⁵⁸

l'accomplissement d'une pénitence (elle doit être menée sur une grande route nue, montée sur un âne noir).

150 *Baudhāyana Dharmasūtra*, IV, 1, 3-10 prescrit, dans un tel cas, une pénitence consistant à contrôler sa respiration sept fois par jour pendant sept jours.

151 MAHENDRA PAL SINGH, préc.

152 Section 5, Chap. 5, Éd. Zulma.

153 Pour l'opposition, déjà chez Platon, entre les rapports conformes à la nature et ceux qui lui seraient contraires, M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, t. 2, *L'usage des plaisirs*, Gallimard, 1984, p. 54.

154 2 juillet 2009, WP(C)7455/2001, Naz foundation vs. Govnt of FCT of Dehli.

155 Section 2, Chap. 6, édition Zulma.

156 Section 2, Chap. 9.

157 Section 5, Chap. 6.

158 Le problème est consubstantiel au harem, R. LEWINSHON, *Histoire de la vie sexuelle*, trad. L. Lamorlette, Payot, 1957, p. 120, qui évoque la « sous-alimentation sexuelle ».

(malgré l'usage de « moyens de substitution » par le souverain conscient des limites de ses capacités), celles-ci se travestissent et substituent au membre viril des racines ou des fruits de même forme pour se donner du plaisir, quand elles ne se couchent pas sur une statue dont le *liṅga* est apparent et en érection¹⁵⁹. Par contre, les *Manusmṛti* hésitent quant à la sanction de l'union charnelle entre hommes ; un passage la punit de la perte de sa caste¹⁶⁰, un autre exige seulement qu'un bain purificateur soit pris avec ses vêtements¹⁶¹.

La semence étant conçue comme portant la vie, donc sacrée, les *Manusmṛti* interdisent, et sanctionnent d'une pénitence, le fait d'émettre la semence hors d'un coït potentiellement fécond, en visant précisément le fait de la répandre avec des femelles d'animaux, ou avec une femme ayant ses règles, ou « dans toute autre partie que la naturelle », ou dans l'eau¹⁶². Ce n'est pas ici, y compris pour la bestialité¹⁶³, une union « contre nature » qui est l'objet de désapprobation¹⁶⁴, mais une atteinte à la vie potentielle contenue dans la semence. L'apparente contradiction entre le texte sur *Kāma*, qui serait permissif, et un texte sur *Dharma*, qui serait prohibitif, cède donc lorsque l'on constate qu'ils ne font que traduire deux préoccupations différentes. Il ne s'agit pas tant d'une contradiction entre les textes, mais entre les valeurs que chaque texte cherche à préserver.

159 La conception d'une particularité des pratiques de plaisirs naissant de désirs entre partenaires de même sexe serait le fruit d'une construction en Occident, cf. M. FOUCAULT, *L'usage des plaisirs*, préc., p. 212.

160 *Manusmṛti*, XI, 67. En réalité, cette sanction peut être commuée en pénitence basée sur le jeûne, cf. *Manusmṛti*, XI, 124.

161 *Manusmṛti*, XI, 174. La même pénitence est prévue pour avoir connu une femme « dans un chariot traîné par des bœufs ».

162 *Manusmṛti*, XI, 173.

163 Elle est toutefois punie d'amende par les *Nāradaśmṛti*, chap. 12, v. 75, mais de la nécessité d'offrir un sacrifice de beurre clarifié pour *Gautama Dharmasūtra*, 22, 36.

164 Il n'est toutefois pas certain que l'on puisse admettre une justification de la zoophilie telle que la propose M. ONFRAY, *op. cit.*, p. 66 sur le fondement de la liaison entre Cosmos et Éros.

V. Normes sexuelles conjugales

Les nuits suivant les noces. Les trois nuits suivant le mariage sont pour les époux un temps de continence sexuelle, dévolu à une découverte progressive de l'un et l'autre. Le mari est enjoint à beaucoup de délicatesse, tout en ne restant pas inactif pour ne pas être méprisé « comme un eunuque » par sa femme¹⁶⁵. Il n'est pas fait mention d'une obligation de consommation du mariage, ou de communauté de lit, sous forme prescriptive certainement parce qu'une telle prescription serait inutile¹⁶⁶.

La femme d'un homme impuissant doit, selon les *Nāradaśmṛti*¹⁶⁷, en déterminer la cause, tenter de le soigner¹⁶⁸ ou, si cela s'avère impossible, l'abandonner (alors même qu'elle ne serait plus vierge) comme s'il était déchu de sa caste. Elle peut ensuite se remarier après un délai de viduité d'un an. L'accès au plaisir des sens est donc consubstantiel au mariage¹⁶⁹, et l'on peut souligner que c'est un texte sur *Dharma*, et non sur *Kāma*, qui en porte l'idée.

165 Section 3, Chap. 2.

166 Comp. une loi de Solon en Grèce antique obligeant à trois rapports mensuels, cf. M. FOUCAULT, *De l'usage des plaisirs*, précité, p. 162 ; Le souci de soi, préc., p. 194. Et en droit français, où l'article 215 du Code civil fait obligation aux époux d'entretenir des rapports charnels, le divorce étant justifié en cas de refus Civ. 2^e, 16 déc. 1963, JCP 1964, II, 13660, note J. A. ; CA Grenoble, 3 avr. 2000, Juris-Data, n° 2000-119939 ; Civ. 2^e, 4 oct. 1978, n° 77-12.836, Bull. civ. II, n° 200 ; le Moyen Âge imposait au mari de connaître sa femme deux fois par semaine, cf. J.-M. BRUGUIÈRE, « Le devoir conjugal, Philosophie du code et morale du juge », *D.* 2000, p. 10.

167 *Nāradaśmṛti*, Chap. 12, v. 11. Toutefois, ce texte concerne peut-être moins le plaisir que la fertilité : la femme est un champ, et l'on ne doit pas donner un champ à celui qui ne peut l'ensemencer (chap. 12, v. 19).

168 Par exemple, si un homme perd son érection pendant le rapport et que sa femme n'est pas timide, elle doit inviter, pour remédier à ce problème, la femme d'un autre homme, de jeunes filles... *Nāradaśmṛti*, Chap. 12, v. 17.

169 Comp. en Occident, sur l'idée selon laquelle le plaisir a d'abord été limité à celui pris dans le cadre matrimonial, tout en enjoignant une certaine décence et modération aux époux, M. FOUCAULT, *Le souci de soi*, préc., p. 206 et A. ROUELLE, *Porneia*, Puf, chap. 10 et 11.

VI. Normes sexuelles extraconjugales

Les unions permises. La licéité des unions est toujours décidée en référence à l'homme. Selon les *Kāmasūtra*¹⁷⁰, les règles de la tradition écrite considèrent comme licites, et propres à engendrer une postérité légitime, les unions avec des femmes non mariées de la même caste.

Par contre, Vātsyāyana distingue de ces unions qui recherchent une légitimité celles qui ne doivent procurer que du plaisir : aucune prescription de caste ou de respect d'une union ne s'attache aux relations avec les *Nāyikā*. Sont ainsi des *Nāyikā* les jeunes filles¹⁷¹, les courtisanes, les femmes remariées¹⁷². D'autres peuvent entrer dans cette catégorie, et notamment celles qui ont eu beaucoup d'amant, et sont donc considérées comme courtisanes, ou surtout, et cela est plus surprenant aux esprits occidentaux, celles dont la séduction permet d'atteindre un autre but. Ainsi, est acceptée la séduction d'une femme par un homme ruiné pour obtenir des richesses, ou la relation consentie par l'homme dans le but d'éviter qu'une femme amoureuse de lui ne lui fasse une mauvaise réputation en cas de refus, ou encore dans le but de tuer un ennemi hébergé par cette femme, ou pour se servir d'elle pour gagner le cœur d'une autre, pour se venger sur cette femme du viol que son mari a fait subir à d'autres femmes... Il faut bien comprendre que dans un tel cas la recherche du plaisir entre ces personnes est rejetée, la conjonction sexuelle qui a une autre fin que le plaisir échappe à la prohibition. Cela manifeste nettement que les *Kāmasūtra* édictent des règles tournées vers le plaisir plus que vers une acceptabilité abstraite des comportements.

Les rapports avec certaines femmes sont encore exclus, que ce soit pour des questions sanitaires (femme

lépreuse, ou «qui pue»), pour éviter l'inceste¹⁷³ (proche parente, épouse d'un parent), ou pour des questions de convenance (amie intime, ascète, épouse d'un camarade, ou d'un *Brāhmaṇa* versé dans l'étude des *Veda*, épouse du roi).

Adultère féminin. Comme dans nombre de sociétés traditionnelles, l'adultère féminin, parce qu'il risque de faire entrer un bâtard dans la famille, n'est pas toléré, alors que l'adultère masculin, lui, est perçu comme normal. Cette dissymétrie entre les sexes, qu'en Occident, après la loi mosaïque¹⁷⁴, la philosophie de Platon, les auteurs romains et la pastorale chrétienne¹⁷⁵ ont tenté de gommer au profit d'une fidélité bilatérale, est entièrement basée sur la compréhension de l'institution matrimoniale comme l'attribution à un seul homme d'un monopole des relations charnelles avec une femme, dans l'idée de préserver la valeur de la présomption *pater is est*. Faut-il rappeler qu'une telle dissymétrie imprégnait le Code civil de 1804¹⁷⁶, et le Code pénal de 1810¹⁷⁷ ?

La question de l'adultère féminin se pose d'ailleurs dans un tel cas plus en termes d'atteintes à l'honneur du mari par le complice, qu'en termes de devoirs conjugaux¹⁷⁸.

173 La sanction des relations incestueuses, selon les *Nāradaśmṛti*, Chap. 12, v. 72-74, est l'émascation.

174 Cf. J.-J. THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*, Bruylant, 1869, t. II, p. 155 sqq.

175 M. FOUCAULT, *L'usage des plaisirs*, préc., p. 187 ; A. ROUSSELLE, *Porneia*, Puf, chap. 5, et au Digeste, 48.5 *Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*.

176 Art. 229 : «Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme». Art. 230 : «La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune».

177 Art. 337 : «La femme convaincue d'adultère subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus». art. 339 : «Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui aura été convaincu sur la plainte de sa femme, sera puni d'une amende de cent francs à deux mille francs».

178 Le Code pénal de 1810, art. 338, soumettait le complice à la même peine d'emprisonnement que la femme adultère ; il devait en outre régler l'amende. Il convient de ne pas interpréter l'ajout de l'amende comme une dureté plus forte envers le complice que pour la femme ; en réalité, si la femme mariée ne paye pas d'amende, c'est qu'on ne peut raisonnablement lui demander de le faire avec l'argent du ménage. Sur

170 Section 1, Chap. 5.

171 Encore que les *Nāradaśmṛti* Chap. 12, v. 71 estiment que le rapport avec une jeune vierge n'est pas une infraction, mais précisent que dans un tel cas, il faut lui offrir des bijoux, la traiter honorablement, et l'épouser !

172 L'édition UGE précise qu'il s'agit de femmes qui, déjà mariées, et non veuves, vivent maritalement avec un autre homme.

Dans le droit indien traditionnel, l'adultère est défini et sanctionné comme la relation avec l'épouse d'autrui¹⁷⁹. En droit indien contemporain, la règle persiste et est typique d'une discrimination de genre¹⁸⁰ – au détriment du masculin pour une fois; l'épouse est protégée, et ne peut être considérée comme complice¹⁸¹; le mari ne peut engager la responsabilité civile ni de sa femme, ni du complice; la relation d'une femme avec un homme marié ne peut être qualifiée d'adultère. Toutefois, le droit hindou traditionnel fulminait des menaces religieuses contre l'épouse infidèle¹⁸²,

et prescrivait au mari d'enfermer sa femme adultère et de la purifier en lui imposant une pénitence¹⁸³.

Prohibée par principe, la relation avec une femme mariée est en réalité probablement courante. Pour preuve: au chapitre des morsures et griffures, dont l'usage est tout autant la manifestation du désir que la volonté de laisser une trace du plaisir, les *Kāmasūtra* précisent qu'« il est interdit de pratiquer la griffure sur les femmes mariées. Cependant on peut laisser quelques marques spéciales et discrètes sur leurs parties cachées afin d'accroître le désir ou de garder un souvenir »¹⁸⁴. La prohibition ainsi manifestée n'est en réalité qu'un conseil de discrétion... Vātsyāyana est toujours très pragmatique, et conseille ainsi de ne rencontrer une femme mariée que dans une maison qui offre des issues très commodes, afin de pouvoir en sortir au moment propice en toute discrétion¹⁸⁵... Autre preuve de la tolérance *contra legem* de l'adultère féminin: c'est en cette matière que l'on a recouru, si nécessaire, aux entremetteuses¹⁸⁶ (il est probable qu'à l'égard des jeunes filles ou des veuves, la difficulté d'entrer en relation est moindre).

En réalité, en vertu d'un fait justificatif semblable à l'état de nécessité (pour ne pas dire la légitime défense!) il est permis d'approcher la femme d'autrui. Vātsyāyana constate que l'homme qui s'éprend de la femme d'autrui parcourt une échelle d'intensité amoureuse de dix degrés, le conduisant de l'insomnie à la mort en passant par la folie. Alors, « Un homme peut aborder la femme d'un autre pour en faire sa maîtresse s'il sent croître son amour dans des proportions qui lui font craindre des préjudices pour sa santé physique ou mentale »¹⁸⁷. Un *śloka*¹⁸⁸, sans remettre en cause la tolérance *contra legem* manifestée à l'égard de l'adultère, vient la relativiser: la situation d'adultère contrarie fréquemment l'acquisition de *Dharma* et d'*Artha*.

l'évolution de la conception de l'adultère en droit occidental pendant la période romaine, liée à une « publicisation du mariage », M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, t. 3, Le souci de soi, Gallimard, 1984, p. 90 *sqq.*

179 Ainsi, *Manusmṛti*, XI, 54, dispose que lorsqu'un fils a une relation charnelle avec la femme de son père, c'est le fils qui commet l'adultère. *Adde Nāradaśmṛti*, Chap. 12, v. 69, réglant l'amende à acquitter sur les rapports de castes entre le coupable d'adultère et la femme séduite, le peine de mort étant prévue pour celui qui a commis un adultère avec une femme de la plus haute caste, s'il est d'une caste inférieure. Une abstinence de deux ou trois ans expie l'adultère pour *Gautama Dharmasūtra*, 22, 28-29. Cf. sur la Grèce Antique, M. FOUCAULT, *L'usage des plaisirs*, préc., p. 162: « Quant au mari [...] n'avoir de rapports sexuels qu'avec son épouse légitime ne fait en aucune manière partie de ses obligations. Il est vrai que tout homme, quel qu'il soit, marié ou non, doit respecter une femme mariée (ou une jeune fille sous la puissance paternelle); mais c'est parce qu'elle relève de la puissance d'un autre; ce n'est pas son propre statut qui le retient, mais celui de la jeune fille ou de la femme à laquelle il s'attaque ».

180 En faveur d'une évolution, K.I. VIBHUTE, « 'Adultery' in the Indian Penal Code: Need for a Gender Equality Perspective », (2001) 6 *SCC (Jour)* 16, p. 359.

181 Indian Penal Code, Section 497: « Quiconque a une relation sexuelle avec une personne qui est et qu'il sait être, ou dont il aurait des raisons de croire qu'elle est la femme d'un autre homme, sans le consentement ou la connivence de cet homme, et lorsqu'une telle relation sexuelle ne peut être qualifiée de viol, est coupable de l'infraction d'adultère, et est punissable d'une peine d'emprisonnement de cinq ans au plus, ou d'une amende, ou des deux. Dans un tel cas la femme ne peut être punie comme complice ».

182 *Manusmṛti*, V, 164: « Une femme infidèle à son mari est en butte à l'ignominie ici-bas; après sa mort, elle renaît dans le ventre d'un chacal, ou bien elle est affligée d'éléphantiasis et de consommation pulmonaire ». Une pénitence est prévue par les *Vasiṣṭha Dharmasūtra*, II, 3, 48. La seule pensée malhonnête de la part de l'épouse la conduit à une pénitence pendant trois nuits, *Vasiṣṭha Dharmasūtras*, 21, 6.

183 *Manusmṛti*, XI, 176-177; *Nāradaśmṛti*, chap. 12, v. 91.

184 Section 2, Chap. 4, édition Zulma.

185 Section 5, Chap. 4.

186 Section 5, Chap. 4.

187 Section 5, Chap. 1, Éd. Zulma.

188 Section 5, Chap. 6, *in fine*.

Néanmoins, la dissymétrie dans la répression amène une différence de comportements (qui paraît surprenante du point de vue occidental) : les femmes sont décrites comme se fiant plus volontiers à leur instinct, les hommes s'embarassant plutôt de considérations morales¹⁸⁹. Si, ordinairement, tant l'homme que la femme sont susceptibles d'être à l'initiative du commerce amoureux, en matière d'adultère, et donc dans ce chapitre, c'est bien l'homme qui sollicite, et la femme qui accepte ou non. Cela forme une cohérence parfaite avec le mode de pénalisation de l'adultère.

Vātsyāyana identifie les motifs pour lesquels une femme repousse les avances d'un homme (de l'affection pour son mari – et la crainte d'être la dupe d'une manigance de celui-ci pour éprouver avec un complice sa fidélité – à la crainte d'une expérience sans lendemain, en passant par le souci de ne pas transgresser un interdit). L'homme doit identifier la réticence qui pourrait être mis en avant, et la vaincre.

Des « types sociologiques » favorisant les relations adultères sont longuement énumérés¹⁹⁰. Chez les hommes, ceux qui obtiennent le plus de succès auprès des femmes vont de ceux qui ont une bonne connaissance des *Kāmasūtra* à ceux dont l'habillement est splendide, en passant par ceux qui viennent de se marier, et ceux qui envoient des cadeaux aux femmes. La liste des femmes faciles à conquérir va de celles qui se tiennent sans arrêt devant leur porte aux « femmes vulgaires, puantes, malades et vieilles », en passant par celles qui sont couvertes de bijoux, celles dont le mari voyage sans cesse, et celles qui sont affligées par sa stupidité.

Concernant les enfants qui seraient issu d'un tel adultère, les *Nāradaśmr̥ti*¹⁹¹ filent la métaphore du champ et de la semence : si un champ est ensemencé par un autre que son propriétaire, sans le consentement de ce dernier (notamment si la semence est amenée par l'eau, le vent...),

le propriétaire de la semence n'a aucun droit sur les récoltes. En revanche, en cas d'accord, les récoltes sont à partager entre le propriétaire du champ, et celui qui a apporté la semence (faut-il en déduire que l'enfant aurait deux pères selon cette méthode ancestrale de don de gamète ? Cela aurait des avantages d'un point de vue religieux, un homme devant s'assurer une descendance).

Les courtisanes. Elles sont une condition nécessaire des réunions mondaines d'hommes, ou des réceptions amicales dans lesquelles sont bues des liqueurs fortes¹⁹². Loin d'être recherchées seulement dans le but d'un commerce sexuel, leur compagnie est appréciée pour les promenades, les jeux d'esprits. La distraction des aisés est aussi apportée par des hommes, bouffons, confidents ou professeurs errants de beaux-arts.

Elles recherchent à la fois *Kāma* et le gain, ou seulement le gain ; mais alors, elles devront faire semblant d'aimer¹⁹³. Elles se placent sous la protection des hommes influents, des personnes chargées de faire régner l'ordre ou la justice. En revanche, une courtisane cherche les amants parmi les gens fortunés si elle poursuit le gain, ou parmi les gens intelligents et les artistes si elle cherche l'amour. Il se peut que la courtisane vive maritalement avec son amant¹⁹⁴ : le « mariage temporaire » est prévu pour les courtisanes ou leurs filles, afin de maximiser leurs profits¹⁹⁵. Que ce soit le cas ou non, son but est toujours le même : soutirer un maximum d'argent à son amant, puis s'en débarrasser¹⁹⁶. Les stratagèmes recommandés pour que l'amant la gratifie au maximum sont énumérés. Ils vont des plus simples caprices et mensonges jusqu'à de véritables escroqueries, comme dans le cas où la courtisane simule avec un marchand de mèche avec elle la vente de ses bijoux, afin de convaincre son amant de les lui racheter, ou qu'elle fait saisir ses biens par un créancier fictif en exécution d'une créance

189 Section 5, Chap. 1.

190 Section 5 Chap. 1.

191 *Nāradaśmr̥ti*, Chap. 12, v. 55 *sqq.* Comp. Toutefois les divergences relatives par *Vasiṣṭha Dharmasūtras*, 17.6.

192 Section 1, Chap. 4.

193 Section 6, Chap. 1.

194 Section 6, Chap. 2.

195 Section 7, Chap. 1.

196 Section 6, Chap. 3.

non moins fictive (le but étant qu'elle quitte la maison de son amant sans avoir besoin de lui laisser des biens).

Les *Kāmasūtra* proposent aux courtisanes qui auraient une clientèle régulière une véritable leçon d'économie, d'*Artha*, sur les manières de maximiser leurs profits en choisissant les amants et leurs gratifications, en préférant par exemple l'or aux autres cadeaux ou biens¹⁹⁷. Une sorte de théorie des jeux est esquissée, mettant en regard les bénéfices escomptés et les dépenses à supporter pour les obtenir, avec l'incidence des probabilités à chaque fois ; surtout ces gains et pertes ne sont pas que financiers, mais concernent autant, dans un sens comme dans l'autre, *Dharma*, *Artha* et *Kāma*.

Les eunuques. Les eunuques forment une caste particulière dans l'Inde, divisée en plusieurs sous-castes, distinguant ceux qui ont une apparence masculine ou féminine. Ils sont tout autant raillés que craints et recherchés, car des pouvoirs occultes leur sont accordés. Cette caste ne se perpétue évidemment pas par filiation : des enfants sont vendus ou enlevés pour entrer dans cette caste¹⁹⁸. Les eunuques exercent souvent la profession de masseur, et, à cette occasion, après de feintes réticences, pratiquent l'*aupariṣṭaka*¹⁹⁹.

Les unions à trois ou plus. Les *Kāmasūtra*²⁰⁰, qui prescrivent d'observer les unions animales pour les exécuter de façon semblable, désignent sous le terme « jeux de l'eau » le rapport unissant plusieurs hommes à une femme, parce que les éléphants auraient recours à de telles pratiques en prenant leur bain... Ces rapports de groupe²⁰¹ sont décrits comme pratiqués plutôt dans certaines provinces, y compris lorsque certains des participants sont mariés. Les pratiques du plaisir étant systématiquement bilatéralisées, le rapport

d'une femme à plusieurs hommes est tout aussi licite que le rapport d'un homme à plusieurs femmes.

En guise de conclusion. La question posée par cet article, savoir si les *Kāmasūtra* peuvent utilement servir d'introduction à ce droit particulièrement complexe, subtil et déroutant pour l'occidental qu'est le droit hindou, reçoit indubitablement une réponse positive. En effet, en premier lieu, l'on a pu vérifier que le contenu de ce texte était pour une large part de nature normative. En second lieu, la source de ces normes, la nécessité de leur interprétation et leur mode de formation, sont absolument similaires à celles des ouvrages plus directement concernés par ce que nous nommons le droit. Enfin, les normes des *Kāmasūtra* forment une invitation à ouvrir les textes plus proprement juridiques, qui les complètent ou semblent les infirmer partiellement.

197 Section 6, Chap. 5 et 6.

198 Voir l'excellent livre de Dominique LAPIERRE, *La Cité de la joie*, Pocket.

199 Section 2, Chap. 9.

200 Section 2, Chap. 6.

201 Voyez aussi les reproductions de certaines sculptures des temples de Khajuraho, in M. ONFRAY, *prec.*, cahier central.

LE DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI : ÉLÉMENTS POUR UNE DISCUSSION

JEAN-FRANÇOIS DREUILLE*

Le droit pénal de l'ennemi apparaît comme un nouveau modèle possible du droit pénal, impliquant et justifiant concrètement la multiplication d'interventions *ante delictum*, conduisant à un affaiblissement des droits fondamentaux. L'intérêt scientifique est important : la lutte contre le terrorisme, contre certaines formes particulières de délinquance (criminalité organisée, notamment), ou encore la volonté de mettre hors d'état de nuire certains délinquants (récidiviste, délinquant sexuel...) justifierait des régimes juridiques d'exception. Le modèle pénal classique est-il menacé dans son ensemble ou, souhaite-t-on, en marge, appliquer une politique de l'ennemi ? En d'autres termes peut-on véritablement parler de droit pénal de l'ennemi ? Cette contribution a pour objet de fournir des éléments de réflexion permettant d'ébaucher des réponses à ces problématiques.

“Criminal law of the enemy” appears as a possible new model. It entails and justifies the increase in public ante delictum interventions, thus leading to the weakening of numerous fundamental rights. It has a significant scientific appeal: the fight against terrorism and certain types of crimes (notably organised crime) as well as the desire to incapacitate certain criminals (repeat offenders, sex offenders etc.) would justify the creation of exceptional legal regimes. Is the entire traditional criminal system threatened or are public authorities trying to implement an enemy policy? In other words, can a criminal system truly be based on “criminal law of the enemy”? This paper seeks to cast light on these issues and to answer some of these questions.

* Maître de conférences de droit privé et sciences criminelles, Université de Savoie (Laboratoire CDPPOC), Membre de l'IRASC (Institut Rhône-Alpin de Sciences-Criminelles).

Le droit pénal de l'ennemi; l'expression n'est pas familière et le vocabulaire semble inapproprié pour le juriste français: le droit pénal ne présente, en effet, classiquement, ni une dimension, ni une logique guerrière. Pourtant, cette construction théorique qui n'est pas nouvelle, fait à nouveau l'objet de vives discussions doctrinales, avec une résonance particulière depuis les attentats perpétrés sur le territoire des États-Unis, le 11 septembre 2001. Plus généralement, le droit pénal de l'ennemi apparaît comme un nouveau modèle possible du droit pénal, impliquant et justifiant concrètement la multiplication d'interventions *ante delictum* en réponse à la crise des États qui seraient dans l'incapacité d'assurer le contrôle du crime et de la sécurité¹. La neutralisation de l'ennemi dangereux est au cœur de la théorie qui implique que la société s'octroie le droit de désigner l'ennemi afin de lui réserver un traitement différencié tant au regard des règles de fond que de forme du droit pénal, marquant ainsi un affaiblissement incontestable des droits fondamentaux. L'objet de cette contribution est de fournir à tout intéressé, juriste ou non, initié ou profane, les fondements de la théorie, ses éventuelles applications et enfin de la situer dans le contexte de la politique criminelle française. En d'autres termes, il s'agit de poser, par le questionnement et la synthèse, des pistes de réflexion, tout au plus de préciser quelques éléments pour une discussion qui transcende très largement les champs disciplinaires habituels.

En 2009, la Revue de sciences criminelles a consacré un dossier au Droit pénal de l'ennemi – Droit pénal de l'inhumain, particulièrement éclairant mais dont la lecture doit être complétée par les articles composant un second dossier, publié en 2010 par la même revue, intitulé «Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle». Des travaux français antérieurs ont également fait référence sommairement à la problématique du droit pénal de l'ennemi en dressant un constat

de «*déconstruction*» du droit pénal «*classique-moderne*»². L'enseignement que l'on peut tirer d'emblée de ces travaux est que les questionnements suscités par cette théorie sont relativement récents en France. L'explication est double.

Depuis le milieu des années 1980, la théorie du droit pénal de l'ennemi est attachée aux travaux d'un professeur allemand, Günther Jakobs. Au fil d'écrits et de conférences, la pensée de cet auteur s'est affinée, mais la polémique suscitée par son analyse du droit pénal de l'ennemi est véritablement marquée depuis 1999³. Les attentats commis sur le sol américain ont modifié les rapports de force: des idées, unanimement réprouvées dans des périodes, si ce n'est pleinement pacifiées, pour le moins apaisées, trouvent, parfois, une réception différente dans des situations de crise et de vives tensions. La théorie du droit pénal de l'ennemi a d'abord alimenté les discussions doctrinales en Allemagne, en Espagne, mais également en Italie et dans des pays d'Amérique du Sud, sous l'influence de la dogmatique germanique⁴. Aux États-Unis, la problématique est quelque peu différente, dès lors que la logique qui préside à la politique menée contre le terrorisme depuis 2001

2 *Un droit pénal postmoderne? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines*, recherche réalisée par l'Équipe Poitevine de Recherche et d'Encadrement Doctoral en Sciences Criminelles, novembre 2007, spéc. p. 19 et 20.

3 L'historique, ainsi que l'évolution de la pensée de Günther Jakobs, sont décrits dans un mémoire particulièrement précieux, notamment quant aux indications bibliographiques qu'il contient, v. P. VARJAO CRUZ, «*Le droit pénal de l'ennemi*», *Du phénomène au paradigme*, Éditions universitaires européennes, 2011. Dans les développements ultérieurs, il sera essentiellement fait état de l'article publié, en 2009, dans la revue de sciences criminelles, v. G. JAKOBS, *Aux limites de l'orientation par le droit: le droit pénal de l'ennemi*, RSC 2009, p. 7.

4 En ce sens, v. R. ROTH, *Nouveau droit des sanctions en Suisse: entre l'ami et l'ennemi*, RSC 2006, p. 117. Il est à noter que la polémique en France suscitée par la pensée Schmittienne a pris un retard similaire, v. J.-CL. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception, Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, Paris, La Découverte, coll. «Armillaire», 2006, p. 19. Pour un compte rendu de cet ouvrage, v. B. BERNARDI, *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, 2009-1, p. 136-138.

1 Sur ce constat, v. not., CANDIDO DA AGRA, *La probation et ses contextes socio-historiques*, *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, vol. LXIV oct/déc. 2011, p. 403.

n'obéit pas aux mêmes ressorts, confirmant que la réponse des États au terrorisme est diversifiée⁵. Certes, il existe des connexions entre la théorie du droit pénal de l'ennemi et la doctrine du combattant ennemi illégal⁶, mais il n'est pas certain qu'elles se recouvrent pleinement⁷. Tout d'abord, le qualificatif d'ennemi ne s'applique pas au seul terroriste. Ensuite, la doctrine du combattant ennemi illégal s'inscrit dans une perspective de lutte globale contre le terrorisme et ne concerne pas le seul champ pénal⁸. Enfin, le terroriste perçu *ab initio* comme un ennemi et non comme un criminel – ennemi – ne se voit pas appliquer uniquement un régime juridique dérogatoire, il peut aussi être placé hors du droit, aussi bien pénal, militaire, qu'international. Dès lors, l'individu est soumis à un dispositif institutionnel

susceptible de le priver de toute garantie juridictionnelle⁹. Il semble que, sur ce point, la théorie du droit pénal de l'ennemi diverge de la doctrine du combattant ennemi illégal : la notion d'ennemi remplace celle de délinquant, mais l'ennemi demeure dans la sphère juridique et dans le champ pénal en particulier, même s'il s'agit d'un « *droit exceptionnel* »¹⁰. D'ailleurs c'est peut-être là, son plus grand danger : il paraît plus aisé de justifier un régime juridique dérogatoire qu'une suspension pure et simple des droits. Pour le moins, cette théorie donne l'illusion que l'État de droit n'est pas pleinement suspendu¹¹.

Il n'est pas surprenant que les discussions les plus vives relatives au droit pénal de l'ennemi ont d'abord eu lieu, en Europe et plus précisément en Allemagne, en Espagne et en Italie, pays qui depuis plus de quarante ans ont dû faire face à des organisations terroristes. La doctrine y est peut-être plus sensible, plus vigilante, face aux risques

5 V. not., pour une étude récente, J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal, Étude critique des incriminations terroristes*, préf. G. GIUDICELLI-DELAGE, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2010, v. spéc. les propos introductifs, n° 5 à 9.

6 La réaction américaine, à la suite des attentats du 11 septembre 2001, consacrerait le relativisme des réponses pénales aux massacres, cédant à la tentation du droit pénal de l'ennemi – droit national –, par opposition à l'universalisme humaniste du modèle du droit pénal de l'inhumain, tiré du droit pénal international, v. M. DELMAS-MARTY, *Violence et massacre : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain*, RSC 2009, p. 59.

7 V. W. KAHN, *Criminels, ennemis et imaginaires de la violence*, Arch. phil. Droit 53 (2010), p. 58-85, pour cet auteur, à Guantanamo, ces deux catégories (ennemi-criminel) se mélangent pour en former une troisième, méconnaissable, le combattant illégal, dont il faudrait parler comme d'un disparu : « on détient leur corps mais en refusant de les faire entrer dans un monde humain de représentation ». V. égal. pour une approche polémique, G. AGAMBEN, *État d'exception, Homo sacer*, Paris, Édition du Seuil, 2003. Paris, Édition du Seuil, 2003. Pour des recensions de cet ouvrage, v. B. DUBREUIL, *Politique et Sociétés*, vol. 23, n°1, 2004, p. 199-203 en ligne : <http://id.erudit.org/iderudit/009513ar>; S. ASKOFARE « À propos d'État d'exception, Homo sacer de Giorgio Agamben », *L'en-je lacanien* 1/2004 (n° 2), p. 193-205. URL : www.cairn.info/revue-l-en-je-lacanien-2004-1-page-193.htm.

8 V. J. CANTEGREIL, *La doctrine du « combattant ennemi illégal »*, RSC 2010, p. 81 ; du même auteur, v. égal. *Dicey revisité. De la responsabilité des jurisconsultes dans la suspension du droit pénal. Remarques sur la décision sur la compétence dans l'affaire Padilla v. Yoo*, Arch. phil. Droit 53 (2010), p. 240-271.

9 En ce sens, v. J. CANTEGREIL préc. ; M. DONINI, *Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ?* RSC 2009, p. 31 ; V. égal., John A.E. VERVAELE, *Mesures de procédure spéciale et respect des droits de l'homme*, rapport général concernant la troisième section du XVIII^e Congrès international de droit pénal qui s'est déroulée à Istanbul du 20 au 27 septembre 2009 sous les auspices de l'Association Internationale de Droit Pénal (AIDP), *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2009, p. 19-74, ce rapport peut être consulté à l'adresse suivante <http://www.utrechtlawreview.org/> Volume 5, Issue 2 (October) 2009 ; C. GOMEZ MARTINEZ, *Être juge au Maroc et en Espagne. Les menaces idéologiques et pratiques pour le statut de juge : peut-on demander une productivité au juge ?* Cet article peut être consulté à l'adresse suivante : www.cidob.org/en/content/download/8231/.../11_gomez_fra.pdf

10 G. JAKOBS, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, préc., spéc. le paragraphe consacré au « droit et l'exception » ; v. néanm., ASUA BATARRITA ADELA et Alvarez VIZCAYA MAITE, « La répression du terrorisme en Espagne », *Archives de politique criminelle*, 2006/1 n° 28, p. 215-236, spéc. p. 22. Cet article est disponible en ligne : <http://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2006-1-page-215.htm>

11 V. en ce sens, M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, coll. « La couleur des idées », Éditions du Seuil, 2010, spéc. p. 127. Pour une présentation de cet ouvrage, v. C. LAZERGES, RSC 2010, p. 503. Concernant la thèse d'un état d'exception permanent, v. G. AGAMBEN, *État d'exception, Homo sacer*, préc.

de dérives sécuritaires qui accompagnent systématiquement les législations anti-terroristes¹². De plus, le droit pénal de l'ennemi constitue un prolongement naturel du droit pénal de l'auteur, lequel permet de juger l'individu pour ce qu'il est et non pour ce qu'il a fait. Le droit pénal de l'auteur, qui heurte la conception libérale du droit pénal de l'acte n'est pas nouveau. Ses mises en œuvres sont difficilement contestables, alors même que l'on a pris la mesure de ses applications extrêmes dans les régimes totalitaires qui ont marqué l'histoire, précisément de l'Allemagne et, à un degré moindre, de l'Italie ou encore de l'Espagne. Des remarques similaires peuvent être formulées s'agissant de certains pays d'Amérique du Sud ou encore de l'ex-Union Soviétique¹³. En France, les applications du droit pénal de l'ennemi ne sont pas aussi nettes, du moins si l'on tente de différencier cette théorie de celles qui prônent l'exception permanente. La notion de « *sale guerre* », décrivant notamment les guerres d'Indochine et d'Algérie, prend un relief particulier si l'on mesure – redécouvre – l'action de certains généraux français à l'aune de ces dernières théories¹⁴. Ce savoir-faire militaire français, éprouvé au cours des guerres d'indépendance et prenant la forme d'une théorie globale de la guerre antissubversive, aurait été exporté, notamment en Amérique du Sud¹⁵. Il est toutefois difficile de trouver trace dans la

littérature juridique française d'une telle lecture, excepté chez les historiens¹⁶. Ainsi, certains travaux permettent, notamment, de prendre la mesure de l'émergence de l'état d'exception, à la suite de l'habillage juridique de l'état de siège en état d'urgence en 1955, dans le but de lutter contre l'ennemi, incarné par les activistes du FLN¹⁷. Il ne s'agit pas, pour autant, d'une illustration incontestable de la consécration d'un droit pénal de l'ennemi.

La seconde raison, qui peut encore expliquer l'attrait récent suscité, en France, par cette théorie, est le fait, si l'on omet les dispositions dérogatoires déjà anciennes mais régulièrement modifiées de la lutte contre le terrorisme, que le droit français ne contenait pas de textes mettant en œuvre sans ambiguïté la théorie du droit pénal de l'ennemi¹⁸. La multiplication des lois sécuritaires depuis une dizaine d'années, l'orientation générale de la politique criminelle, l'instauration d'une lutte contre la délinquance organisée, constituaient certainement des signes annonciateurs d'un bouleversement du paradigme pénal¹⁹. Pourtant, c'est incontestablement la loi du 25 février 2008 relative à

12 V. par ex., concernant l'Espagne, ASUA BATARRITA ADELA et Alvarez VIZCAYA MAITE, « *La répression du terrorisme en Espagne* » préc. ; J. MARIA ORTUNO, *Douleurs, frustrations et espoirs de l'antiterrorisme espagnol*, in D. BIGO, L. BONELLI et T. DELTOMBE, *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, La Découverte « Cahiers libres », 2008, p. 215 à 226 ; V. égal. dans cet ouvrage, pour l'Allemagne, S. STUDZNSKY, *Jusqu'où ira l'antiterrorisme en Allemagne ?*, p. 246 à 259 et pour l'Italie, A. GIANNULI, *Les services de renseignement italiens et la « guerre au terrorisme »*, p. 234 à 245. Lien : <http://www.cairn.info/au-nom-du-9782707153296.htm>.

13 V. E. R. ZAFFARONI, *Dans un État de droit il n'y a que des délinquants*, RSC 2009, p. 43.

14 V. l'analyse d'un professeur argentin, v. E. R. ZAFFARONI, préc.

15 v. M.-M. ROBIN, *Escadrons de la mort, l'école française*, La Découverte, Poche, 2008 (Première publication en septembre 2004). v. <http://www.ldh-toulon.net/spip.php?article440> ; v. égal. A. MATTELART, *La globalisation de la surveillance. Aux origines de l'ordre sécuritaire*, La Découverte, 2007.

16 V. pour un ouvrage récent, S. THENAULT, *Violence ordinaire dans l'Algérie coloniale. Camps, internements, assignations à résidence*, Paris, Odile Jacob, 2012.

17 S. THENAULT, *L'état d'urgence 1955-2005, De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi*, Les Editions de l'Atelier/Le mouvement social, 2007/1-n° 218, p. 63. Cet article peut être consulté en ligne : http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=LMS&ID_NUMPUBLIE=LMS_218&ID_ARTICLE=LMS_218_0063.

18 À moins de considérer que toute mesure de sûreté relève du droit pénal de l'ennemi. De plus, il peut historiquement être fait référence aux textes prévoyant la déportation, la transportation ou encore la relégation, v. L. du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes, qui substitue l'interdiction de séjour dans des localités déterminées à la surveillance de haute police, v. not., J.-L. SANCHEZ, « *La relégation (loi du 27 mai 1885)* », *Criminocorpus, revue hypermédia [En ligne]*, *Les bagnes coloniaux*, URL : <http://criminocorpus.revues.org/181>. Le régime de Vichy a également mis en œuvre des formes d'exclusions civiques et civiles contre un « ennemi » défini par des critères essentialistes (race, sexe), par exemple le juif ou encore la femme de nationalité étrangère, v. en ce sens, A. SIMONIN, *Le déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité 1791-1958*, Grasset, Paris, 2008, spéc. p. 182 à 189.

19 M.-L. CESONI (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception*, Bruylant – LGDJ, 2007.

la rétention de sûreté qui a permis, tardivement, de prendre conscience des implications de cette théorie : Günther Jakobs choisit, d'ailleurs, la mesure d'internement de sûreté allemande (*Sicherungsverwahrung*) comme exemple le plus significatif de sa théorie. De fait, c'est à compter de 2008 que la théorie du droit pénal de l'ennemi a connu une certaine ampleur en France, au travers de colloques, conférences, ou écrits qui ne sont pas l'apanage des seuls universitaires, juristes ou non²⁰. En effet, une simple entrée « droit pénal de l'ennemi » sur un moteur de recherche internet non spécialisé révèle l'intérêt suscité par la théorie chez les praticiens²¹ ou encore dans le milieu associatif, à l'écoute du discours juridico-politique²².

Incontestablement, le droit pénal de l'ennemi trouve aujourd'hui un écho en France et le moins que l'on puisse dire est que cette théorie suscite une réaction majoritairement hostile aux idées qu'elle véhicule. Il convient d'en découvrir la raison. À cette fin, une présentation des fondements de la théorie et de ses applications concevables s'impose.

20 V., par exemple, M. TERESTCHENKO, *Non à la banalisation des législations d'exceptions*, publiée dans la rubrique « point de vue », par *Le Monde* du 6 janvier 2009 ; v. égal., J.-CL. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception, Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, La Découverte, 2007 ; v. encore le point de vue d'un sociologue, J.-CL. PAYE, *Procès en France et en Belgique, Ennemis de l'Empire*, cet article (à propos notamment du procès des filières « irakiennes ») peut être consulté à cette adresse : <http://www.voltairenet.org/Ennemis-de-l-Empire>.

21 V. par ex, P. CURRAT, *Surveiller, punir et enfermer*, Quelques réflexions sur les évolutions du droit pénal au regard des politiques sécuritaires, rédigées à la demande de la Commission pénale de la Conférence des Bâtonniers de France : <http://www.philippecurrat.ch/index2.php?post/2011/02/08/SURVEILLER-PUNIR-ET-ENFERMER> l'auteur est avocat au barreau de Genève et spécialiste de droit international ; v. encore le colloque organisé par la Commission pénale du Syndicat des Avocats de France, *Le Droit Pénal de l'Ennemi*, les 8 et 9 mai 2010, à Marseille.

22 V. par exemple, concernant une action du GISTI (Groupe d'information et de soutien des immigrés), www.gisti.org/IMG/pdf/colloque_2011-03-22_penalisation.pdf ou encore une réaction de l'association Genepi, suite au discours du Président de la République à Grenoble le 30 juillet 2010, v. <http://genepi-nancy.over-blog.org/article-vers-un-droit-penal-de-l-ennemi-56481559.html>

Les fondements de la théorie

L'article de Günther Jakobs publié dans la revue de science criminelle débute par une explication préliminaire de sa démarche scientifique. Cette posture, somme toute classique pour un chercheur, a suscité, à elle seule, une polémique qui mérite un éclaircissement avant même de s'intéresser au fond. En substance :

« je traite mon sujet comme un scientifique du droit. Je ne le traite pas comme un praticien du système juridique : comme un juge, un avocat ou un exégète du droit positif ; Je ne parle pas non plus en tant que politicien. J'observe simplement le système juridique de l'extérieur et j'essaie de comprendre pourquoi ce système est ainsi, comme il est. Mon objectif n'est absolument pas d'inventer ou de construire un droit pénal de l'ennemi ; je pense plutôt qu'on peut trouver un droit pénal de l'ennemi dans le droit allemand actuel ; qu'il y a aussi des raisons claires et qu'on ne peut pas simplement laisser ces raisons de côté. »

En d'autres termes, l'auteur ne proposerait pas le droit pénal de l'ennemi en tant que modèle ou orientation d'une politique criminelle, mais se contenterait de démontrer l'existence, la réalité du phénomène juridique. Cette précision appelle une question liminaire, l'auteur parvient-il à respecter une telle méthode ?

La première lecture de l'article permet de tirer un constat : Günther Jakobs ne conteste pas, ne combat pas, le droit pénal de l'ennemi qu'il découvre dans le droit pénal allemand. Cela, à l'évidence, ne devrait pas permettre de conclure qu'il l'approuve. Jusque-là, la neutralité scientifique qu'il revendique paraît sauve. Toutefois, une seconde lecture laisse à penser qu'il ne se contente pas de décrire le phénomène, prêtant, dès lors, le flanc à la critique. Ainsi, un auteur affirme que Jakobs ne tient pas sa posture de neutralité lorsque, loin de se contenter de décrire une réalité, il se prononce pour la nécessité d'un droit pénal de l'ennemi²³. Jakobs s'en défend régulièrement au cours de son article, toutefois certains développements sèment le trouble

23 G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi*, RSC 2010, p. 69.

et peuvent susciter des interprétations divergentes²⁴. Par ailleurs, la structure même de l'article invite à la conclusion selon laquelle le droit pénal de l'ennemi repose, non seulement sur des arguments scientifiques, mais encore que le contexte actuel ne laisserait pas d'autre choix que de l'imposer. Le droit pénal de l'ennemi cesserait, dès lors, de constituer une branche d'une alternative mais se présenterait comme la seule conception viable d'un droit pénal renouvelé (à supposer que l'on puisse parler de véritable renouvellement) à l'aune du principe de réalité ou plutôt de la conception qu'il se fait de la réalité. À ce titre, la conclusion de l'article semble être de nature à lever les dernières incertitudes. L'auteur, tout en se défendant de légitimer le droit pénal de l'ennemi, paraît admettre des concessions qui attestent d'une orientation possible du discours :

« il est difficile d'imaginer qu'un État pourrait parfaitement se passer d'un droit d'exception comme le droit pénal de l'ennemi ; parce qu'un État de droit n'est pas qu'une simple pensée, mais un véritable ordre juridique dès lors qu'il garantit la validité des normes, ce qui veut dire, qu'il dirige de façon déterminante l'orientation sociale. Cependant, la manière selon laquelle cette orientation devrait être garantie ne dépend pas seulement de l'État de droit, mais aussi de son environnement hostile. On serait aveugle à la réalité des choses, si on niait l'existence d'une tension entre la notion de l'État de droit dans sa forme la plus parfaite, et ce qu'on peut pratiquement atteindre dans un État de droit. Et si l'on occultait le fait qu'un État de droit parfait pourrait garantir à des terro-

ristes des conditions de bases idéales. Il est vrai qu'une action avec des moyens qui ne sont pas parfaitement dignes d'un État de droit porte atteinte à l'État de droit dans son expression la plus parfaite. Toutefois, aussi, si l'État renonce à avoir recours à ces moyens (et cela pas seulement de manière incidente) et à des actions contre des ennemis, il perd aussi quelque chose de sa réalité et ne conserve pas, dans le pire des cas, grand-chose de la notion abstraite. La perfection de l'État de droit est une chose, la réalité des choses, une autre. Si l'on ne veut pas que la réalité souffre, on doit adapter le degré de perfection de l'État de droit ; des temps tranquilles permettent plus de précautions et garanties pour l'État de droit, que des temps de malaise et de nécessité. Je suis d'avis qu'un équilibre entre la perfection et la réalité est à rechercher, et l'on ne peut répondre à la question de savoir si l'on y a réussi, que lorsque l'on sait (très bien) de quels conflits concrets l'on doit tenir compte ». ²⁵

Le droit pénal de l'ennemi ne se fonde pas sur des éléments nouveaux. La théorie n'opère pas une révolution de la pensée pénale, elle réactualise des idées déjà anciennes, que la doctrine pénale avait délaissées en raison de leur utilisation détestable par certains régimes politiques mettant en œuvre l'exclusion, la neutralisation et, en définitive, l'extermination : la thématique de l'ennemi porterait en germe la solution finale en la rendant théoriquement concevable²⁶. Il est possible de trouver, déjà, dans les écrits de von Liszt, l'affirmation de la nécessité de neutraliser à perpétuité les irrécupérables. Or, les irrécupérables de la fin du XIX^e ne sont guère différents des ennemis d'aujourd'hui²⁷. La dialectique, ainsi que l'emploi des antonymes amis – ennemis, est plus ancienne. L'histoire éclaire cet antagonisme constant à travers les âges qui permet à l'État d'instaurer, sous couvert de légitimité, des régimes d'exception pour lutter contre des ennemis prétendus qu'il désigne, exprimant ainsi un pou-

24 À titre d'exemple, un passage, parmi d'autres, illustre l'ambiguïté du propos ou plutôt de l'interprétation que l'on peut en donner : « La mesure de détention de sûreté est aussi un exemple de la nécessité de réglementations de droit pénal de l'ennemi. Il ne faut pas penser que je l'affirme pour légitimer, mais c'est bien évidemment plutôt pour décrire : un État, qui doit et veut protéger ses citoyens contre des crimes prévisibles, ne peut pas se passer d'une telle institution. Il est possible que l'on ne soit pas d'accord et que l'on accentue les droits dont la personne détenue jouit et sa personnalité innée. Cela afin d'indiquer et montrer sa personnalité. En effet, il y a une personnalité qui reste, et bien évidemment, on peut en parler, mais on ne peut pas oublier en même temps l'énorme dépersonnalisation qui a lieu, parce que la dépersonnalisation, et non ce qui reste de la personne, est l'image principale et dominante »...

25 G. JAKOBS, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, préc.

26 V. not., FRANCISCO MUNOZ CONDE, *Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ?* RSC 2009, p. 19.

27 En ce sens, v. not., ASUA BATARRITA ADELA et ALVAREZ VIZCAYA MAITE, « La répression du terrorisme en Espagne » préc.

voir punitif difficilement compatible avec l'État de droit²⁸. S'agissant de la théorisation, Carl Schmitt a fait, bien avant Günther Jakobs, de la distinction ami (ou plutôt non-ennemi²⁹) – ennemi, le critère du politique³⁰. Alors même que Günther Jakobs ne s'y réfère pas, du moins dans l'article publié en France en 2009, l'influence de Carl Schmitt, au-delà de l'emprunt terminologique et d'un postulat méthodologique apparenté³¹, paraît de prime abord assez manifeste. Pour autant, Carl Schmitt n'est pas le seul auteur à user de cette sémantique guerrière et il peut être déroutant de la trouver sous la plume des philosophes contractualistes ou encore de constater que Beccaria l'aurait empruntée³². Dans l'article publié en France, si Jakobs ne cite pas Rousseau, il ne manque pas de faire état de la philosophie de Hobbes et de Kant. La notion d'ennemi est présente chez ces auteurs, de même que chez Rousseau, auquel se réfère

Günther Jakobs dans des travaux antérieurs³³. Pour s'en tenir à Rousseau, dans un chapitre du contrat social, intitulé « *Du droit de vie et de mort* », l'auteur s'exprime de la façon suivante :

« D'ailleurs tout malfaiteur attaquant le droit social devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie, il cesse d'en être membre en violant ses lois, et même il lui fait la guerre. Alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne, il faut qu'un des deux périsse, et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme ennemi. Les procédures, le jugement, sont les preuves et la déclaration qu'il a rompu le traité social, et par conséquent qu'il n'est plus membre de l'État. Or comme il s'est reconnu tel, tout au moins par son séjour, il en doit être retranché par l'exil comme infracteur du pacte, ou par la mort comme ennemi public ; car un tel ennemi n'est pas une personne morale, c'est un homme, et c'est alors que le droit de la guerre est de tuer le vaincu ».³⁴

Le lecteur pourrait retenir que le criminel – au sens de celui qui ne respecte pas le contrat social – doit être perçu comme un ennemi et traité comme tel : il n'est plus citoyen et la peine de mort peut donc lui être appliquée. Pour autant et alors même que l'interprétation de ce chapitre divise les spécialistes³⁵, le rapprochement intellectuel entre le droit pénal de l'ennemi et la pensée de Rousseau mériterait d'être plus amplement discuté pour au moins deux raisons. D'une part, Rousseau ne semble pas, ici, se positionner selon une logique de droit pénal, mais emprunte plus certainement

28 L'article du professeur E. R. ZAFFARONI, précité, est particulièrement éclairant sur ce point. V. égal., C. SCHMITT, *La notion de politique*, trad. M.-L. STEINHAUSER, Paris, Champs Flammarion, 1992, v. spéc., la désignation de l'ennemi à travers les siècles faite par l'auteur, p. 84 à 88. V. encore D. HELLER-ROAZEN, *L'ennemi de tous : le pirate contre les nations*, éd. Seuil, coll. La librairie du XX^e siècle, 2010.

29 V. E. TUCHSCHERER, « *Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre* », réf. electr. Mots. Les langages du politique [En ligne], 73 | 2003, mis en ligne le 09 octobre 2008, URL : <http://mots.revues.org/15642>, spéc. n° 15.

30 C. SCHMITT, *La notion de politique*, préc., spéc. p. 63 et s.

31 Présentant l'objet de son étude, Carl Schmitt s'exprime de la façon suivante : « ce ne sont pas les fictions et les abstractions normatives qui font l'objet de cette étude, mais la réalité existentielle et la possibilité effective de la discrimination en question. On peut partager ou non les espoirs et les efforts d'éducation cités, on ne saurait raisonnablement nier que les peuples se regroupent conformément à l'opposition ami-ennemi, que cette opposition demeure une réalité de nos jours et qu'elle subsiste à l'état de virtualité réelle pour tout peuple qui a une existence politique », C. SCHMITT, *La notion de politique*, préc., p. 66 et 67. v. J.-CL. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception, Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, préc.,

32 V. J.-L. HALPERIN, *Ambivalences des doctrines pénales modernes*, RSC 2010, p. 9. Le terme ennemi ne paraît pourtant pas utilisé par Beccaria. V. égal., A. P. PIRES, Beccaria, *L'utilitarisme et la rationalité pénale moderne*, p. 49, en ligne http://classiques.uqac.ca/contemporains/pires_alvaro/formation_rationalite_penale_moderne/3_beccaria_utilitarisme/3_beccaria_utilitarisme.html

33 V. P. VARJAO CRUZ, « *Le droit pénal de l'ennemi* », *Du phénomène au paradigme*, préc., p. 20.

34 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou des Principes du droit politique*, Livre II, Chapitre V, « *Du droit de vie ou de mort* », 1762.

35 V. not., S. LABRUSSE, « *Le droit de vie et de mort selon J.-J. Rousseau ou la politique de l'homme infallible* », *Annales J.-J. Rousseau*, t. XLIII, nov. 2001, p. 107-128 ; B. BERNARDI, « *Le droit de vie et de mort selon Rousseau : une question mal posée ?* », *Revue de métaphysique et de morale*, 2003/1 n° 37, p. 89-106. Cet article peut être consulté en ligne : <http://www.cairn.info/revue-de-metaphysique-et-de-morale-2003-1-page-89.htm>

celle de l'acte de défense de l'État³⁶ dont la seule survie, et non l'existence, implique une réaction d'une grande fermeté. D'autre part, la lecture du chapitre «*Du droit de vie et de mort*» ne peut être détachée de celle du chapitre IV du livre I³⁷ :

«La guerre n'est donc point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes, ni même comme citoyens, mais comme soldats; non point comme membres de la patrie, mais comme ses défenseurs. Enfin chaque État ne peut avoir pour ennemis que d'autres États, et non pas des hommes, attendu qu'entre choses de diverses natures on ne peut fixer aucun vrai rapport».³⁸

La filiation entre la pensée de Rousseau et le droit pénal de l'ennemi devient, dès lors, très douteuse, laissant supposer que Günther Jakobs se servirait de la philosophie contractualiste, tout en se démarquant de l'œuvre de Carl Schmitt, notamment par une approche différenciée du concept d'ennemi³⁹, afin d'orienter – de légitimer? – son discours. Pour autant, ce sont davantage les écrits de cet auteur qui paraissent être revisités par le droit pénal de l'ennemi. Carl Schmitt fait de l'ennemi, après le registre de l'exception⁴⁰, la condition de l'existence de l'État, ce

qui implique nécessairement que l'État soit en mesure de le désigner et de prendre la décision de le combattre. Le décisionnisme de Carl Schmitt est latent dans le texte de Günther Jakobs, alors même que ce dernier ne s'y réfère pas ouvertement⁴¹. Retranché dans son rôle d'observateur du droit «*de l'extérieur*», il semble se contenter d'affirmer qu'il existe des ennemis, que l'État réagit par la création d'un droit d'exception, mais que ce droit, de façon hypocrite, ne serait pas identifié clairement. Il se propose alors de le découvrir et de le qualifier comme tel afin d'éviter que les notions ne «*tombent en désordre*», parce que, tout de même, concède-t-il, le droit pénal de l'ennemi est dangereux. Au-delà du vocabulaire, cet attrait pour l'exception caractérise peut-être le plus la pensée, parfois paradoxale, de Günther Jakobs: il a donc conscience du danger, des dérives potentielles du droit pénal de l'ennemi mais, en réponse, il se contente d'affirmer qu'il suffit d'isoler les règles de ce droit nouveau, de le qualifier précisément de droit exceptionnel pour en conjurer, en quelque sorte, le danger ou simplement pour jouer son rôle de scientifique. La question reste posée de savoir si le juriste peut se contenter de ce rôle d'ordonnateur du droit, sous prétexte de neutralité scientifique, qui paraît bien illusoire: en d'autres termes, peut-il se contenter de donner une dénomination à un phénomène ou doit-il porter un jugement de valeur critique? La question est éculée mais le débat suscité par le droit pénal de l'ennemi ravive son intérêt⁴². On peut résumer la pensée de cet auteur de la façon suivante: lorsque la sécurité cognitive est en danger, le délinquant devient ennemi et le droit pénal devient une lutte, un combat, dont l'État ne peut faire l'économie au risque de perdre sa réalité. L'auteur ne se place-t-il pas, dès lors, dans une logique de légitimation

36 En ce sens, v. B. BERNARDI, préc., p. 103; V. égal., A. P. PIRES, *Histoire de savoir sur le crime et la peine. 2/ La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Larcier, Bruxelles, 2008, p. 69.

37 V. en ce sens, J. FERRAND, *Le conflit des rationalités au siècle des Lumières. Jalons pour penser la généalogie intellectuelle des politiques criminelles contemporaines*, Actes du colloque «Rationalité pénale et démocratie, 28-29 avril 2011, UQAM, à paraître.

38 ROUSSEAU, *Du contrat social*, Liv. I, ch. 4, *De l'esclavage*.

39 En ce sens, v. X. PIN, *L'internement de sûreté en Allemagne: une mesure de défense sociale à la dérive*, *Déviante et Société*, 2010/4 vol. 34, p. 527-545, spéc. p. 536, cet article peut être consulté en ligne: <http://www.cairn.info/revue-deviance-et-societe-2010-4-page-527.htm>; G. JAKOBS désignerait un *inimicus* criminel et non un *hostis omnium*, seul ennemi pris en considération dans la théorie schmittienne. Sur cette distinction, v. C. SCHMITT, *La notion de politique*, préc., p. 67.

40 C. SCHMITT, *Théologie politique I*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard (coll. «Bibliothèque des sciences humaines»), v. not., p. 16: «*Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle*».

41 V. le passage déjà cité dans lequel l'auteur insiste sur la nécessité de l'État de s'ancrer dans la réalité pour diriger de façon déterminante l'orientation sociale, au besoin en s'affranchissant des contraintes d'un État de droit qui ne permettent pas de lutter efficacement contre l'ennemi.

42 V. not., E. R. ZAFFARONI, préc. v. égal., concernant la fonction de légitimation de la doctrine, P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004, p. 245 et s.

de la théorie, le conduisant à admettre le modèle du droit pénal de l'ennemi? Pour le moins, le fait même de passer sous silence la pensée de Carl Schmitt, ou encore d'omettre les applications historiques d'un droit pénal de l'auteur⁴³, dont le droit pénal de l'ennemi constitue un prolongement contemporain, est de nature à susciter l'étonnement, voire un certain agacement.

L'actualité du droit pénal de l'ennemi ne tient donc pas au caractère novateur de ses fondements, mais plutôt au fait que l'idéologie véhiculée par une telle théorie avait disparu du discours juridique après la seconde guerre mondiale : le souffle humaniste de l'après-guerre s'accordait difficilement avec l'idée de dépersonnalisation. Or, précisément, cette idée se situe au cœur de la théorie : le délinquant devient ennemi par un processus de dépersonnalisation, conséquence d'une perte de confiance de l'État en la capacité du délinquant à respecter, à l'avenir, ses obligations. Ce constat justifierait pleinement de recourir à des mesures de contrainte particulières et principalement *ante delictum* : la prévention, la neutralisation de l'ennemi – dont la dangerosité serait avérée – prendrait ainsi le pas sur la répression. Ce n'est pas tant la mesure *ante delictum* qui constitue le principal écueil, le Code pénal français usant des mesures de sûreté, parce qu'il n'a jamais, idéologiquement, rejeté toutes mesures de défense sociale⁴⁴, mais davantage le fait de placer au cœur de sa réflexion la personne juridique, abstraite, au détriment de l'être humain : or, ce n'est pas la personne juridique qui est atteinte par la norme pénale, c'est avant tout l'individu en tant qu'être humain. Outre la « *déshumanisation du droit pénal* »⁴⁵ qu'elle recèle, cette théorie conduit nécessairement à bouleverser les fondements du droit pénal en

substituant la dangerosité à la culpabilité : certaines applications concrètes de la théorie en témoignent.

Les applications concevables de la théorie

Günther Jakobs se livre à un examen du droit allemand afin d'y découvrir les manifestations tangibles de sa théorie : il isole donc les règles de droit pénal de fond ou de forme qui traduisent, selon lui, la consécration d'un droit pénal de l'ennemi. Or, il est assez remarquable de constater que les réflexions tirées du droit allemand peuvent, assez aisément, être transposées en droit français. Selon lui, l'exemple le plus clair d'une réglementation de droit pénal de l'ennemi est la mesure d'internement de sûreté (*Sicherungsverwahrung*)⁴⁶, dont le seul objectif est la prévention contre des faits pénaux de la personne en détention : « *la dangerosité de l'individu détenu prime sur tout, il est l'ennemi de la société, il n'est plus un citoyen libre, il n'est plus un citoyen qui a la pleine jouissance de ses droits* »⁴⁷. À l'évidence, la privation des droits est consubstantielle à toute forme de détention, l'affirmation recèle nécessairement une autre information. L'emploi du mot citoyen n'est pas anodin : Günther Jakobs trace, ici, les contours d'une distinction entre le droit pénal classique s'appliquant au citoyen et un droit pénal différent qui pourrait être retenu à l'encontre de l'individu ayant perdu cette qualité, désigné sous le terme d'ennemi⁴⁸. Cette distinction attesterait d'une nouvelle orientation du droit pénal : aux côtés du droit pénal du citoyen, ordinaire, coexisterait un droit pénal de l'ennemi fondé exclusivement sur la dangerosité. Or, le droit français n'ignore pas cette notion, consacrée dans la

43 L'approche historique est limitée à la seule dimension technique de la répression des actes préparatoires de l'infraction.

44 V. not., R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 2001, p. v. égal., J.-L. HALPERIN, *Ambivalences des doctrines pénales modernes*, préc.

45 V. M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, préc., p. 41 et s.

46 V. not., X. PIN, *L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive*, préc.; C.A. KUPFERBERG, *La Sicherungsverwahrung ou la rétention de sûreté allemande*, Dr. Pénal 2008, Étude 8.

47 G. JAKOBS, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, préc.

48 V. not., P. VARJAO CRUZ, « *Le droit pénal de l'ennemi* », *Du phénomène au paradigme*, préc., p. 24 à 29.

loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté⁴⁹. Les textes allemands consacraient un champ d'application plus large que celui envisagé par les dispositions françaises et présenteraient des garanties moindres, depuis une quinzaine d'années, notamment par des internements *a posteriori* et par des applications rétroactives⁵⁰, conduisant à des condamnations de l'Allemagne par la Cour européenne⁵¹. Ce n'est pas l'objet principal de la comparaison : ce qui importe est de constater, qu'à l'instar du droit allemand et dans la continuité de la loi du 12 décembre 2005⁵², le législateur français place la dangerosité au cœur de la réten-

tion de sûreté afin de justifier une mesure pénale qui, avant toute autre considération, présente un objectif de neutralisation. Par définition, la mesure s'applique à une personne condamnée et qui a déjà purgé sa peine, « lorsqu'elle présente une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive, parce qu'elle souffre d'un trouble grave de la personnalité », selon les termes de la loi⁵³. La dangerosité n'est pas définie par la loi, elle serait, selon les travaux préparatoires, une notion criminologique, ce qui lui conférerait une certaine légitimité⁵⁴. Toutefois, il ne semble pas avéré que la notion soit davantage définie dans le champ criminologique et l'analyse sémantique ne permet pas manifestement d'en dessiner avec précision les contours⁵⁵. L'analyse historique n'est pas beaucoup plus éclairante, sauf à déceler un lien de filiation qui devrait encore être discuté entre dangerosité, état dangereux, témibilité ou encore périculosité, concepts apportés par Garofalo⁵⁶. Sans même qu'il soit nécessaire d'ouvrir, dans ce propos, le débat relatif à la qualification – peine, mesure de sûreté –, l'idée de faire reposer une mesure de rétention, sans réelle limite de durée et au mépris du principe de la légalité criminelle, sur la seule notion de dangerosité atteste d'une déconstruction du droit pénal : or, cette déconstruction s'accompagne d'une reconstruction exclusivement orientée, non pas vers le crime, mais vers le criminel identifié et catalogué selon

49 Pour une analyse de ces textes, v. not. H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, Dr. Pén. 2008, étude 5 ; C. LAZERGES, *La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel*, RSC 2008, chron. p. 731 ; J. PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux*, D. 2008, chron. p. 1000 ; E. SENNA, *Premières réflexions sur les adaptations du régime de sûreté des condamnés criminels dangereux*, AJ Pénal 2008, Dossier p. 223.

50 V. not., X. PIN, *L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive*, préc. spéc. p. 537 et s. v. égal., P. VARJAO CRUZ, préc. p. 32.

51 Sur le fondement de la violation des articles 5, § 1, et 7, § 1, de la Convention, v. not, CEDH, 17 déc. 2009, *M. c/ Allemagne*, D. 2010, Jur. 737, note J. PRADEL ; AJ pénal 2010. 129, étude J. LEBLOIS-HAPPE ; RSC 2010, 228, obs. D. ROETS ; v. encore, sur même fondement, CEDH, 13 janv. 2011, *Kallweit c/ Allemagne* ; *Mautes c/ Allemagne* ; *Schummer c/ Allemagne* ; D. 2011. Actu. 379, obs. BACHELET ; Dalloz actualité, 31 janv. 2011, obs. BACHELET. *Haidn c/ Allemagne*, D. 2011. Actu. 379, obs. BACHELET ; Dalloz actualité, 31 janv. 2011, obs. Bachelet ; sur le fondement de la violation de l'article 5, § 1, e), v. CEDH, 13 janv. 2011, *Haidn c/ Allemagne*, la Cour considère, notamment, que la mesure ne peut être justifiée au regard de l'article 5, §1, e) de la Convention qui concerne les aliénés dès lors qu'une différence de traitement existe entre les délinquants dangereux et les malades mentaux. Le droit français est similaire, v. pour une actualité récente, L. n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

52 V. déjà art. 723-31 C. pr. pén. (évaluation de la dangerosité aux fins de surveillance judiciaire) ; art. 763-10 C. pr. pén. (évaluation de la dangerosité aux fins d'un placement sous surveillance électronique mobile).

53 Art. 706-53-13 C. pr. pén.

54 En ce sens, v. F. FIECHTER-BOULVARD, *Quand la criminologie risque de n'être qu'un prétexte du droit pénal*, in *Les foudres du pénal*, L'irascible, Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles, n°2, p. 197 à 226.

55 V. en ce sens, F. FIECHTER-BOULVARD, *Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de dangerosité*, APC, n°31, 2009, p. 265.

56 V. F. FIECHTER-BOULVARD, *Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de dangerosité*, préc., spéc., p. 280 à 284 ; M. KALUSZYNSKI, *Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages*, Champ pénal/Penal field [En ligne], Vol. V | 2008, URL : <http://champpenal.revues.org/6183> ; J. DANET, *La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante*, Champ pénal/Penal field [En ligne], Vol. V | 2008, URL : <http://champpenal.revues.org/6013>.

un critère non défini légalement, si ce n'est par référence à ses actes passés et à une probabilité qu'il les réitère à l'avenir, selon une méthode à définir⁵⁷. En ce sens, l'on peut souscrire aux propos de Günther Jakobs : la mesure de détention de sûreté atteste bien d'une réglementation du droit pénal de l'ennemi. L'ennemi étant, selon une interprétation de la loi française, le bourreau d'enfant, l'assassin particulièrement abject, le prédateur sexuel, le récidiviste... tous présentant des points de convergence, malgré des profils très disparates. D'une part, ces auteurs dirigent leurs méfaits vers les personnes et non, pour l'heure, vers les biens, d'autre part, ils souffrent d'un trouble grave de la personnalité sans être pour autant atteints d'un trouble psychique ou neuropsychique abolissant leur discernement⁵⁸. En d'autres termes, il se dégagerait dans le droit français, à l'instar de législations étrangères plus anciennes, des catégories juridiques de délinquants anormaux et d'habitude⁵⁹, auxquels la loi réserverait un traitement différencié. Il convient de relever toutefois que la mesure peut s'appliquer à des primo délinquants, mais dont on suppose qu'ils vont récidiver parce qu'ils ont commis un acte odieux, faisant presque présumer leur anormalité. L'ennemi ainsi esquissé est donc bien le

récidiviste qui récidivera, sans ambiguïté depuis la loi du 10 mars 2010, ou, la nuance n'est pas mince, celui qui après une première infraction récidivera : propension à réitérer un acte et anormalité seraient dès lors intimement liées, sans qu'il soit possible d'en fournir une définition précise. À ce titre, la loi du 25 février 2008 s'inscrit dans la logique d'une politique criminelle dont la rigueur est dirigée vers ces populations pénales depuis les années quatre-vingt-dix⁶⁰, pour s'en tenir à la période la plus récente⁶¹.

Poursuivant l'inventaire des règles de fond qui relèveraient d'un droit pénal de l'ennemi, Günther Jakobs s'intéresse aux dispositions allemandes autorisant une punissabilité anticipée (*vorverlagerungen der strafbarkeit*) et pouvant être qualifiées de droit pénal de l'ennemi. La norme pénale qui atteint, non pas seulement celui qui commet ou tente de commettre une infraction, mais celui qui se situe dans sa phase de préparation, serait ainsi une norme de droit pénal de l'ennemi. Les exemples ne manqueraient pas en droit allemand, qu'il s'agisse de la répression de l'association criminelle et naturellement terroriste, de la tentative de participation ou encore de la falsification de documents sous les formes de fabrication et d'obtention⁶². Ainsi l'auteur insiste sur la répression du chef d'une association terroriste qui peut être puni d'une peine privative de

57 Concernant la méthode actuarielle, v. not., B. E. HARCOURT, J. KREEGER, *Une généalogie de la rationalité actuarielle aux États-Unis aux XIX^e et XX^e siècles*, RSC 2010, p. 31 ; B. E. HARCOURT, « Surveiller et punir à l'âge actuariel » *Généalogie et critique* (Partie II), *Déviante et Société*, 2011/2 Vol. 35, p. 163-194, en ligne. <http://www.cairn.info/revue-deviance-et-societe-2011-2-page-163.htm>

58 Ces individus sont pénalement irresponsables (art. 122-1, al. 1^{er}, C. pén.) alors même qu'une approche victimaire du procès pénal a conduit le législateur à consacrer une procédure particulière dans cette hypothèse (second volet de la loi du 25 février 2008), v. not. H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, préc.

59 Il est ici emprunté la formulation de deux auteurs, v. J. DANET, C. SAAS, *De l'usage des notions de « délinquants anormaux » et « délinquants d'habitude » dans les législations allemande, belge, française et suisse*, *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. VII | 2010, URL : <http://champpenal.revues.org/7955>.

60 V. J. DANET, C. SAAS, *De l'usage des notions de « délinquants anormaux » et « délinquants d'habitude » dans les législations allemande, belge, française et suisse*, préc. Ces auteurs évoquent notamment la loi de 1994 relative à la perpétuité réelle, celle de 1998 instaurant le suivi socio-judiciaire et, naturellement, les lois ayant expressément pour objet de lutter contre la récidive : loi du 12 décembre 2005, sur le traitement de la récidive des infractions pénales ; loi du 10 août 2007, sur la récidive instaurant notamment des peines plancher. Il faut encore ajouter à cette liste la loi du 10 mars 2010, tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale. Le texte contient notamment des dispositions relatives à la rétention et à la surveillance de sûreté et vise également à renforcer l'efficacité des dispositions relatives à l'injonction de soins et à la surveillance de sûreté.

61 Pour une approche historique, v. not. M. KALUSZYNSKI, *Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages*, préc.

62 Pour ces derniers exemples, v. P. VARJAO CRUZ, « *Le droit pénal de l'ennemi* », *Du phénomène au paradigme*, préc., spéc. p. 34.

liberté pouvant atteindre une durée de quinze ans, « pour avoir exercé des fonctions ou activités dans l'organisation, sans qu'il soit nécessaire que des actes terroristes aient véritablement vu le jour ; quinze ans est d'ailleurs aussi, en règle générale, la peine maximale pour un homicide »⁶³. Le code pénal français contient des règles similaires : ainsi, aux termes de l'article 421-2-1, constitue un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un acte de terrorisme mentionné aux articles 421-1 et 421-2. La participation au groupement ou à l'entente est punie notamment, selon les cas, de dix ans d'emprisonnement à vingt ans de réclusion criminelle⁶⁴, alors que l'organisateur du groupe encourt, quant à lui, entre autres peines, vingt ans à trente ans de réclusion criminelle⁶⁵. Non seulement la loi pénale intervient précocement, avant toute commission ou même tentative de commission d'une atteinte aux personnes ou aux biens, mais encore elle frappe avec intensité. L'incrimination, du moins dans sa forme originale, est issue de la loi du 22 juillet 1996, soit à peine un an après la vague d'attentats (notamment à la station de métro Saint-Michel à Paris) qui a frappé la France en 1995. Depuis les attentats du 11 septembre 2001, de façon constante et pour s'en tenir aux seuls textes qui répriment les actes préparatoires, la répression s'est intensifiée : création d'une nouvelle incrimination⁶⁶, aggravation des peines existantes⁶⁷. Aucun auteur français ne paraît avoir vu, sur le coup, la consécration d'un droit pénal de l'ennemi dans ces textes ; c'est parfaitement compréhensible : d'une part, l'ampleur des attaques terroristes semblait interdire toute remise

en question d'une intervention étatique forte, d'autre part, la technique juridique employée ne présentait pas un caractère novateur. En effet, ces incriminations ne participent pas d'une déconstruction des concepts classiques du droit pénal : elles pourraient être rattachées aux infractions formelles ou, plus certainement encore, à la notion de délits obstacles⁶⁸, présente, notamment, dans le livre IV du Code pénal qui vise les crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique. La répression de l'association de malfaiteurs en constitue un exemple topique⁶⁹ : il s'agit d'incriminer le plus tôt possible afin d'éviter qu'une infraction plus grave ne soit commise. Une question demeure : peut-on, ou doit-on, aujourd'hui, qualifier ces mesures de droit pénal de l'ennemi et en tirer toutes les conséquences qui s'imposent ? Manifestement, le développement des infractions obstacles ne se dément pas. Ainsi, le délit d'embuscade créé par la loi du 5 mars 2007 participe de ce mouvement⁷⁰. Plus récemment encore, la loi du 2 mars 2010 a introduit dans le code pénal les délits d'intrusion dans un établissement d'enseignement scolaire⁷¹, d'introduction d'armes

63 G. JAKOBS, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, préc.

64 Art. 421-5, al. 1^{er}, et 421-6, al. 1^{er}, C. pén.

65 Art. 421-5, al. 2, et 421-6, al. 5, C. pén.

66 Art. 421-2-2 C. pén., qui crée une incrimination destinée à lutter contre le financement de l'activité terroriste et qui, dans sa structure, est clairement une infraction qui permet une répression anticipée. Sur la nature exacte infraction obstacle/ infraction formelle, v. *infra*, note 68.

67 Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, modifiant l'article 421-5 C. pén. ; Loi n° 2006-64 du 23 janv. 2006 créant l'article 421-6 C. pén.

68 La distinction entre ces deux catégories est malaisée : l'infraction obstacle présenterait un lien plus distendu avec le résultat légal de l'infraction matérielle correspondante, v. not. P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 323 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 668. Pour notre propos, il est surtout intéressant de montrer qu'il s'agit d'une forme de répression anticipée.

69 Art. 450-1 C. pén., l'obstacle étant, dans ce cas, déterminé. V. égal., le complot (C. pén., art. 412-2) ; l'intelligence avec une puissance étrangère (C. pén., art. 411-5) ; la participation à un attroupement en étant porteur d'une arme (C. pén., art. 431-5)...

70 Art. 222-15-1 C. pén., qui réprime de cinq à sept ans d'emprisonnement et de 75 000 à 100 000 euros d'amende le fait d'attendre un certain temps et dans un lieu déterminé un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, ainsi qu'un sapeur-pompier civil ou militaire ou un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs, dans le but, caractérisé par un ou plusieurs faits matériels, de commettre à son encontre, à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, des violences avec usage ou menace d'une arme.

71 Art. 431-22 et s. C. pén.

dans un établissement scolaire⁷², mais elle a surtout ajouté un article 222-14-2 au Code pénal. Cette nouvelle incrimination punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende⁷³ le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens. Des auteurs ont porté un regard très critique envers cette disposition. Ainsi lui est-elle reproché de porter atteinte aux « *piliers du droit pénal que sont les principes de nécessité et de légalité* »⁷⁴, le législateur se plaçant délibérément sur le terrain de la punissabilité anticipée dans l'objectif, notamment, de prévenir les exactions des casseurs lors de manifestations sur la voie publique⁷⁵. Sur ce point précis, l'analyse d'un auteur, Olivier Cahn, mettant en parallèle expressément le droit pénal de l'ennemi et la répression des mouvements protestataires, est édifiante⁷⁶. Expliquant d'abord le processus de construction d'un « *ennemi intérieur* »⁷⁷, en l'occurrence les membres de l'ultra gauche mouvance anarcho-autonome,

susceptibles de participer à des « *black blocs* »⁷⁸, notamment lors des contre-sommets altermondialistes⁷⁹, l'auteur s'attache ensuite à démontrer les implications d'un droit pénal de l'ennemi, aussi bien dans les règles de fond que de forme. Ainsi, l'article 222-14-2 du Code pénal caractériserait la volonté du législateur de justifier un prétendu vide législatif afin d'atteindre une catégorie d'individus identifiables par les forces de l'ordre, avant toute commission d'infraction :

« par exemple, toute personne de noir vêtue qui prend part à une manifestation dans laquelle un black bloc se constitue est susceptible d'être interpellée et poursuivie avant même que quelque infraction soit commise »⁸⁰.

L'intérêt de l'incrimination est double. Sur le fond, la répression est facilitée : il devient inutile d'avoir recours aux règles relatives à la participation à un attroupement qui implique, en l'absence de port d'arme, le respect d'une

72 Art. 431-28, C. pén.

73 En première lecture, les députés avaient retenu des peines plus graves (3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende).

74 R. PARIZOT, *L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal*, D. 2009. Chron. 2701.

75 V. l'exposé des motifs : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion1641.asp>. Sur la genèse du texte, v. not. O. CAHN, *La répression des « black blocs », prétexte à la domestication de la rue protestataire*, APC 2010, p. 165 à 218, spéc. p. 183. Cet article s'inscrit dans un numéro consacré au thème suivant : *Espaces publics. Surveillance et répression*, v. égal., P. PONCELA, *La pénalisation des comportements dans l'espace public*, APC 2010, p. 5 à 21.

76 O. CAHN, *La répression des « black blocs », prétexte à la domestication de la rue protestataire*, préc.

77 La désignation de l'ennemi implique alors, pour l'auteur, de se référer à Carl Schmitt, v. O. CAHN, préc., spéc. p. 175 et 176.

78 V. not., F. DUPUIS-DERI, « *Black Blocs : bas les masques* », *Mouvements*, 2003/1 n° 25, p. 74-80, en ligne : <http://www.cairn.info/revue-mouvements-2003-1-page-74.htm> : selon cet auteur, « *Les Black Blocs sont apparus à Berlin Ouest pendant l'hiver de 1980 alors que les policiers vidaient brutalement des squats de militants du mouvement autonome. Décidés à défendre leur logement, ces militants formeront les premiers Black Blocs – expression lancée par la police allemande – qui affronteront les policiers dans de violents combats de rue. Le Black Bloc est un type d'action collective, une tactique. Ceux et celles qui veulent former un Black Bloc se présentent lors d'une manifestation vêtus et masqués de noir : se reconnaissant aisément, ils peuvent alors constituer un contingent. La première fonction d'un Black Bloc est d'exprimer une présence anarchiste et une critique radicale au cœur d'une manifestation. Il offre aussi la possibilité à des militants de mener des actions directes car cette masse dans laquelle ils se fondent leur assure une solidarité politique et protège leur anonymat, ce qui rend d'autant plus difficile pour les policiers de cibler et d'arrêter un individu en particulier* ».

79 Pour des exemples de black blocs organisés sur le territoire national v. O. CAHN, préc., spéc. p. 167, note 14 : Sommet du G8 d'Évian, 1^{er} au 3 juin 2003 ; Sommet des ministres des États membres de l'Union européenne chargés de l'immigration, Vichy, 3 novembre 2008 ; Sommet de l'OTAN, Strasbourg, 3 et 4 avril 2009 et déménagement de la maison d'arrêt de Poitiers, 10 octobre 2009.

80 O. CAHN, préc., spéc. p. 186.

procédure relativement complexe⁸¹. Sur la forme, l'incrimination, placée délibérément dans le livre II du Code pénal, devrait permettre de retenir un régime procédural de droit commun : ce n'est pas le cas du texte incriminant la participation à un attroupement, de nature politique, excluant, par là-même, les procédures simplifiées. Il devient ainsi concevable de poursuivre et de juger, en comparution immédiate, les auteurs de l'infraction visée par l'article 222-14-2 du Code pénal. Plus généralement, les textes les plus récents, qu'il s'agisse de la loi du 2 mars 2010 ou, antérieurement, du décret du 19 juin 2009 qui a incriminé « *le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, de dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifiée dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public* »⁸², traduiraient une tendance nette tout à la fois à une aggravation⁸³ et à une anticipation de la répression à l'égard de manifestants que l'on présume violents. Au vu des textes, l'affirmation semble difficilement contestable mais, au-delà, c'est davantage la technique juridique employée qui donne

du crédit à la thèse soutenue. Sacrifiant des principes fondamentaux du droit pénal – légalité, nécessité, proportionnalité des peines⁸⁴ – pour atteindre une catégorie déterminée d'individus, en considération non exclusive de leurs actes, la norme pénale sanctionne, en outre, des actes préparatoires selon des conditions nettement moins rigoureuses que par le passé⁸⁵. Pour ces raisons et en contemplation des critères exposés par Günther Jakobs, elle pourrait, effectivement, se muer en droit pénal de l'ennemi⁸⁶.

Des applications du droit pénal de l'ennemi dans la procédure pénale seraient également envisageables. Günther Jakobs évoque notamment les formes de contrainte qui limitent les droits de la personne poursuivie. Il met ainsi en perspective, en droit allemand, la détention provisoire et la mesure de sûreté et de détention. L'accusé contraint d'assister à son procès ne pourrait plus être perçu comme une personne, dès lors que la mesure serait guidée par le seul motif d'éviter l'éventualité d'une réitération de l'infraction. Dans cette hypothèse, seule la dangerosité justifierait la privation de liberté avant jugement qui ne pourrait pas être fondée sur une autre cause⁸⁷. Le code de procédure pénale français n'ignore pas ce motif de placement en détention provisoire : aux termes de l'article 144, 7°, la détention provisoire peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré qu'elle constitue l'unique moyen de mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement. Pour autant, sur la forme, la loi française ne réserve pas de disposition particulière à ce

81 Les peines prévues par l'article 431-4 C. pén. impliquent une appréciation du risque de trouble de l'ordre public, une décision de dispersion, des sommations avant l'emploi de la force publique, v. not. H. VLAMYNCK, *Le maintien de l'ordre : manifestations, réunions publiques et attroupements*, AJ Pénal 2009, p. 289 ; J.-F. DREUILLE, *J.-Cl. Pénal*, art. 431-3 à 431-8 : fasc. 20, 2008.

82 Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique. L'article R. 645-14 C. pén., issu du décret, prévoit une amende de la cinquième classe, soit 1 500 euros, pouvant être portée à 3 000 euros en cas de récidive. Pour une critique du décret, v. not. A.-G. ROBERT, RSC 2009, p. 882 ; F. DEFFERRARD, *Requiem pour un « capuchard »*, D. 2009, 2225. Le décret a été attaqué devant le conseil d'État, qui a considéré que les dispositions visées « *sont conformes tant aux exigences constitutionnelles du principe de légalité des infractions et des peines, qu'aux stipulations de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* », v. E. PECHILLON, *L'interprétation du décret anti-cagoule par le conseil d'État*, obs. sous CE, 23 fév. 2011, AJ Pénal 2011, p. 240.

83 Ainsi, les peines prévues par les articles 431-4 (participation délictueuse à un attroupement, après sommations) et 431-5 (participation armée à un attroupement) du Code pénal sont aggravées lorsque l'auteur dissimule son visage afin de ne pas être identifié.

84 On pourra objecter, toutefois, que les principaux textes envisagés ont été examinés par le conseil constitutionnel (Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010) ou par le conseil d'État (v. CE, 23 fév. 2011, concernant le décret du 19 juin 2009, v. *supra*, note n° 81), sans qu'il ait été relevé une atteinte à ces principes.

85 V. not., les conditions strictes qui entourent la répression de l'association de malfaiteurs, incriminée à l'article 450-1 du code pénal.

86 La figure du « terroriste anarcho-autonome » développée par Olivier Cahn, qui met en lumière la volonté politique de dénaturer la qualification de terrorisme, est de nature à lever les derniers doutes ; sur l'affaire dite du « groupe de Tarnac », v. spéc. p. 192 et s.

87 § 112 a C. pr. pén. allemand. Pour une traduction v., R. LEGAIS, en ligne : http://ledroitcriminel.free.fr/la_science_criminelle/articles/detention_preventive.htm#not

seul motif. Par ailleurs, le caractère subsidiaire de la détention est régulièrement renforcé au profit du contrôle judiciaire et désormais de l'assignation à résidence avec surveillance électronique. En outre, l'article 144 impose au juge des libertés et de la détention une exigence de double motivation, lorsqu'il ordonne ou prolonge une détention provisoire⁸⁸. Toutefois, il peut incontestablement prendre une telle décision au regard du seul risque de renouvellement de l'infraction par une personne soupçonnée d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à trois ans. La détention provisoire est bien, dans cette hypothèse, une mesure de sûreté⁸⁹. Doit-on, comme le suggère Günther Jakobs, y déceler une application procédurale du droit pénal de l'ennemi? Les garanties évoquées, ainsi que le régime des demandes de mise en liberté, invitent à formuler une réponse négative. De plus, la durée de la détention provisoire s'impute sur la durée de la peine définitive⁹⁰ ou, à défaut de condamnation, la mesure injustifiée donne lieu, en principe, à une indemnisation⁹¹; la figure de l'ennemi déshumanisé et privé de l'ensemble de ses droits semble bien, dans ce cas, inappropriée, du moins en droit français, sauf à qualifier d'ennemi toute personne faisant l'objet d'une contrainte, notamment au titre d'une mesure de sûreté. Cette affirmation n'est toutefois pas contradictoire avec une idée ancienne, mais non désuète, selon laquelle « *La détention préventive est une institution à laquelle l'idée de justice est étrangère* »⁹².

Günther Jakobs se réfère, par ailleurs, aux mesures de surveillance des personnes, de leurs communications téléphoniques, de leurs conversations privées dans des domiciles sonorisés, des enquêtes sous couverture. Ces mesures sont également prévues par le Code de procédure pénale, particulièrement dans le titre intitulé « *de la procédure applicable à la délinquance et à la criminalité organisées* »⁹³, titre qui constitue à lui seul un Code dans le Code⁹⁴. Un régime dérogatoire est prévu, depuis 2004, afin d'adapter les techniques policières à une nouvelle forme de criminalité, qui mettrait en échec les investigations classiques. Incontestablement, non seulement le répertoire des actes s'accroît, mais encore la coercition, les atteintes aux libertés individuelles sont plus marquées que dans le régime des enquêtes ordinaires⁹⁵. Pour autant, faut-il, là encore, conclure à l'émergence d'un droit pénal de l'ennemi? Ce régime dérogatoire est soumis à un contrôle de l'autorité judiciaire, le plus souvent, pour les mesures les plus attentatoires aux libertés, au contrôle d'un magistrat du siège (magistrat instructeur ou JLD). Néanmoins, certains motifs d'inquiétude subsistent. Tout d'abord, la criminalité organisée

88 V. les modifications récentes apportées à l'article 144 du code de procédure pénale par les lois du 5 mars 2007 et du 24 novembre 2009.

89 V. J.-P. DOUCET, *La détention préventive : mesure exceptionnelle?* Gaz. Pal. 10 juin 1966, Recueil 1966 I Doc. 130, en ligne (site auteur) http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/articles/detention_preventive.htm#not

90 Art. 716-4 C. pr. pén.

91 Toutefois, peuvent être critiquées les exceptions prévues par l'article 149 c. pr. pén., notamment l'exclusion de toute réparation lorsque l'absence de condamnation résulte d'une cause d'irresponsabilité pénale au sens de l'article 122-1 du Code pénal (abolition du discernement).

92 R. GARRAUD, *Traité d'instruction criminelle*, t. III, Paris 1912, p. 128.

93 V. not., J. PRADEL, *Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité*, JCP 2004. I. 132; B. DE LAMY, *La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, D. 2004. 1910; *Criminalité organisée : une justice adaptée?* Dossier, AJ pénal 2004. 177.

94 V. not., C. LAZERGES, *Dédoulement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux*, Les droits et le droit. Mélanges BOULOC, Paris, Dalloz, 2007, p. 574-589.

95 Mesure de surveillance sur l'ensemble du territoire national (Art. 706-80 C. pr. pén.); infiltration (Art. 706-81 C. pr. pén.); règles dérogatoires concernant la garde à vue (Art. 706-88 C. pr. pén.); règles dérogatoires concernant les perquisitions (Art. 706-89 et s. C. pr. pén.); écoutes téléphoniques en enquête de police (Art. 706-81 C. pr. pén.), sonorisation et fixation d'images de certains lieux ou véhicules (Art. 706-96 C. pr. pén.), captation de données informatiques (Art. 706-102-1 C. pr. pén.).

n'est pas définie avec précision par la loi⁹⁶, ce qui permet aisément de mettre en œuvre des pouvoirs dérogatoires au regard des qualifications pénales visées. Ensuite, les constatations incidentes ne sont pas affectées par une quelconque nullité : sans nier son intérêt pragmatique, une telle solution n'est pas de nature à décourager les éventuels détournements de procédure. Enfin, la liste des incriminations relevant de ce régime est loin d'être cohérente : sont visées des atteintes aux biens (vol, escroquerie, destruction, dégradation et détérioration, extorsion, blanchiment, délit de non-justification de ressources), des atteintes aux personnes (meurtre, acte de barbarie, trafic de stupéfiants, enlèvement et séquestration, crimes et délits aggravés de proxénétisme et de traite des êtres humains, détournement d'aéronef), des atteintes contre la Nation, l'État et la paix publique (terrorisme, participation à une association de malfaiteurs, crimes en matière de fausse monnaie), auxquelles s'ajoutent des infractions spéciales (délits en matière d'armes et de produits explosifs prévu par le code de la défense, crimes et délits punis de dix ans d'emprisonnement contribuant à la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs, délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier d'un étranger en France). Cet inventaire rend délicate la désignation d'un éventuel ennemi : ce n'est pas tant le délinquant pris isolément qui est redouté, mais plus certainement la réunion, l'organisation, la capacité de délinquants à se structurer. En théorie, c'est donc moins la personne que la forme de la délinquance qui fait l'objet d'un régime dérogatoire. En pratique, il en va différemment. Chaque délinquant de la bande peut se voir appliquer une mesure coercitive ou restrictive de droits qu'il n'aurait pas subie s'il avait agi seul. La logique du Code de procédure pénale allemand ne paraît pas identique : si la bande est également visée dans les régimes dérogatoires, ce n'est pas la

bande ou l'entente qui constitue le dénominateur commun des infractions envisagées. De plus, la loi allemande vise, au premier chef, des incriminations qui relèvent de la préservation de l'autorité et de la sécurité de l'État allemand. La notion d'ennemi pourrait donc prendre davantage de sens. Toutefois, cette remarque ne résiste pas à une analyse plus poussée : les textes allemands visent également des infractions très proches de celles listées par l'article 706-73 du Code de procédure pénale. Pour toutes ces raisons, les procédures dérogatoires ne peuvent, avec évidence, être qualifiées de droit pénal de l'ennemi. Pour autant, le livre IV du Code de procédure pénale, en perpétuelle expansion⁹⁷, atteste bien que certaines catégories de délinquants peuvent faire l'objet de mesures intrusives, privatives de droits, dans des conditions fortement dérogatoire au droit commun. L'accroissement des prérogatives policières peut, d'un point de vue strictement pragmatique, s'entendre, d'autant que les principales mesures les plus attentatoires aux libertés sont placées sous le contrôle d'un magistrat du siège. En revanche, l'esprit qui anime ces textes est très inquiétant lorsque le législateur inverse la finalité des règles formelles, assimilant, d'une part, la procédure pénale à un obstacle à la répression, d'autre part, en considérant que les droits de la défense doivent être inversement proportionnels à la gravité des faits reprochés⁹⁸. À ce titre, la modification substantielle de l'article 706-88 du Code de procédure pénale (garde à vue dans le régime de la criminalité organisée) par la loi du 14 avril 2011 constitue une réorientation encourageante, même si l'autorité judiciaire conserve, en pratique, une marge de manœuvre non négligeable.

Le droit pénal de l'ennemi n'est pas une simple vue de l'esprit. La théorie prend même une résonance particu-

96 Le Code de procédure pénale ne définit pas la criminalité organisée. En revanche, aux termes, imprécis, de l'article 132-71 du Code pénal : « constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions ».

97 V., pour une dernière modification, la loi n° 2011-1862 du 13 déc. 2011, relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, qui ajoute un titre XXXIII « *De la procédure applicable en cas d'accident collectif* ».

98 Ce dernier point était clairement illustré par le droit à l'assistance d'un avocat au cours de la garde à vue, dans le régime prévu par l'article 706-88, ancien, du Code de procédure pénale (criminalité et délinquance organisée).

lière dans l'actualité⁹⁹. Même limitées, ses applications en droit positif sont indéniables. Elle ne pourra pas être balayée d'un simple trait de plume tant les ressorts, les implications, sont d'une extrême complexité. Ainsi, la théorie fait-elle ressurgir les vieux démons de la conception positiviste de la défense sociale et inexorablement, dans la foulée, l'antagonisme déterminisme / libre arbitre. Or, peut-être convient-il de ne pas adopter une démarche par trop dogmatique, si l'on souhaite éviter que le droit pénal de l'ennemi ne recueille l'adhésion. La diabolisation du droit pénal de l'ennemi au moyen de références systématiques à l'école positiviste, aux mesures de défenses sociales qui prôneraient exclusivement l'élimination, en passant par le postulat déterministe qui, par essence, serait incompatible avec une vision humaniste du droit pénal, ne suffira pas à endiguer l'émergence d'un droit pénal de l'ennemi. Le droit pénal de l'ennemi présente certainement cette seule vertu : il appelle à un réexamen des fondements du droit pénal. L'internement de sûreté en Allemagne éclaire assez bien les données du problème : il serait inexact d'assimiler toute mesure de défense sociale à une mesure émanant nécessairement d'un État totalitaire menant une politique d'extermination. Le fait que les nazis aient usé de l'internement de sûreté dans des conditions inhumaines, au regard de critères racistes et xénophobes, n'en fait pas nécessairement une institution nazie¹⁰⁰. Il demeure malgré tout un sentiment de malaise, comme s'il était impossible de détacher pleinement la mesure de sa mise

en œuvre. Or, il faut impérativement se contraindre à cet effort intellectuel et refuser le confort du raccourci. On a pu se demander ce qu'il convenait de faire de la pensée schmittienne¹⁰¹, à une échelle moindre, l'on peut se demander ce qu'il convient de faire du droit pénal de l'ennemi. À l'évidence, on ne peut prétendre, en quelques lignes, répondre à cette question. Le champ d'investigation est trop vaste, les connaissances pluridisciplinaires, à mobiliser, bien trop conséquentes. Mais une chose paraît acquise : il est nécessaire de dépasser sa première réaction, quasi-instinctive, de rejet de la théorie. Les dangers, les risques de dérives totalitaires qu'elle implique ne doivent pas occulter le débat, la discussion, d'autant plus si l'on souhaite ardemment que le phénomène du droit pénal de l'ennemi ne devienne pas un nouveau paradigme du droit pénal¹⁰².

99 Moins d'une heure après l'assaut du RAID, qui s'est achevé par le décès de Mohamed Merah, le 22 mars 2011, l'ancien président a exprimé sa volonté de multiplier les incriminations avant le passage à l'acte. Par ailleurs, la polémique récente suscitée par la condamnation, le 4 mai 2012, d'Adlène Hicheur, chercheur en physique fondamentale au CERN, s'inscrit dans cette logique, v. déjà, avant la condamnation, la tribune publiée dans le journal Le Monde, « *Non au délit de pré-terrorisme* », en ligne : http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/04/30/non-au-delit-de-pre-terrorisme_1693299_3232.html. Un nouveau projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme a été présenté le 11 avril en conseil des ministres, v. Dalloz Actualité, 18 avril 2012, obs. E. Allain.

100 X. PIN, L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive, préc.

101 J.-Cl. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception, Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, préc., p. 10 et p. 19 et s. ; V. égal. PH. RAYNAUD, « *Que faire de Carl Schmitt?* », Le Débat, 2004/4 n° 131, p. 160-167, cet article peut être consulté en ligne, <http://www.cairn.info/revue-le-debat-2004-4-page-160.htm> ; v. encore, R. FELLI, *Le quotidien libéral démocratique contre l'État d'exception. Notes à partir de la résurgence de Carl Schmitt*, Artículo – Journal of Urban Research, 1 | 2005, <http://articulo.revues.org/828>

102 En ce sens, v. P. VARJAO CRUZ, « *Le droit pénal de l'ennemi* », *Du phénomène au paradigme*, préc., spéc. la conclusion, p. 81.

VARIA

DROIT ET DÉVELOPPEMENT, ESSAI D'ANALYSE CRITIQUE

RENAUD BEAUCHARD*

On ne compte plus les débats juridiques autour de l'environnement juridique des affaires et de la concurrence normative entre les États qu'entraîne la mondialisation. Or ces débats sont contemporains de tout un courant de pensée néo-institutionnel qui voit dans le droit un facteur de développement économique, lequel est assez méconnu en France ou trop souvent assimilé à l'analyse économique du droit. Pourtant, la pensée française, pour l'essentiel allergique à l'analyse économique du droit, fait du néo-institutionnalisme à la façon de Monsieur Jourdain lorsqu'elle s'engage avec la *common law* dans un combat normatif dont l'enjeu est de connaître les ressorts juridiques de la croissance économique. Cependant, privée de la richesse conceptuelle et foisonnante de la pensée nord-américaine et d'un fondement théorique cohérent, elle est engagée dans un combat d'arrière-garde, de surcroît capturé par les intérêts catégoriels des professions organisées, et sa critique en fait un suiveur plutôt qu'un meneur. Le présent article a donc un triple objet : faire la généalogie des courants de pensée sur le droit et le développement économique, afin d'en interroger les limites théoriques et les impasses sur le terrain et d'ouvrir les prémisses d'un débat non plus seulement centré sur le rôle du droit dans le développement économique, mais aussi sur ses rapports avec une politique de civilisation.

There are endless debates about the business legal environment and the normative competition among countries, which the globalization entails. All those debates are contemporaneous of a neo-institutional current of thought which sees a causal link between law and economic development, which is quite too rapidly associated in France with the law and economics movement. But the French legal thought, somewhat allergic to the Law and Economics, engages in neo-institutionalism like Mr. Jourdain when it engages with common law in a normative struggle which stake is to determine the legal fundamentals of economic growth. However, deprived from the conceptual and energetic wealth of North American thought, the French legal community is for the most part engaged in a rear guard struggle which, captured by the interest of the organized professions, makes France more a follower than a leader. The present article has a three-fold object: describe the genealogy of the thought on law and development in order to question its theoretical limits and practical shortcomings and introduce a debate not only centered on law and economic development, but also on law and civilization.

* Attorney, Rule of Law Consultant.

Dans quelle mesure le droit participe-t-il au développement d'un pays? C'est une question qui intéresse les économistes depuis longtemps et conditionne des politiques de développement depuis près de cinquante ans. Pourtant, la doctrine juridique française, à la différence de la communauté des juristes outre-Atlantique, s'est peu intéressée à ces questions jusque récemment. Il faut sans doute y voir là une particularité de débats juridiques français, dans lesquels la relation du droit à l'économie n'est pas chose simple. Longtemps perçue comme collatérale¹ du droit, la science économique et la matière juridique se sont tantôt imbriquées, opposées, ignorées². Plus récemment, l'économie en général, et le rapport du droit au développement en particulier ont investi en force les préoccupations des juristes français sous la forme d'une doctrine essentiellement d'origine américaine – la thèse des *Legal Origins* – et d'un indicateur – *doing business*³ – accréditant l'idée que la tradition juridique française ne serait pas étrangère aux déconvenues économiques des États qui l'auraient embrassée. Perçue comme une provocation, cette attaque cinglante a piqué au vif et réintroduit les rapports du droit et de l'économie au cœur des préoccupations des juristes et des pouvoirs publics français.

Parallèlement, beaucoup de choses ont été écrites et dites sur le printemps arabe depuis janvier 2010. De nombreux commentateurs ont glosé sur son acte fondateur, l'immolation par le feu de Mohammed Bouazizi, mais peu ont vraiment éclairé la raison profonde de l'acte de protestation désespéré de ce vendeur informel de fruits auquel un

agent de police assisté par deux agents municipaux avaient confisqué sa marchandise et sa balance électronique, représentant une valeur totale de 225 dollars, le privant ainsi non seulement des revenus servant à faire vivre sa famille, mais surtout, le condamnant à la faillite. Mohammed Bouazizi avait acheté sa marchandise à crédit. En la confisquant et en mettant un terme brutal à l'accord informel donnant à Mohammed Bouazizi le droit d'installer son étale sur la voie publique moyennant trois dinars par mois, la police et les autorités locales tunisiennes l'avaient tout à la fois privé de son capital de travail et avaient ruiné sa réputation auprès de ses créanciers. Ainsi, l'étincelle qui a provoqué l'embrasement du monde arabe est-elle la privation d'un individu de son droit précaire d'exercer une activité commerciale. Pourtant, au cours des années précédant l'immolation de Mohammed Bouazizi, la Tunisie avait été couramment distinguée par *Doing Business* comme étant un bon élève de la classe des pays réformateurs⁴, alors qu'il est apparu de façon éclatante que le modèle de développement tunisien, et celui de l'Égypte, autre champion des indicateurs⁵, reposaient sur la recherche de rente et le favoritisme⁶.

À la lumière de ce qui précède, c'est une impression d'occasion manquée qui se dégage de la réaction française à *Doing Business*, laquelle s'est très largement limitée à faire le procès de l'analyse économique du droit, alors qu'elle n'entretient au fond qu'un lointain rapport avec l'indicateur honni. En prenant un tel raccourci, la doctrine française s'est privée d'une bonne occasion de penser et de s'approprier l'analyse économique du droit. On ne peut que le

1 L'expression est de Jean Carbonnier, Introduction, 23^e éd. PUF 1995 p. 57.

2 Cf. Bruno OPPETIT, «Droit et économie», conférence prononcée au Séminaire du Centre de Philosophie du droit de l'Université de Paris II, le 20 novembre 1990 et publiée aux Arch. phil. dr., t. 37 (1992), p. 19. V. aussi *Droit et Modernité*, PUF 1998, p. 169 et s.

3 Le classement *Doing Business* se présente comme un outil de «mesure objective de la réglementation des affaires et de son application» «The *Doing Business Project* provides objective measures of business regulations and their enforcement.» <http://www.doingbusiness.org/about-us>.

4 Ainsi, le rapport 2004 distinguait la Tunisie comme un des meilleurs performeurs s'agissant de l'exécution des contrats (v. rapport 2004, p. 86), classée respectivement 40^e et 46^e sur 183 pays dans les classements 2011 et 2012.

5 Classée meilleur réformateur dans le classement 2008 et parmi les dix meilleurs réformateurs dans les classements 2009 et 2010.

6 Le paradoxe est d'autant plus frappant que, dans un article récent, Hernando de Soto souligne que la Tunisie était loin d'être ce parangon de l'accès au crédit et de la facilité de faire des affaires que *Doing Business* avait donné en exemple. V. H. de Soto, *The Free Market Secret of the Arab Revolutions*, Financial Times 8/11/2011.

regretter car, à l'instar de la sociologie, de l'anthropologie, de l'ethnologie, de l'histoire du droit et du droit comparé, elle offre à la méthode juridique française un surplomb et un regard empirique qui lui fait si souvent défaut.⁷

Mais plus encore, en cumulant tout à la fois une obsession de la performance dans les indicateurs et une posture de pseudo-meneur d'un « tiers-monde anti-américain »⁸, la critique française n'est pas parvenue à faire entendre cette voix familière et douce, chère à Bernanos, de l'homme raisonnable et libre. En se limitant à la posture outragée d'une organisation économique et politique bafouée⁹, la critique française est venue conforter l'idée qu'une autre société est devenue impossible à penser, nous condamnant, paraphrasant François Furet, « à vivre dans le monde où nous vivons »¹⁰.

Le présent article n'a pas pour ambition de réhabiliter l'analyse économique du droit, mais plutôt d'essayer d'analyser les courants de pensée et leurs traductions opéra-

tionnelles qui veulent voir dans le droit ou plus précisément dans les institutions juridiques une condition essentielle, ou du moins nécessaire, au développement économique et de démontrer comment s'est affirmé le paradigme d'un lien de causalité entre le droit et le développement économique. Dans un second temps, nous analyserons comment ce paradigme a survécu à l'épreuve de la réalité opérationnelle. Finalement, nous nous interrogerons sur la signification profonde de cette façon de concevoir le droit et tenterons de proposer une alternative permettant de dépasser les termes du débat imposé par les institutions financières internationales sur le rôle du droit dans le développement. Tout au long de l'article, nous tenterons d'exposer que la thématique droit et développement est inséparable de l'aide au développement, de l'architecture financière internationale, et de la mondialisation de l'économie.

1. De l'hypothèse au dogme: le droit comme cause du développement économique:

Des arrangements institutionnels peuvent-ils produire le développement économique? La question n'est pas nouvelle. Déjà, Max Weber voyait dans la rationalisation du droit une condition nécessaire au développement du capitalisme en distinguant, à côté d'un droit formel, obéissant uniquement à la logique juridique, un droit matériel se référant à des impératifs économiques¹¹. De même, le courant institutionnaliste américain¹², notamment Commons,

7 Soulignons cependant quelques exceptions: A. RAYNOUARD, A.-J. KERHUEL, *L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente*, D. 2010 p.2928; A. RAYNOUARD, « Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit pour assurer l'efficacité économique du droit? », *Revue de la Recherche Juridique*, Droit Prospectif, 2008, p. 2509-2522, disponible sur <http://www.crdp.umontreal.ca/fr/publications/ouvrages/Raynouard.pdf>; C. LEMERCIER, « Napoléon contre la croissance? À propos de droit, d'économie et d'histoire », *La vie des idées*, 21 novembre 2008, <http://www.laviedesidees.fr/Napoleon-contre-la-croissance.html?lang=fr>; N. Meisel et J. Ould Aoudia, « La 'bonne gouvernance' est-elle une bonne stratégie de développement? », AFD, Document de travail, n° 58, 2008, <http://www.afd.fr/webdav/site/afd/shared/PUBLICATIONS/RECHERCHE/Scientifiques/Documents-de-travail/058-document-travail-VA.pdf>.

8 L'expression est empruntée à Marc Fumaroli.

9 Cette critique, tressant soudain des louanges à un système juridique qui produit un journal officiel de plus de vingt trois mille pages n'est pas sans rappeler ce que Bernanos écrivait une conférence de Bernanos, prononcée en 1947: « ce n'est pas servir la France que de répéter à tort et à travers qu'elle se porte bien, qu'elle ne s'est jamais mieux portée. Un bulletin de santé ne vaut que s'il est signé du médecin, non du malade », dans *La liberté, pour quoi faire?* Folio Essais, Gallimard, 1995, p. 71-72.

10 F. FURET, « Le passé d'une illusion », *Penser le XX^e siècle*, Bouquins 2007, p. 1076.

11 Rechtssoziologie, trad. Franc. J. Grosclaude, Paris, PUF 1986, p. 162 et s.

12 À son apogée dans les années 20-30, le courant institutionnaliste, dont les chefs de file étaient Veblen, Mitchells et Commons, est souvent présenté comme une réponse radicale à l'économie néo-classique. Il est difficile de décrire la doctrine des institutionnalistes. Hormis l'attention portée sur la naissance et la croissance des institutions économiques, définies comme la cristallisation d'un ensemble d'habitude et de comportements conventionnels il est difficile de présenter les caractéristiques de ce mouvement disparate. En revanche, l'école institutionnaliste présente des traits communs dans sa critique de la méthode de l'économie néo-classique, jugée trop abstraite, trop hermétique à d'autres disciplines et trop dépendante de programme de

s'était dans l'entre-deux-guerres, intéressé spécifiquement aux fondations juridiques du capitalisme et avait expliqué qu'on ne peut pas comprendre les faits économiques sans les analyser à la lumière des « règles de fonctionnement » des « institutions » (droits de propriétés, contrats) qui déterminent les « transactions particulières »¹³.

Mais c'est surtout après la seconde guerre mondiale que la relation entre le droit et le développement a cessé d'être une question théorique pour devenir un enjeu opérationnel jusqu'à aujourd'hui.

A. *Le courant Law and Development*

Dans les années qui ont suivi la décolonisation, alors que la rivalité des grandes puissances quittait la scène européenne pour se localiser au Sud, l'agence américaine pour le développement international (USAID), la Fondation Ford et d'autres institutions américaines, ont voulu voir le parfait rempart au prophétisme soviétique dans la « théorie de la modernisation », émanant d'un groupe de sociologues américains conduit par Talcott Parsons, laquelle faisait de l'Histoire une marche vers la modernité libérale des nations avancées.¹⁴

recherches quantitatives détaillées. V. M. BLAUG, *La pensée économique*, 5^e ed., Paris, Economica 1996, 900-904.

13 J.R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism* (1926); *Institutional Economics* (1932). Sur Commons, v. B. CHAVANCE, *Organisations, institutions, systems: types et niveaux de règles*, *Revue d'Économie industrielle*, 2001, p. 85-102.

14 Il est particulièrement intéressant à cet égard de lire l'ouvrage de Talcott PARSONS, *Le système des sociétés modernes* (trad. franc. G. Melleray, Dunod 1973). Parsons y propose un cadre d'analyse de l'évolution des sociétés occidentales réalisant une synthèse entre les théories sociologiques classiques de Weber et de Durkheim et les théories évolutionnistes. Parsons voyait en effet dans l'évolution des sociétés occidentales une orientation bien déterminée à partir du foyer commun que représentent l'Empire romain et le christianisme de la première heure. À l'instar de Weber, Parsons prêtait à la réforme un rôle déclencheur du processus de modernisation. Mais surtout, Parsons a entrepris de montrer comment, malgré les processus de différenciation qui ont affecté les sociétés européennes, elles sont demeurées suffisamment intégrées et interdépendantes pour qu'on puisse considérer qu'elles forment un ensemble unique, dont la synthèse a été parachevée et portée à son comble par les États-Unis. Compte tenu de la portée

La modernisation, qui se voulait à la fois économique et politique, comportant quatre principaux axes :

1. développement d'appareils bureaucratiques étatiques wébériens,
2. installation d'économies fondées sur le capitalisme,
3. construction de systèmes juridiques à vocation universelle,
4. promotion de la démocratie.

Ceux qui s'engageraient dans cette voie, se verraient dotés, pour paraphraser Parsons, d'un avantage d'adaptation bien supérieur au potentiel structurel des sociétés concernées¹⁵.

La modernisation du droit, devenant ainsi lui-même un objet de développement, était perçue comme consubstantielle des aspects politiques et économiques et fondés sur l'idée qu'une économie de marché, une bureaucratie wébérienne et un gouvernement démocratique devaient avoir une fondation juridique¹⁶. Rappelons à cet égard que les architectes de ce qu'on a appelé par la suite le mouvement *Law and Development* étaient à la fois très imprégnés par le constitutionalisme américain et la *Rule of Law*, qui signifie que la loi doit être mise au-dessus des hommes et que la production et l'application du droit doivent obéir à des processus présentant certaines qualités procédurales, et par un réalisme juridique alors très empreint de sociologie, plus que d'économie. Inscrits dans ce sillage historique et doctrinal, les acteurs institutionnels du mouvement *Law and Development* et leurs inspireurs universitaires avaient donc fait du droit l'un des axes principaux des stratégies de développement, sa principale fonction étant de fonder

messianique de la pensée de Parsons, on comprend dès lors l'influence qu'il a pu avoir auprès de la politique étrangère américaine lorsque les États-Unis se sont affirmés comme le meneur du monde libre.

15 Talcott PARSONS, « Evolutionary Universals in Society », 29 *Am. Soc. Rev.* 339, 356 (1965).

16 Lawrence FRIEDMAN, « On Legal Development », 24 *Rutgers L. Rev.* 11, 52-53 (1969).

«l'ingénierie des changements sociaux et économiques nécessaires pour atteindre les buts du développement»¹⁷.

À l'instar du modèle socialiste concurrent, le passage de la théorie à la pratique s'est avéré plus difficile que prévu. L'objectif d'ingénierie sociale et d'inculquer une culture universelle du droit a très vite cédé le pas à la facilité des greffes d'institutions juridiques occidentales : constitutions, codes, organisation des professions juridiques, enseignement du droit etc.

On connaît la suite : le contexte de la guerre froide aidant, les objectifs de modernisation et de contenir la contagion soviétique se sont télescopés. Les élites ont été cooptées et, au lieu de leur inculquer une culture du droit, l'action des bailleurs institutionnels, obnubilés par la nécessité de réformer des types de relations sociales immémoriales en rupture avec la modernité¹⁸, a contribué à leur conférer le monopole de la production du droit. Une corruption endémique s'est emparée d'institutions judiciaires dysfonctionnelles et sous tutelle de l'exécutif, et les beaux codes hérités de l'Occident ont été réduits dans leur substance au poids du papier ayant servi à leur impression.¹⁹

Dès la fin des années 60, le paradigme de la modernisation était complètement remis en cause, l'avis de décès officiel du mouvement *Law and Development* ayant été dressé au milieu de la décennie suivante²⁰.

Comme pour les échecs constatés à propos des stratégies économiques et politiques, beaucoup ont expliqué ces échecs par le manque d'une culture du droit, c'est-à-dire de respect du droit et d'obéissance à la loi²¹. Un des architectes du mouvement *Law and Development* a même parlé de «principe de non transférabilité du droit»²². Ces leçons sont très importantes à conserver à l'esprit pour analyser l'évolution d'un second mouvement faisant du droit un facteur essentiel de développement économique amorcé autour de la chute du rideau de fer.²³

B. La révolution de la gouvernance et la promotion du Rule of Law

En 1989, le mur de Berlin s'effondrait. Avec sa chute, se manifestaient de nouvelles occasions de tester à l'échelle internationale le menu de réformes de la nouvelle «gouvernementalité» néo-libérale, qui renversait l'ordre des valeurs et privilégiait la construction d'économies capitalistes sur la promotion de la démocratie.

Cependant, ce menu de réformes avait déjà très largement été testé par la Banque Mondiale et le FMI depuis 1979 dans le cadre des politiques d'ajustement structurels dont l'objectif majeur était de rétablir les équilibres macro-économiques et financiers et d'amener l'État à se désengager des secteurs productifs de l'économie. Ces politiques n'ayant pas produit les résultats escomptés à court terme, des coupables tout désignés avaient été identifiés en la personne des dirigeants des pays emprunteurs accusés de mauvaise pratique de gouvernance. Il était donc urgent d'adjoindre

17 Robert Allen SEDLER, *Law Reforms in the Emerging Nations of Sub-Saharan Africa: Social Change and the Development of the Modern Legal System*, 13 St. Louis L. J. 195, 199 (1968). La référence à l'ingénierie sociale rappelle que la politique économique américaine d'alors était keynésienne et au diapason de la régulation et de la puissance de l'État.

18 Assimilée à la transposition du modèle américain.

19 Cf en particulier, FRIEDMAN, *op.cit.* p. 47 et seq.

20 John Henry MERRYMAN, «Comparative Law and Social Change. On the Origins, Style, Decline and Revival of the Law and Development Movement», 25 American Journal of Comparative Law 457 (1977). Merryman attribuait la cause de l'échec à l'obstination de vouloir à tout prix exporter le «style juridique» américain. L'échec du mouvement *Law and Development* procède surtout de la naïveté avec laquelle les Américains, concentrant d'importants efforts sur les professions juridiques, ont voulu reproduire à l'image de la société américaine une classe dirigeante composée de juristes.

21 FRIEDMAN, *op. cit.* p. 61

22 SEIDMAN, *The State, Law and Development*, New York, St. Martin 1978, p. 34.

23 L'échec du mouvement *Law and Development* n'est pas sans rappeler l'ironie marquant la production en quantité industrielle de constitutions par le Royaume-Uni, qui n'a pas de constitution écrite, au moment de la décolonisation. L'historien Paul Johnson en avait dénombré plus de 500 entre 1920 et 1975 dont certaines eurent une durée de vie de quelques années, d'autres quelques mois, alors que certaines ne furent jamais en application. Aucune de ces constitutions n'a survécu jusqu'à la décennie des années quatre vingt. Paul JOHNSON, *Modern Times*, Perennial, 2001, p. 508.

un volet gouvernance à la boîte à outils du consensus de Washington sans remettre en cause la foi dans les politiques macro-économiques qui le composait.

Cependant, un obstacle juridique se dressait sur la route de l'intervention des institutions de Bretton Woods dans le domaine de la gouvernance. En effet, les statuts de la Banque Mondiale prévoient que la Banque et ses représentants ne doivent en aucune façon interférer dans les affaires politiques des États membres, ni ne doivent être influencées dans leurs décisions par la nature politique du ou des membres concernés²⁴.

Les juristes sont venus à la rescousse en la personne d'Ibrahim Shihata, le tout puissant directeur juridique de la Banque mondiale d'alors, lequel a dépassé l'objection en émettant une opinion selon laquelle les projets financés par la Banque Mondiale peuvent inclure toutes les finalités productives bien définies, qu'elles soient directes (industrie, agriculture) ou indirectes (infrastructures, *institution building*, services sociaux etc.)²⁵. La référence au *institution building* séparait la gouvernance – qu'il définissait en termes généraux comme relevant des questions de bon ordre et en termes plus spécifiques comme relevant du *Rule of Law*²⁶ – de la politique et l'identifiait comme un secteur dans lequel la Banque pouvait consentir des prêts. Pour Shihata, ces fondamentaux constituaient une assise juridique pour assurer stabilité sociale et croissance économique et devaient être une condition préalable à l'usage effectif de fonds de la Banque Mondiale²⁷. Il venait ainsi de jeter les bases du *policy-based lending*, qui consiste à introduire une conditionnalité fondée sur l'amélioration de « l'infrastructure juridique » pour obtenir des prêts de la Banque Mondiale.

L'ampleur de cette révolution se mesure à l'évolution des prêts octroyés par la Banque Mondiale. Ainsi, son département juridique déclarait lors d'une conférence prononcée en 2004 que 30 ans auparavant, 58% des investissements de la Banque Mondiale étaient dans les infrastructures. En 2004, cette part avait été ramenée à 22% contre 52% pour le développement humain et les réformes institutionnelles et juridiques²⁸.

La position de la Banque Mondiale sur le lien de causalité entre droit et développement économique faisait écho, en les simplifiant à l'excès, aux thèses de l'école néo-institutionnaliste emmenée par Douglass North qui postule que la courbe du développement économique ne peut être comprise que par la compréhension de l'origine et de l'évolution des institutions. Par institutions, North entend les règles du jeu, formelles (lois, constitutions, droits de propriétés), ou informelles (sanctions, interdits, codes de conduites, coutumes et traditions), lesquelles sont adossées à des croyances qui les légitiment²⁹. Par la suite, à partir d'un raisonnement fondé sur la violence et les situations de rentes qu'elles légitiment, North a entrepris de distinguer les ordres sociaux constitués par l'évolution des institutions. North a ainsi identifié trois types d'arrangements institutionnels : l'ordre social des chasseurs-cueilleurs, les ordres sociaux d'accès limités, ou États naturels³⁰ et les ordres sociaux d'accès ouverts, correspondant aux sociétés occidentales³¹. Le modèle d'accès ouvert serait défini par la centralisation des forces militaires et policières et leur contrôle par les institutions politiques, le monopole de la

24 Statuts de la Banque Internationale de Reconstruction et de Développement, art. IV, section 10.

25 Cf. Robert C. EFFROS, « The World bank in a Changing World: the Role of Legal Construction », 35 Int'l Lawyer 1341 (2001).

26 Shihata définissait le *Rule of Law* comme « un système de règles abstraites effectivement appliquées et des institutions formelles garantissant l'application de ces règles. », *ibid*.

27 *Ibid*.

28 Robert DANINO, « The Legal Aspects of the World Bank's Work on Human Rights », (March 2004), <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTICE/214576-1139604306966/20817164/HumanRightsNewYork030104.pdf>

29 North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge U. Press (1990), p. 4-6.

30 Parmi lesquels North classe la Russie contemporaine.

31 D. NORTH, J. WALLIS, B. WEINGAST, *Violence et ordres sociaux*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des Sciences Humaines », 2010, trad. M. Dennehy. V. A. PERDONCIN, « Misère de l'histoire universelle », 2011, La vie des idées, 21 avril 2011, <http://www.laviedesidees.fr/Misere-de-l-histoire-universelle.html>.

violence légitime dévolu à l'État, et l'ouverture des systèmes politiques et économiques empêchant le pouvoir politique de conférer des rentes de situation et les intérêts économiques de capturer l'appareil d'État³².

La décennie 1990 a été marquée par des investissements massifs, notamment par la Banque Mondiale et USAID, dans la production de droit formel libéralisant les marchés. Cependant, les mêmes causes produisant les mêmes effets, ces greffes de droits des contrats, des sociétés, des procédures collectives et des sûretés n'ont pas tardé à susciter des interrogations sur leur réelle efficacité à transformer les économies des pays concernés. Dès 1995, le *British Council* organisait une conférence au cours de laquelle les participants débattaient de la question de savoir si les programmes d'assistance technique portant sur les « infrastructures juridiques » ne reproduisaient pas les mêmes erreurs que les greffes de constitutions et de droit occidental avaient produites du temps de la modernisation³³.

Mais surtout, certaines critiques s'élevaient pour réclamer une évaluation des programmes en cours à l'aide de méthodes empiriques traduisant les réformes en cours par des résultats mesurables économiquement³⁴.

Cette demande n'a pas tardé à être exaucée à la faveur des crises provoquées par l'effondrement des devises asiatiques et sa propagation à la Russie. À partir de ce moment-là, loin de remettre en cause le lien de causalité entre droit et développement, les indicateurs devaient jouer un rôle décisif et croissant dans l'affirmation du paradigme.

L'ère des indicateurs de gouvernance et de l'économie des systèmes juridiques :

Devant l'échec des politiques d'ajustements structurels et celui en germe des greffes d'institutions juridiques,

les bailleurs de fonds devaient se doter d'outils d'évaluation des progrès en terme de gouvernance et d'amélioration des « infrastructures juridiques ».

Il n'est dès lors pas surprenant que les années 1996-1997 aient connu l'essor de projets visant à donner une assise empirique au volet juridique et institutionnel du consensus de Washington. Ainsi, l'institut américain libéral Cato et le *Fraser institute* de Vancouver ont-ils publié en 1996 le premier rapport de l'indice *Free the World* visant à donner un contenu empirique à la liberté économique en mesurant, dans sa première édition, 17 variables regroupées en 4 blocs, la monnaie et l'inflation, le fonctionnement du gouvernement et la réglementation, l'expropriation et la fiscalité, les restrictions au commerce international³⁵.

La même année était publiée l'étude intitulée *Governance Matters*, qui devait donner naissance aux *Worldwide Governance Indicators* (WGI), fruit d'un partenariat entre la Banque Mondiale et le *think tank* Brookings, et dont l'ambition affichée était d'étudier les rapports entre gouvernance et développement³⁶.

Les indicateurs WGI, qui mesurent des paramètres aussi disparates que la participation des citoyens à la vie publique, la stabilité politique, l'efficacité gouvernementale et celle de la lutte contre la corruption, constituent le pas décisif vers l'élaboration du programme de gouvernance du consensus de Washington. Les WGI mesurent en effet les obstacles d'origine réglementaire au marché et au *Rule of Law*, compris comme la confiance dans les règles organisant la vie en société : la sécurité des biens et des personnes,

32 *Ibid.*

33 <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/LawandDevelopmentMovement.pdf>.

34 Cf. McAUSLAN, « Law, Governance and the Development of the Market: Practical Problems », in Faundez, *Good Governance and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries*, New York, St. Martin Press, 1997 ; THOME, « Comments on McAuslan's Law Governance and the Development of Markets », *ibid.*

35 www.freetheworld.com Le rapport, publié annuellement, touche maintenant 141 pays et comporte 42 variables regroupées en 5 blocs : taille de l'appareil gouvernemental, structure juridique et sécurité des droits de propriété, accès à la monnaie, liberté du commerce international et réglementation du crédit.

36 D. KAUFFMANN, A. KRAAY, P. ZOIDO LOBATÓN, « Governance Matters », *World Bank Policy Research Working Paper*, n° 2196 (1999), disponible à l'adresse <http://info.worldbank.org/governance/wgi/resources.htm>.

l'efficience et la prévisibilité des institutions ayant pour but de rendre la justice, et l'exécution des contrats³⁷.

Mais sans conteste l'initiative qui a fait couler le plus d'encre est celle d'une équipe d'économistes, La Porta, López de Silanes, Shleifer et Vishny, ci-après LLSV, qui a concentré l'objet de ses recherches sur les ressorts juridiques de la croissance économique. Dans un article publié en 1998³⁸, LLSV avaient identifié, à partir d'une étude menée dans 49 pays, des corrélations statistiques entre les règles gouvernant le financement des entreprises (sociétés, faillites et sûretés) et le droit. Ils en avaient conclu que les arrangements institutionnels juridiques concernant le financement des entreprises entretenaient un lien de causalité avec le développement économique. Ils avaient aussi observé que la protection des investisseurs variait significativement selon les traditions juridiques, la plus forte protection étant observée dans les pays de common law, et la plus faible dans la tradition civiliste d'inspiration française, alors que les Scandinaves et les Allemands, respectivement, se situaient entre les deux.

Dans un autre article, LLSV se sont intéressés à la qualité du gouvernement.³⁹ Les auteurs précisent que, par « bon gouvernement », ils entendent bon pour le développement économique.⁴⁰ Et LLSV de préciser, enrôlant au passage Montesquieu et Adam Smith, que pour les économistes, la performance du gouvernement s'analyse au regard de la sécurité des droits de propriété et se traduit avant tout par une absence d'intervention du gouvernement, une réglementation bienveillante et une faible pression fiscale. LLSV introduisent en outre dans leur grille d'analyse la qualité de la bureaucratie, la fourniture effective de service

public, une politique efficace de dépenses publiques et la démocratie, définie à la fois comme une fin en soi et un mécanisme procédural⁴¹.

Les auteurs regroupent les théories explicatives de l'évolution des institutions en trois ensembles : économiques, politiques et culturelles. Les théories économiques postulent que les institutions sont créées lorsqu'il est socialement utile de les créer, c'est-à-dire lorsque les avantages sociaux qu'elles procurent dépassent les coûts de transaction requis par leur création⁴². Les théories politiques tendraient à la redistribution plutôt qu'à l'efficacité et soutiennent que les détenteurs du pouvoir politique sont motivés pour créer de nouvelles institutions par le souci de conservation du pouvoir ou par celui d'appropriation ou de jouissance des richesses pour eux-mêmes, leurs proches et ceux qui leur sont utiles. Finalement, les théories culturelles soutiennent que chaque société entretient des croyances qui fondent l'action collective et déterminent la forme de l'État. Ainsi, certaines sociétés seraient tellement intolérantes ou méfiantes qu'aucune forme de gouvernement effectif n'y serait possible⁴³.

Pour évaluer la pertinence des théories explicatives, LLSV proposent des indices qu'ils utilisent comme variables indépendantes. Le système juridique est retenu parmi les variables politiques en raison de sa validité comme indicateur de l'action du pouvoir politique sur les droits de propriété. C'est là que les auteurs tirent leurs conclusions les plus simplificatrices en énonçant la partielle contre-vérité historique que la *common law* se serait développée en rempart du pouvoir politique du parlement et du pouvoir économique des propriétaires contre la couronne d'Angleterre⁴⁴, alors que la tradition civiliste se serait développée

37 Pour une critique particulièrement pertinente de cet indicateur, cf. Melissa THOMAS, « What Do the Worldwide Governance Indicators Measure? » 22 *European Journal of Development Research*, 31-54 (2010).

38 Law and Finance, 106, *Journal of Political Economy*, p. 1113 (1998).

39 LA PORTA, LÓPEZ-DE-SILANES et SLEIFER, « The Quality of Government », (1999) 15, *Journal of Law, Economics & Organizations*, p. 222.

40 *Ibid.*, p. 223.

41 *Ibid.*

42 Les auteurs prennent pour exemple la création de la propriété privée, qui survient lorsque la terre se raréfie et que les coûts exigés pour défendre les droits de propriétés tombent sous le seuil des avantages qu'elle confère. *Ibid.*, p. 223.

43 *Ibid.*

44 C'est une contre-vérité partielle puisque la naissance d'une *common law*, c'est-à-dire d'un droit commun au territoire relevant de

comme un l'instrument privilégié aux mains du souverain pour construire l'État et contrôler l'activité économique⁴⁵.

Cet article est sans doute plus important pour comprendre la réaction française, puisque les auteurs identifient une forme de gouvernance directement associée à la tradition civiliste et trouvant sa source dans le système juridique plus que dans les institutions politiques. Cette forme de gouvernance serait par essence dirigiste, protectrice des intérêts de l'État assimilé pour une large part à l'exécutif, tandis que la gouvernance associée à la tradition de *common law* serait non interventionniste, protectrice des droits individuels et d'essence parlementariste.

Bien entendu, les auteurs concluent que les pays de *common law* surclassent ceux de la tradition civiliste française s'agissant de l'efficacité du gouvernement.

Dans un article de 2002, Shleifer et un autre économiste, Edward Glaeser, ont franchi un pas supplémentaire en fondant un nouveau courant de pensée au sein de l'école néo-institutionnalistes, sous le titre de *Legal Origins*, lequel devait peu à peu investir tous les domaines de la recherche juridique, de la procédure au droit du travail⁴⁶.

La thèse des *Legal Origins*, qui n'est au demeurant pas tout à fait une nouveauté⁴⁷, serait passée plus ou moins

inaperçue si elle n'avait pas été annexée à l'éventail de doctrines destinées à donner une justification théorique et empirique au bien-fondé des réformes poursuivies dans le cadre du consensus de Washington.

Le pas a été franchi lorsque le groupe Banque Mondiale, par l'intermédiaire de l'*International Finance Corporation*, s'est inspiré de la méthodologie des *Legal Origins* pour mesurer les obstacles à la création et l'exploitation des entreprises à travers le monde dans ce qui devait devenir l'indice *Doing Business*.

La direction du projet avait été confiée à un économiste bulgare, Simeon Djankov, lequel a co-écrit de nombreuses études avec plusieurs des pionniers du courant des *Legal Origins* dont l'article réellement fondateur du programme *Doing Business*, intitulé "The Regulation of Entry" et daté de 2002⁴⁸. L'article rassemble des données sur la réglementation gouvernant la création de nouvelles entreprises dans 85 pays, répertoriant le nombre de procédures, les délais et les coûts de création. Les auteurs y établissent des corrélations entre la lourdeur de réglementation de la création d'entreprise, la présence d'institutions démocratiques, la corruption, la recherche de rentes de situation et la présence d'importants secteurs informels. Pour autant,

la souveraineté du royaume d'Angleterre, procède de la création par l'envahisseur normand d'un corps de juges royaux afin de préserver la paix du roi sur le territoire du royaume, c'est-à-dire afin d'affirmer le pouvoir de l'administration normande sur la société saxonne. Les raisons pour lesquelles les *Justices of the Peace*, agents du gouvernement non rétribués, recrutés au sein de la meilleure société locale et nommés par les seigneurs locaux, acquièrent leur indépendance tiennent très largement à leur rébellion contre l'application des monopoles royaux afin de ménager des sources de revenus à la *gentry locale* dont ils étaient issus. V. sur ce point, H. ROOT, *La construction de l'État moderne en Europe, la France et l'Angleterre*, PUF 1994, p. 173-180

45 LA PORTA, « The Quality of Government », *op.cit.*, p. 224.

46 Cf. LA PORTA, LÓPEZ-DE-SILANES et SHLEIFER, « The Economic Consequences of Legal Origins », 46 *Journal of Economic Literature*, 2008, p. 285.

47 LLSV ont puisé leur idée à la fois chez Dicey, qui avait très largement contribué à créer un imaginaire de la *common law* perçu comme l'antidote à l'arbitraire royal et remontant au moment des conquêtes normandes. Dicey avait particulièrement mis l'accent sur la

circonstance que l'organisation judiciaire anglaise avait été en quelque sorte immunisée contre l'apparition d'un droit administratif, qu'il voyait comme le terrain privilégié de construction de l'absolutisme. S'inspirant de Dicey, Hayek avait quant à lui fait du *Rule of Law* une théorie de la connaissance nécessaire, non comme rempart à l'arbitraire, mais à cause de l'irréductible ignorance de l'humanité. Concevant le droit comme des règles destinées à empêcher que les projets individuels entrent en conflit, Hayek avait fait de l'approche de la *common law* une procédure de découverte du droit plus propice au maintien de l'ordre spontané de la société que la tradition continentale, construite sur la tradition du constructivisme rationaliste et la législation, nécessairement contaminée par l'ordre organisé de l'État. Les articles de LLSV sont d'ailleurs émaillés de références à Hayek. V. sur ces questions, P. NEMO, *La société de droit selon F.A. Hayek*, Paris, Libre Echange, PUF, 1988, p. 107-171 ; J. SHKLAR, « Political Theory and the Rule of Law », *J. Shklar et S. Hoffmann, Political Thoughts and Political Thinkers*, U. of Chicago Press, 1998, p. 21-38.

48 DJANKOV, LA PORTA, LÓPEZ-DE-SILANES et SHLEIFER, « The Regulation of Entry », 117 *Quarterly Journal of Economics*, 2002 p. 1.

ils relèvent que les États où la création d'entreprise est sur-réglémentée ne fourniraient pas de services publics plus efficaces. Et bien entendu, les auteurs observent que les pays appartenant respectivement aux traditions scandinave, allemande et française réglementent plus lourdement la création d'entreprises que les pays de *common law*⁴⁹.

Le premier rapport *Doing Business* a été publié en 2004. Ces rapports étudient «les réglementations qui favorisent l'activité économique et celles qui la limitent. Les réglementations affectant quatre étapes de la vie d'une entreprise sont évaluées: création d'entreprise, octroi de licences, transfert de propriété et exécution des contrats». Les rapports permettent d'élaborer un classement de la facilité à faire des affaires élaboré à partir de 10 indices comprenant: 1) la création d'entreprise, 2) l'octroi de permis de construire, 3) l'accès à l'électricité, 4) le transfert de propriété, 5) l'obtention de prêts, 6) la protection des investisseurs, 7) le paiement des impôts, 8) le commerce transfrontalier, 9) l'exécution des contrats, 10) le traitement de l'insolvabilité.

De nombreuses critiques pertinentes ont été formulées contre la méthodologie des *Legal Origins* et des rapports *Doing Business* des deux côtés de l'Atlantique⁵⁰, et nous nous contentons de nous y référer, afin de nous consacrer à

une critique plus essentielle du dogme du lien de causalité entre le droit et le développement en dressant un bilan de l'action engagée sur la base d'une foi inébranlable dans un lien de causalité entre droit et développement économique.

Il convient cependant de préciser que le porte-voix donné par l'IFC à la thèse des *Legal Origins* au travers de l'indicateur *Doing Business* a fait entrer ces questions dans le débat commun aux États-Unis⁵¹.

2. Droit et développement Économique: le temps du doute

Les raisons de l'échec du mouvement *Law and Development* ont été vite comprises. Il ne suffisait pas de transposer des constitutions, des codes, et de former des juristes pour que les États aidés deviennent des démocraties et se dotent d'économies de marché. Ces leçons ont-elles été méditées par le mouvement du *Rule of Law*, qui tient le haut du pavé de la réalité opérationnelle de l'aide au développement depuis plus de vingt ans? On peut en douter. Mais sait-on d'ailleurs bien ce qu'on entend par *Rule of Law* après tant d'années?

A. Incertitudes sur la signification même du *Rule of Law*

Le concept de *Rule of Law* est loin d'être uniformément compris. Ainsi, l'économiste Dani Rodrik s'est posé la question de savoir s'il était le seul économiste à utiliser le terme de *Rule of Law* sans savoir réellement ce que ce terme contient, concluant qu'il était sans doute le premier à confesser son ignorance⁵².

51 Ainsi pouvait-on lire dans un journal gratuit distribué dans toute l'agglomération de Washington, DC, que Dubaï avait dû son succès économique et sa transformation de lieu vide au milieu du désert en place financière internationale au recrutement d'un juge britannique et à l'adoption *ex nihilo* de la *common law* britannique en lieu et place du droit musulman. Le même article sous-entend que Dubaï n'a fait que se conformer au modèle suivi auparavant par Hong Kong, Singapour, New York, Chicago, Sydney, Londres. V. J. STOSSEL, «Government Makes us Poor», *The Washington Examiner*, 6/10/2011.

52 The Economist, 13/03/2008, Order in the Jungle.

49 Ibid.

50 V. notamment, K. DAM, *The Law Growth Nexus, the Rule of Law and Economic Development*, Washington, Brookings 2006; SPAMANN, «Contemporary Legal Transplants, Legal Families and the Diffusion of (Corporate) Law», Harvard Law School John M. Olin Center Discussion Paper n° 28, 2009, http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Spamann_28.pdf; Association Henri Capitant – 1-2006; association Henri Capitant-2 2006, les droits de tradition civiliste en question, http://www.chairejlb.ca/pdf/tradition_civiliste.pdf; A. J. KERHUEL et A. RAYNOUARD, «L'évaluation des systèmes juridiques au coeur de la tourmente», D. 2010, p. 2928; A. RAYNOUARD, «Comment gagner facilement vingt places au classement *Doing Business*», *La Tribune*, 14 January 2009, <http://www.latribune.fr/opinions/20090113trib000330948/comment-gagner-facilement-vingt-places-au-classement-doing-business.html>

Quant à elle, Judith Shklar se demandait si l'usage contemporain du terme même de *Rule of Law* n'était pas un de ces «outils rhétoriques qui ponctuent si souvent le discours des politiciens anglo-américains afin de leur donner des causes d'auto-satisfaction». Très sévère, Shklar indiquait que la notion avait été si dévoyée qu'aucun effort intellectuel ne devrait être gaspillé sur ce «bavardage de classe dirigeante»⁵³.

Il existe en fait deux grandes tendances que l'on retrouve dans la pratique opérationnelle.

Une première tendance, celle des économistes, à l'instar de LLSV, se réfère au *Rule of Law* pour caractériser les sociétés où les droits de propriété sont protégés et où les engagements contractuels sont respectés⁵⁴. Mais Francis Fukuyama par exemple, prenant appui sur l'exemple de la Chine qui assure dans les deux domaines une protection qu'il qualifie de «*good enough*», critique cette définition comme étant particulièrement réductrice et propose de définir le *Rule of law* comme la soumission du gouvernement à la souveraineté d'un droit préexistant représentant un consensus à l'échelle de la société sur la signification du juste⁵⁵.

Une seconde tendance tend à intégrer dans le *Rule of Law* certains principes de morale universelle (droits fondamentaux, démocratie et/ou critères de formulation du juste ou du bon, principe de non-discrimination), s'approchant de «l'idée de la justice» telle que décrite par Amartya Sen.

Deux auteurs influents, Michael Trebilcock et Ronald Daniels proposent quant à eux une approche procédurale, reposant sur quatre principes cardinaux : transparence du processus de production et d'adjudication du droit ; prévisibilité ; permanence ou stabilité et application effective⁵⁶.

Un autre auteur, Rachel Kleinfeld, très critique de l'action des bailleurs institutionnels, qu'elle juge trop centrée sur les institutions de la justice, privilégie une définition téléologique du *Rule of Law*, identifiant cinq finalités : 1) Un État de droit, c'est-à-dire un gouvernement reconnaissant la souveraineté du droit ; 2) l'Égalité devant la loi ; 3) Law and Order (c'est-à-dire la sécurité des biens et des personnes) ; 4) une justice efficace et prévisible ; 5) le respect des droits de l'Homme. L'originalité de la pensée de Kleinfeld tient à ce qu'elle démontre que ces fins sont très souvent en conflit, et expose ainsi la fragilité du concept⁵⁷.

Une tendance de fond semble cependant se dégager de ces définitions. Par une éclipse du politique et du social historique que Marcel Gauchet avait très bien analysée, le droit – pris en enclume entre l'économie et les droits de l'homme conçus non plus comme «le minimum exigible en matière de garantie des individus», mais comme «la norme organisatrice de la conscience collective et l'étalon de l'action publique» – accède à un rôle exclusif à la fois dans la définition de la démocratie et dans celui du capitalisme.⁵⁸

Avant de réfléchir à la portée théorique de ce changement, essayons de dresser un bilan de plus de vingt ans de programmes fondés sur la thématique droit et développement.

B. La thématique du *Rule of Law* à l'épreuve de la pratique

Le paradoxe du *Rule of Law* est qu'en dépit du consensus parmi ses acteurs que le contexte local est insurmontable, le fait est que l'assistance au *Rule of Law* est devenue un secteur cohérent et codifié de l'aide au développement, avec des types d'intervention standardisés qui peuvent être regroupés selon différentes catégories.

La première catégorie d'action concerne le droit formel : il s'agit de la révision, financée par les deniers du développement et assistée techniquement par des experts

53 V. J. SHKLAR, *op. cit.* n°37.

54 Cf BARZEL, «Economic Analysis of Property Rights», cité dans Fukuyama, *The Origins of Political Order*, p.248 (Farar, Straus & Giroux, 2011).

55 *Ibid* p.245 et seq.

56 M.J. TREBILCOCK & R.J. DANIELS, *Rule of Law Reform and Development*, Edward Elgar, 2008.

57 R. KLEINFELD, «Competing Definitions in the Rule of Law», in Carothers et al. *Promoting the Rule of Law Abroad*, in *Search of Knowledge*, p.31-75, Carnegie 2006.

58 V. M. GAUCHET, «Quand les droits de l'Homme deviennent une politique», *La démocratie contre elle-même*, Gallimard 2002 p.326.

internationaux des lois et réglementations. Très souvent, l'action est ciblée sur les matières dans lesquelles des places peuvent être gagnées dans l'indicateur *Doing Business*: justice commerciale, faillites, sociétés, fiscalité, propriétés intellectuelles et marchés financiers. De plus en plus fréquemment, l'action des bailleurs institutionnels se concentre sur des aspects touchant à la gouvernance, notamment au travers de lois réprimant la corruption active et passive. Mais il n'est au fond pas un secteur qui ait échappé à la boulimie de réformes des bailleurs de fond⁵⁹.

Le deuxième type d'action, en fait le premier en volume de financements, concerne le renforcement d'institutions judiciaires ou para-juridique. Le gros de l'action est composé de programmes de formation de juges et de personnels judiciaires, d'informatisation des tribunaux, parfois des constructions ou réhabilitations de juridictions. On peut évoquer en outre le renforcement des institutions engagées dans les modes alternatifs de règlement des litiges. On le voit là, l'heure est à la déformalisation et à la généralisation du *case management* judiciaire, qui est la transposition des principes du *new public management* dans le secteur de la justice⁶⁰. Très souvent, l'intervention sur le *case management* s'inscrit dans le cadre d'approches sectorielles, qui tendent à rassembler l'assistance extérieure et les fonds nationaux sous une stratégie et un cadre de dépenses uniques qui appartiennent au gouvernement et qui sont dirigés par lui avec les partenaires au développement. En pratique, selon les principes du *New Public Management*, cela se traduit par le déplacement de toute évaluation de la justice vers ce qui est mesurable, avec son cortège de *pro-*

cesses, best practices, guidelines, gestion des flux, *benchmarking*, barémisation etc⁶¹.

Enfin, un troisième groupe d'action comprend, pêle-mêle, l'aide au secteur pénitentiaire, des dispositifs de consultations gratuites ou de campagnes de vulgarisation du droit, le plus souvent réservés à des minorités ou des populations ciblées (femmes, enfants, détenus), le renforcement ou la création de guichets uniques de formalisation des entreprises⁶², l'appui institutionnel à des cellules de lutte contre la corruption, le recensement et renforcement de capacités des acteurs non étatiques intervenant dans la promotion des droits de l'Homme et l'accès à la justice etc.

De l'aveu même de nombreux praticiens et experts du droit et développement, le bilan de ces interventions est peu reluisant comme le démontre le passage suivant, emprunté à Thomas Carothers, de l'institut Carnegie, datant de 2005 :

« Les effets de cette aide bourgeonnante sont généralement positifs, bien que modestes. Après plus de dix ans et des centaines de millions de dollars d'aide, la plupart des systèmes judiciaires en Amérique Latine fonctionnent pauvrement. La Russie est probablement le plus grand bénéficiaire d'aide, mais n'est pas le moins du monde dans la bonne direction... Les fournisseurs d'aide au développement ont aidé à la réécriture de législations sur la totalité du globe terrestre, mais ont découvert que la seule production de droit formel a peu d'effet si elle n'est pas accompagnée de considérables investissements œuvrant en direction d'une réforme des conditions d'application et d'exécution... »

Les efforts pour renforcer les institutions juridiques se sont révélés lents et difficiles. La formation de juges, l'assistance technique et autres formes de transfert de capa-

59 Ainsi, sur financement émanant principalement de USAID et de la Banque Inter-Américaine de Développement, toute l'Amérique Latine a réformé – et américanisé – sa procédure pénale avec des résultats pour le moins mitigés, de l'aveu même d'ardents défenseurs des réformes menées. V. L. BHANSALI et C. BIEBESCHEIMER, « Measuring the Impact of Criminal Justice Reforms in Latin America », dans Carothers et al. *Promoting the Rule of Law Abroad*, op. cit., p. 301.

60 V. sur ces questions, L. CADIET, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », *Revue française d'administration publique*, 2008/1, n°125, p. 133-150.

61 V. sur ce point le chapitre particulièrement éclairant sur la justice managériale dans A. GARAPON, *La raison du moindre État, le néolibéralisme et la justice*, Paris, Odile Jacob 2010, p. 45-82. On lira aussi avec attention le démontage en règle du mythe du management par un ancien conseiller en management. M. STEWART, « Le mythe du management », *Commentaire* n°118, p. 337-345 (2007).

62 Qui est devenu la technique la plus éculée pour gagner des places dans *Doing Business*.

cités ont du sens sur le papier mais ont souvent un faible impact.»⁶³

Et encore, selon Brian Tamanaha, le tableau dépeint par Carothers laisse de côté les échecs les plus patents⁶⁴. Tamanaha attribue les résultats pour le moins insatisfaisants à l'interdépendance du phénomène juridique avec le fait social compris globalement, comme intégrant des considérations historiques, culturelles, religieuses, ethniques, démographiques économiques et politiques⁶⁵. En quelque sorte, les praticiens du *Rule of Law*, comme leurs prédécesseurs du mouvement *Law and Development*, auraient échoué face à la difficulté de surmonter le droit vivant cher à Ehrlich⁶⁶.

En désespoir de cause, les experts du *Rule of Law* auraient abandonné l'ambition de vouloir réellement intégrer du contenu local et auraient en somme utilisé les mêmes méthodes que celles ayant présidé à l'échec de la tentative du mouvement *Law and Development*: greffes de

textes et de codes, renforcement des tribunaux, formation de juristes, en espérant des résultats.

Ainsi l'aide au développement a-t-elle continué à financer des *Legal Transplants* en quantité industrielle. Le mouvement est même allé encore plus loin, puisqu'ont été transposées des règles d'organisation et des méthodologies, voire des technologies qui n'ont pas davantage de légitimité dans les pays d'accueil que les droits hérités par paquets entiers du temps de la colonisation et au lendemain des indépendances. Le tout s'est accompagné d'une informatisation à outrance, confondant informatisation et rationalisation, avec tous les problèmes techniques que cela comporte dans des pays souffrant de la fracture numérique.

De plus, sur l'agenda du «droit et capitalisme», s'est greffé un agenda progressiste se traduisant la plupart du temps par des ensembles de micro-projets exclusivement réservés à des minorités ou des populations soigneusement choisies (femmes, enfants, handicapés, malades du virus VIH) sur lesquels il est plus facile de communiquer au travers de résultats tangibles, et parfois réellement admirables, mais dont les effets sont marginaux⁶⁷.

Il est une raison à tous ces échecs, et à cette concentration excessive sur le secteur judiciaire : les programmes sont conçus et exécutés pour la plupart par des juristes, lesquels se concentrent sur ce qui leur est familier, soit les juges, les auxiliaires de justice, la police et les réformes des textes. Or, à la différence d'autres secteurs de l'aide au développement, les professionnels intervenant dans le domaine de la justice ont peu ou pas d'expérience du terrain dans les pays en voie de développement⁶⁸, et souvent aucune préparation⁶⁹. Ces mêmes experts juristes ont tendance à favoriser le droit qu'ils connaissent, d'autant plus lorsqu'il y trouve le confort intellectuel d'une théorie qui leur dit que leur système est en fait la meilleure technologie du marché.

63 Thomas CAROTHERS, «The Rule of Law Revival», dans *Thomas Carothers, Promoting the Rule of Law Abroad*, op. cit. p. 11-12.

64 V. TAMANAH, «The Primacy of Society and the Failures of Law and Development: Decades of Stubborn Refusal to Learn», 44 *Cornell Int'l Law Journal* p. 216-247 (2011).

65 *Ibid.*, p. 219.

66 D'ailleurs Douglass North ne disait d'ailleurs pas autre chose lorsqu'il énonçait : «Les institutions sont composées de règles formelles, informelles et de leurs caractéristiques d'exécution et c'est l'alchimie des règles, normes et caractéristiques d'exécution qui détermine la performance économique. Alors que les règles peuvent être changées du jour au lendemain, les règles informelles changent petit à petit. Puisque c'est la norme qui détermine la légitimité d'un ensemble de règles, les changements révolutionnaires ne sont jamais ce que leur auteur avait désiré, et la performance sera différente des anticipations. Et les sociétés qui adoptent les règles formelles d'une autre société (comme les sociétés d'Amérique Latine ayant adopté des constitutions comme celle des États-Unis) observeront des performances très différentes en raison des variations des normes informelles et des caractéristiques d'exécution. Cela implique que les greffes de règles économiques et politiques des économies occidentales développées à des pays du tiers monde ou d'Europe de l'Est n'est pas une condition suffisante pour obtenir de bonnes performances économiques. La privatisation n'est pas une panacée pour résoudre les problèmes de faible performance économique.» Douglass North, 36 *The American Economist*, p. 3-6 (1992), traduction par l'auteur.

67 V. sur ce point la critique des micro-projets de Jean-Christophe RUFIN dans *L'empire et les nouveaux barbares*, Pluriel 1991, p. 123-129.

68 V. S. GOLUB, «A House Without a Foundation», dans *Promoting the Rule of Law*, op. cit. n. 52, p. 127.

69 V. TAMANAH, op. cit. n. 53, p. 237.

En outre, la plupart des projets sont mis en œuvre par des sociétés privées de consulting qui participent à des quantités d'appels d'offres. Le caractère compétitif des procédures de sélection des consultants entretient dans la communauté une culture du secret autour des projets et décourage l'innovation, dès lors que les bailleurs de fonds veulent voir des résultats quantifiables et ne tolèrent pas les constats d'échec ou les jugements trop sévères⁷⁰.

À cela s'ajoutent les cadences infernales auxquelles les décaissements doivent intervenir, les résultats des programmes étant eux-mêmes jugés en fonction du pourcentage de décaissements⁷¹.

Mais surtout, et c'est là un problème constant dans l'aide au développement, aucune évaluation sérieuse et réellement objective et indépendante n'est conduite sur les projets. En effet, les prestataires assurant le suivi évaluation des programmes sont des fournisseurs de service entretenant une relation de clientélisme avec les bailleurs de fonds. Les programmes, dont le but avéré est souvent la remontée dans les indicateurs, sont le plus souvent jugés à l'aune d'indicateurs eux-mêmes taillés sur mesure pour garantir le succès. À défaut, comme cet ancien conseiller en management revenu de ce « temple de la numérologie » par son bagage philosophique qui avouait s'être souvent « surpris à mettre en harmonie des données récalcitrantes avec des chiffres entièrement fabriqués »⁷², les spécialistes du suivi-évaluation se débrouillent pour trouver des circonstances atténuantes aux mauvais résultats, voire à maquiller ceux-ci en ne présentant que des résultats partiels ou biaisés, voire totalement fabriqués et complaisamment validés par des bailleurs de fonds, trop heureux de pouvoir communiquer sur leur action bienfaisante.

70 *Ibid.*, p. 238.

71 C'est là la raison majeure du succès des programmes d'informatisation et de constructions immobilières, de formations et d'assistance technique. Ces programmes permettent en effet de décaisser facilement des fonds en même temps qu'ils génèrent des marchés d'offres et de services.

72 V. M. STEWART, *op. cit.* n. 56, p. 340.

Mais la preuve la plus éclatante, sans doute, de l'échec de l'idéologie du *Rule of Law* comme facteur de développement économique tient dans le contre-exemple fourni par la Chine, compte tenu à la fois de son total mépris pour la conception abstraite du *Rule of Law* et de sa capacité à attirer les investisseurs en leur accordant une protection sur le modèle « good enough ».⁷³ Ce que révèle le contre-exemple chinois, c'est qu'un pouvoir politique fort voyant dans le droit nulle autre chose qu'un instrument de domination parvient mieux à attirer les investisseurs que les États dont l'action publique consiste à vouloir satisfaire les bailleurs de fonds en adoptant par le menu les prescriptions des indicateurs de gouvernance. Pire encore, le succès économique de la Chine, concomitant à un mépris presque total des droits fondamentaux de l'Organisation Internationale du Travail, pourrait bien fonder un modèle alternatif du rapport au droit.

De surcroît, Taiwan et la Corée du Sud sont devenues les puissances économiques que l'on sait en ignorant les propriétés intellectuelles et avec des appareils judiciaires loin d'être indépendants.

Les expériences de ces pays prouvent que la protection des avoirs des investisseurs est plus un problème lié à la stabilité politique et à la crédibilité qu'à un système juridique protégeant les investisseurs. Tout ceci prouve qu'il existe une infinie variété d'accords et d'arrangements qui peuvent satisfaire les intérêts économiques.

S'il est une leçon qu'on peut tirer de tout ça, c'est que la politique, que Shihata voulait évacuer des débats sur le droit, fait à l'image de la Chine une retentissante démonstration de sa force.

Au final, on peut donc conclure que l'intervention des bailleurs institutionnels dans les systèmes juridiques s'est avérée assez désastreuse, mais n'a nullement réussi à enrayer le consensus sur le lien de causalité – alors qu'il conviendrait tout au plus de parler de corrélation – entre le

73 La Chine, seconde économie mondiale, est classée 91^e sur 183 pays au classement général *Doing Business*.

système juridique et la croissance économique, qui demeure le paradigme.

Or la persistance de ce dogme, en dépit d'échecs patents, indique un phénomène en profondeur. C'est ce phénomène que nous nous proposons d'examiner.

3. Développement et civilisation: quel rôle pour le droit?

La réflexion sur le droit et le développement ouvre des pistes de réflexion particulièrement intéressantes sur les rapports du droit, de l'économie, de la politique, de l'histoire et de la civilisation.

À cet égard, la lecture historique faite par Duncan Kennedy mérite une particulière attention. À partir d'une réflexion sur les rapports entre droit et développement économique, dont il situe la naissance au XVIII^e siècle et attribue à l'école des physiocrates, Kennedy, distingue trois mondialisations successives de la conscience juridique⁷⁴.

Alors que la première, située dans la seconde moitié du XIX^e siècle, correspond au passage du mercantilisme comme théorie politique dominante au libéralisme et s'identifie comme l'affirmation de l'individu contre l'État et la séparation définitive du droit et de la morale; la seconde, située de 1914 à 1968, se serait construite en réaction contre les excès du rationalisme abstrait et déductif de la première. Elle aurait ainsi intégré la dimension sociale et fait du droit un instrument de progrès social⁷⁵.

La troisième, dont Kennedy insiste qu'elle ne repose sur aucune théorie explicative globalisante, à l'inverse de l'individualisme abstrait dans la première et du social historique dans la seconde, serait marquée par une évolution des rapports du droit au politique⁷⁶.

Pour Kennedy, alors que la conscience juridique de la première mondialisation, centrée sur l'individu, aurait été

façonnée par la pensée juridique allemande, à commencer par l'École historique de Savigny, la seconde, faisant la part belle à la conscience de classe, aurait été dominée par l'école scientifique française, emmenée par Gény, Gurvitch et Josserand. La troisième, en revanche, distinguerait en son centre l'identité comme moteur et procéderait d'une américanisation de la conscience juridique. Les droits de l'Homme, devenus une politique, y tiendraient le même rôle que le droit privé dans la première mondialisation et que les droits sociaux de la seconde⁷⁷. Or il ne s'agit plus des droits de l'Homme entendus comme rempart contre l'arbitraire des pouvoirs, comme le minimum exigible en matière de garantie des individus. Il s'agit, paraphrasant Gauchet, des droits de l'Homme «qui dénoncent l'insupportable et [...] définissent le souhaitable sans disputes interminables sur ce qui meut l'histoire et sur ce que son cours annonce. Ils indiquent la direction sans vaines prétentions à prévoir. Ils autorisent à tout moment et en tout point à corriger l'iniquité, hors de l'ambition stérilisante d'embrasser le système social entier pour rectifier le moindre de ses rouages»⁷⁸. Ces droits de l'Homme là sont à la recherche d'une juste balance entre groupes sociaux et substituent la pragmatique réparation des injustices subies par les individus.

Cette conscience, apothéose de la neutralité axiologique propre au libéralisme, enfermerait le rapport du droit au politique dans un cercle hermétique dans lequel le contenu d'un projet politique serait guidé par sa validité juridique et vice versa, annonçant la fusion du droit et du politique⁷⁹.

77 *Ibid.*, p. 65.

78 M. GAUCHET, *op. cit.*, p. 347-348.

79 V. KENNEDY, *op. cit.* p. 72. Nous nous inscrivons en opposition contre cette tendance que Kennedy, fidèle au mouvement des *Critical Legal Studies*, voit comme un progrès. À l'inverse, Gauchet avait cerné les dangers d'une fusion du politique, du social-historique et du juridique, observant que «le laborieux domptage du politique et du social-historique a eu pour effet de rendre indomptable à son tour la composante juridique à laquelle ils n'avaient laissé jusque-là qu'une vie limitée et précaire». Gauchet y voyait un effet de la démocratie contre elle-même, une crise de croissance de la démocratie dont on pourrait espérer «une réarticulation supérieure du juridique, du social-historique

74 Duncan KENNEDY, «Three Globalizations of Law and Legal Thought 1850-2000», dans D. Trubek et A. Santos, *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge U. Press 2006, p. 19-73.

75 *Ibid.*, p. 19-25.

76 *Ibid.*

Partant, les choix de politiques économiques seraient guidés par des considérations essentiellement juridiques, officialisant ainsi un dogme du lien de causalité entre le droit et le développement économique, lequel est inséparable du phénomène de la mondialisation de l'économie et n'aurait jamais pu s'affirmer sans le soutien indéfectible des institutions financières internationales.

Fortes de leurs capacités de produire des études empiriques à partir de l'immense masse d'information qu'elles contrôlent, les institutions financières internationales se sont proclamées légitimes pour pouvoir décrire les ressorts juridiques universels de la croissance économique et théoriser, puis fonder une sorte de droit savant du développement économique.⁸⁰

Ainsi théorisé et fort de la vérification par les chiffres, le droit, pris uniquement en sa réalité formelle, en viendrait à n'être qu'une technologie ou un simple arrangement bureaucratique, parachevant la transformation de la politique, perçue comme un irritant, en administration. Cela signifierait que les choix concernant les institutions juridiques sont axiologiquement neutres du politique, et par conséquent purement techniques.

C'est là véritablement évacuer de la réflexion sur le droit toute référence à des fins, faisant du droit, paraphrasant Christian Atias, un « pourvoyeur de certitudes »⁸¹. Or, pour Atias, « le prétendu refus de choisir des fins repose sur la conviction de l'absolue maîtrise des choix techniques effectués »⁸². Cela conduit à renforcer la liberté des autorités, dont les choix sont souverains, « puisqu'ils affectent seulement des outils qui ne peuvent avoir d'autres inven-

teurs »⁸³. Ce faisant, Atias soulignait que le rationalisme juridique ne se contente pas seulement de glorifier la raison. Il « sélectionne les raisons efficaces et élimine celles qui ne le sont pas », de sorte que, « dans le dialogue du pays réel et du pays légal, le premier n'a aucune chance d'être entendu »⁸⁴.

Or le raisonnement d'Atias s'appliquait au cadre national. Avec le dogme du droit comme condition du développement économique, les choix techniques sont guidés, non plus par la bureaucratie des États, mais par celle des institutions financières internationales, qui acquièrent ainsi leur souveraineté, sans responsabilité politique correspondante, par les choix qu'ils impriment.

La neutralité axiologique vis-à-vis du politique proclamée du droit tend ainsi à lui conférer, empruntant à Giovanni Sartori, la « majesté impersonnelle de la Science et de la Raison là où il devrait y avoir la réalité plus prosaïque des personnes ». Et les mêmes dangers que ceux que Sartori avaient perçus à propos de la République des experts ne manquent pas de se réaliser. Ce droit fondé sur des choix scientifiques est exploité par le politique, dont « l'habileté technique [...] se révélera très utile à ceux qui savent dominer non la connaissance, mais les hommes »⁸⁵.

C'est au demeurant exactement la conclusion que les tenants du mouvement *Law and Development* avaient tirée de leur expérience malheureuse. Mais rappelons que ceux-ci étaient adossés à la politique étrangère d'un État nation, les États-Unis d'Amérique, fondée sur le mythe de la destinée manifeste qui n'était alors pas réductible à la promotion du capitalisme comme forme d'organisation totale de la société.

Dans le même temps, l'assimilation du droit à une technologie ou à une infrastructure nécessaire au développement économique tend à le mondialiser et le décul-turer. La mondialisation en profondeur (*deep globalization*) voulue par les institutions financières internationales

et du politique au sein d'une démocratie mieux avertie d'elle-même.» *Op. cit.*

80 À cet égard, on ne mesurera jamais assez l'importance de l'opinion de Shihata faisant du droit et de la gouvernance une question de bon ordre et justifiant ainsi que la puissance de feu opérationnelle de la Banque Mondiale soit redirigée vers la construction d'institutions juridiques.

81 C. ATIAS, « Une crise de légitimité seconde », *Droits* 1986, n°4, p.21.

82 *Ibid.*

83 C. ATIAS, « Une crise de légitimité seconde », *Droits* 1986, n°4, p.21.

84 *Ibid.*

85 *Ibid.*

pousse en effet le droit à se détacher des cultures nationales et locales, à se penser comme indépendant d'elles, et à se reconstruire dans un espace qui n'est plus territorial et n'est plus soumis au pouvoir politique.

Pour s'en convaincre, il est urgent de méditer les leçons prodiguées par un des économistes phares du mouvement néo-institutionnalistes, Dani Rodrik. Rodrik distingue une mondialisation maîtrisée (*shallow globalization*) et une mondialisation en profondeur (*deep globalization*).⁸⁶

La première, correspondant peu ou prou à la coopération économique internationale à l'œuvre jusqu'en 1994, c'est-à-dire sous l'empire des accords de Bretton Woods, consistait à permettre le maximum de commerce entre nations sans empiéter sur la marge de manœuvre des États de satisfaire les besoins sociaux et économiques domestiques. Le volet financier consistait à surveiller l'évolution de la masse monétaire des États afin d'éviter les déséquilibres déstabilisants causés par les afflux soudains de capitaux étrangers, et le cas échéant recommander des politiques de contrôle des capitaux.

La mondialisation en profondeur, en revanche, dont l'Argentine a cruellement fait les frais en 2001 est, selon Rodrik, incompatible avec l'expression d'une souveraineté démocratique nationale. En ouvrant à la délocalisation, elle permet aux investisseurs de contourner les législations réglementant les conditions de travail sans les enfreindre; la mobilité des affaires et du capital entraîne une concurrence du moins-disant fiscal entre États sur la fiscalité frappant les entreprises et les oblige à reporter la totalité de la pression fiscale du capital, mobile, vers le travail, qui ne l'est pas. Elle érode la capacité des États d'adopter leurs propres standards phytosanitaires. Les traités bilatéraux d'investissements ou accords d'intégration régionaux, en soumettant les disputes à des forums choisis pour favoriser les investisseurs étrangers tendent à accorder des avantages plus importants aux investisseurs étrangers que locaux. Enfin, les accords de l'OMC, en empêchant les subven-

tions à l'exportation empêchent la constitution de zones franches industrielles qui ont pourtant permis à la Chine et aux économies du Sud-est asiatique de se développer. Ces mêmes accords ont en outre rendu quasiment impossible l'utilisation par les nations développées accusant un déficit de leur balance des paiements des outils juridiques prévus par les accords du GATT contre les déséquilibres causés par leurs partenaires commerciaux menant ouvertement des politiques néo-mercantilistes, tels que les restrictions quantitatives, les systèmes généralisés de préférence ou la clause de sauvegarde.

Rodrik envisage donc ce qu'il nomme le « trilemme » politique de l'économie mondiale, qui travaille les tensions entre la démocratie et le marché. Ce « trilemme » se pose de la façon suivante. Soit la démocratie cède à la nécessité de réduire les coûts de transaction internationaux, ce faisant prêtant peu d'attention aux mécontentements que l'économie mondialisée peut produire localement. C'est le choix opéré depuis 1994 dans le cadre du consensus de Washington. Soit la mondialisation est limitée, dans le but de construire une légitimité démocratique à l'échelle domestique. C'est ce qui a été pratiqué entre 1944 et 1994 tant que l'économie mondiale a été dominée par les accords de Bretton Woods. Soit la démocratie est mondialisée dans le cadre d'une gouvernance mondiale, au détriment de la souveraineté nationale. C'est le projet officiel d'une bonne partie des soutiens du consensus de Washington.

Bien davantage, Rodrik démontre de manière fort convaincante que les économies qui jouent prudemment le jeu de la mondialisation, dans l'esprit des accords de Bretton Woods, sont les gagnants de l'économie mondialisée. À l'inverse, celles qui jouent le jeu de la mondialisation en profondeur s'appauvrissent en valeur relative (s'agissant des pays développés) ou ne parviennent pas à décoller (Afrique Sub-Saharienne), ou subissent des crises profondes (comme l'Argentine).

Il n'est donc pas surprenant que le jeu de la mondialisation en profondeur ait contribué à promouvoir des modèles de gouvernance par le droit qui ont plus à cœur de

⁸⁶ D. RODRIK, *The Globalization Paradox, Democracy and the Future of the World Economy*, New York, Norton 2011.

protéger les investisseurs étrangers que de favoriser l'émancipation des volontés individuelles locales.

Le lien entre les indicateurs et les agences internationales de développement est à cet égard particulièrement intéressant. Ces indicateurs ont en principe pour but d'orienter des réformes dans le but de contribuer au développement économique, et récompenser l'innovation en lui donnant valeur d'exemple.

Or le droit jugé au travers des indicateurs, loin de valoriser les libertés individuelles, érige en exemple des États non démocratiques constatant des inégalités économiques criantes. Ainsi, Singapour occupe la première place du classement *Doing Business* depuis 2007, le second cette année pour la deuxième année consécutive n'étant autre que Hong Kong. De même, l'exemple de la chute sous le poids des inégalités croissantes de la Tunisie de Ben Ali et de l'Égypte de Moubarak, toutes deux érigées en exemple de volonté réformatrice par *Doing Business*, n'a pas entraîné la moindre remise en question de la part de la Banque Mondiale sur le bien fondé du menu de réformes proposé par l'indicateur au regard du but ultime poursuivi par l'institution, qui est d'éradiquer la pauvreté⁸⁷.

Cela se comprend aisément si on veut y voir que les États érigés en exemple sont ceux qui jouent le plus le jeu de la mondialisation en profondeur⁸⁸.

Pour autant que le mouvement *Law and Development* ait été une composante de la politique étrangère américaine motivée par des considérations de *Real Politik* liées à la guerre froide, il avait à cœur de promouvoir un modèle civilisationnel : celui des États-Unis. Les raisons pour lesquelles ses acteurs ont eux-mêmes dressé un constat d'échec de la tentative tiennent sans doute à cela.

Le mouvement initié par la Banque Mondiale après l'effondrement de la chute du rideau de fer est d'une tout

autre nature et repose sur des motifs beaucoup moins avouables, drapé sous les oripeaux de l'idéologie du progrès matériel illimité.

Prétendant à la réduction de la pauvreté, ce mouvement procède beaucoup plus de la capture de la gouvernance mondiale par une élite managériale mondialisée qui perçoit l'altérité comme un risque et l'auto-détermination comme un obstacle.

Il n'est dès lors pas surprenant que la tendance de fond des indicateurs soit à la légitimation de modes de gouvernement n'ayant qu'un rapport instrumental au droit, perçu au mieux comme le moyen d'attirer des investisseurs étrangers ou au pire comme un moyen de se maintenir dans la dépendance vis-à-vis de l'aide au développement⁸⁹.

89 On mentionnera à cet égard le développement de tout un marché du conseil autour de la stratégie de remontée dans les indicateurs dont se nourrissent des prédateurs bien plus sinistres que les fameux fonds vautours. Citons notamment l'exemple d'Andrew Young, l'ancien compagnon de route de Martin Luther King qui a très bien su capitaliser sur ses faits d'armes dans la lutte pour les droits civiques. Après une brillante carrière en politique qui l'a conduit du poste d'ambassadeur des États-Unis aux Nations-Unies sous Carter à la mairie d'Atlanta, Young a créé une société de conseil, Good Works International, pour les besoins de la préparation d'un rapport de complaisance sur les conditions de travail des employés des sous-traitants de Nike en Asie du Sud-Est en 1996. Cette société a depuis diversifié ses activités et conseille à la fois des grands groupes industriels américains dans l'élaboration de leur stratégie d'investissements en Afrique, et de nombreux gouvernements d'Afrique sub-saharienne, notamment sur les stratégies de remontée dans les indicateurs. Parmi les clients de Young, on retrouve les gouvernements de l'Angola, du Cameroun, du Rwanda, du Bénin et de la Tanzanie, qui poursuivent précisément une politique agressive de remontée dans les indicateurs, qui a valu à ces deux derniers d'être éligible pour des accords compacts du Millennium Challenge Corporation, qui conclut des accords de dons avec des pays dont l'éligibilité est dictée par les performances dans les indicateurs. Et le Cameroun aurait engagé Young afin de préparer une stratégie visant en définitive à devenir éligible auprès du Millennium Challenge Corporation (v. <http://219mag.com/2011/12/16/cameroon-hires-former-mlk-aide-seeking-better-image-more-us-millions/>). On voit donc là se développer une tendance intéressante. Le but en principe poursuivi par les indicateurs qui est celui d'encourager les investissements directs étrangers, serait devenu secondaire par rapport aux avantages que la performance dans les

87 Car c'est un modèle économique autant que des régimes politiques qui viennent de s'effondrer.

88 À ceci près que les économies de Singapour, de Hong Kong, et de la Corée du Sud, ont toutes décollé en respectant les principes d'une mondialisation prudente, selon les principes de Bretton Woods.

Or la critique française de la politique des indicateurs n'a pas perçu ces tendances. Outragée par les *Legal Origins*, elle a pour l'essentiel choisi de se réfugier dans l'éloge de la tradition napoléonienne et est tombée dans le piège de la compétition des systèmes juridiques, prétendant à son tour démontrer la supériorité de la tradition civiliste française pour promouvoir un modèle de développement économique différent⁹⁰.

En s'abandonnant à cette rhétorique, la critique française assimile comme l'économétrie qu'elle combat la vérité à la réussite économique, et la réduit ainsi à la contingence. Or, comme disait habilement Fernand Braudel, «l'économie, en soi, cela n'existe évidemment pas»⁹¹. Il vaut donc mieux, avec Pierre Legrand, penser l'économie comme une construction épistémologique, de sorte qu'une politique est toujours sous-jacente et qu'elle ne peut exister comme un test indépendant qui n'exprimerait aucune valeur⁹².

Dès lors, peut-on utilement réfléchir au rapport entre le droit et le développement économique? On le peut sans aucun doute, et on aurait tort de ne pas le faire, mais à la condition de rechercher autre chose que de vagues recettes économiques traduisibles en politiques de développement pilotées par les institutions financières internationales ou pire encore, à ce que ce qu'un saltimbanque de génie du management avait appelé «l'équation régressive à

deux mains», qui consistait, lorsque les données issues de la corrélation de deux variables peinaient à prendre sens, à recouvrir «les grumeaux compromettants, révélant la ligne claire inaccessible à la mathématique conventionnelle».⁹³

Cet autre chose, cette autorité symbolique sans laquelle la règle de droit est réduite à sa simple expression formelle, ce pourrait être la confiance, définition même de tout acte collectif selon Marcel Mauss. Car le rapport à cette confiance est central dans la notion de civilisation, si étroitement associée à celle de développement, à propos de laquelle Kenneth Clark écrivait :

« Certes, la civilisation demande un minimum de prospérité – de quoi procurer quelques loisirs. Mais surtout, elle exige la confiance : confiance dans la société où l'on vit, dans sa philosophie et ses lois, confiance dans ses propres facultés intellectuelles... Force, énergie, vitalité; toutes les grandes civilisations (ou époques civilisatrices) ont été portées par des trésors d'énergie. Certains croient que la civilisation consiste en délicates sensibilités et en divers agréments de conversation ou autres. C'est confondre les effets agréables de la civilisation avec son essence. Une société peut sourire encore et n'être déjà plus qu'un cadavre ».⁹⁴

Or les ressorts de cette confiance échappent par nature à la quantification et aux modèles, et nécessitent de prendre en compte les ambivalences au cœur de la vie sociale.

Pour bien analyser ce qui génère la confiance décrite par Kenneth Clarke, il faut mener une vraie « politique de terrain » pour paraphraser Jean-Pierre Olivier de Sardan, laquelle est un art, et ne peut reposer que sur une approche qualitative excluant les évaluations et les notations basées sur des perceptions⁹⁵.

Alors on pourra prendre le surplomb qui s'impose vis-à-vis de la numérologie à l'œuvre dans les indicateurs

indicateurs confèrent en terme d'éligibilité pour recevoir de l'aide au développement.

90 Pour s'en convaincre, il est intéressant de lire les propositions navrantes formulées en Globish à l'issue d'un colloque organisé à l'assemblée nationale par la Fondation pour le Droit Continental le 27 octobre 2011, sous le titre : « Civil Law : a vector for competitiveness ». V. http://www.fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/2011-11/joint_declaration_en.pdf. Le fait est que, avec ses vingt-trois mille pages de journal officiel, ses lois passées sur commande de ministres soucieux de laisser une postérité législative créant parfois des absurdités comme l'observatoire national du comportement canin, le « modèle français » est-il encore présentable?

91 F. BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, Champs Flammarion 1985, p. 10.

92 P. Legrand, *Econocentrism*, 59 U. of Toronto L. J., 215-222 (2009).

93 V. M. STEWART, *op. cit.*, p. 340.

94 K. CLARK, *Civilisation*, Trad. Française Vera Lounsbery, Paris Herman 1974, p. 19-20.

95 J.-P. Olivier de SARDAN, « La politique du terrain, sur la production des données en anthropologie », *Enquête*, Les terrains de l'enquête, n° 1, 1995, pp. 71-109

qui s'imaginent avoir capturé l'essence de la *common law* idéale au travers du nombre de jours nécessaires à la création d'une entreprise ou le temps nécessaire pour obtenir le raccordement au réseau d'électricité et prétendent ainsi pouvoir reproduire les recettes du développement de l'Angleterre avec l'imaginaire de Singapour.

Pour se convaincre de l'absolue nécessité de refuser la surenchère voulue par LLSV et les fabricants d'indicateurs dans leur sillage, il suffit de se référer à Gandhi :

« Voyons tout d'abord quel est l'état de choses que sous-entend le mot 'civilisation'. Un point est certain : les gens qui la subissent font, du bien-être matériel, le principal objet de leur vie. Prenons quelques exemples. Les peuples d'Europe sont beaucoup mieux logés qu'il y a une centaine d'années. On considère cela comme la marque même de la civilisation, et ce progrès contribue au bonheur matériel. Autrefois, on se vêtait de peaux de bêtes, et comme armes, on employait des lances. Maintenant, on porte des pantalons longs, l'on se pare de toute sorte de vêtements, et les lances ont été remplacées par des revolvers à chargeurs contenant cinq balles ou davantage... Autrefois, en Europe, le travail de la terre se faisait à la main. Maintenant, un homme peut à lui-seul labourer de vastes terrains au moyen de machines motorisées, et amasser ainsi de grandes richesses. C'est ce que l'on appelle un signe de civilisation... Autrefois, quelques hommes seulement écrivaient des livres de valeur. De nos jours, tout le monde écrit et publie n'importe quoi, et l'on empoisonne ainsi l'esprit des gens... Autrefois, les hommes étaient réduits en esclavage par une contrainte physique. Aujourd'hui, ils le sont par la tentation que représente l'argent et tout ce qu'il permet d'acquérir... La civilisation, qui cherche à augmenter le bonheur matériel, échoue misérablement, même dans ce domaine-là... Cette civilisation est telle, qu'il nous suffit d'attendre avec patience qu'elle se détruise elle-même. »⁹⁶

Qu'aurait-il pensé d'une pensée juridique évaluant le droit à l'aune de la rapidité à donner une existence juridique à une maison close en Thaïlande ou d'indicateurs de gou-

vernance érigeant en modèle de développement des environnements urbains déculturés, impersonnels et dictatoriaux comme Singapour, Hong Kong et Dubaï ? Il n'aurait sans doute pas été moins sévère envers les incantations des juristes français qui voient dans le droit des affaires uniformes produit par l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) la clé du développement de l'Afrique⁹⁷.

En revanche, la pensée de Gandhi et le développement récent de l'Inde ne sont pas sans rappeler les types anthropologiques et les valeurs que Castoriadis voyait comme à la fois essentiels à l'émergence et au fonctionnement du capitalisme et qui ont néanmoins été anéantis par son évolution récente :

« Le capitalisme n'a pu fonctionner que parce qu'il avait hérité de types anthropologiques qu'il n'avait pas créés et n'aurait pas pu créer lui-même : des juges incorruptibles, des fonctionnaires intègres et webériens, des éducateurs qui se consacrent à leur vocation, des ouvriers qui ont un minimum de conscience professionnelle, etc. Ces types ne surgissent pas et ne peuvent pas surgir d'eux-mêmes, ils ont été créés dans des périodes historiques antérieures, par référence à des valeurs alors consacrées et incontestables : l'honnêteté, le service de l'État, la transmission du savoir, la belle ouvrage, etc. Or nous vivons dans des sociétés où ces valeurs sont, de notoriété publique, devenues dérisoires, où seuls comptent la quantité d'argent que vous avez empochée, peu importe comment, ou le nombre de fois où vous êtes apparus à la télévision. Le seul type anthropologique créé par le capitalisme, et qui lui était indispensable au départ pour s'instaurer, était l'entrepreneur schumpétérien : personne passionnée par la création de cette nouvelle institution historique, l'entreprise, et par son élargissement constant moyennant

⁹⁶ GANDHI, *Leur civilisation et notre délivrance*, Denoël 1967, p. 68-70.

⁹⁷ L'OHADA, dont la plupart des actes uniformes sont entrés en 1998 et dont l'ambition était d'établir un courant de confiance en faveur des économies des États membres, demeure, plus de 14 ans après l'entrée en vigueur des premiers actes uniformes, très largement un droit de papier, et une justification bien commode pour la distribution de prébendes et d'avantages par l'entremise de l'organisation internationale qui chapeaute l'édifice, avec l'appui bienveillant de l'aide au développement.

l'introduction de nouveaux complexes techniques et de nouvelles méthodes de pénétration du marché. Or même ce type est détruit par l'évolution actuelle... »⁹⁸

C'est par référence au rôle que le droit a pu tenir dans l'émergence, puis l'évolution de ces valeurs et de ces traits anthropologiques – qu'Orwell aurait volontiers vu comme de la décence commune – que doit être évalué le lien entre droit et développement.

Un tel projet nécessiterait une ouverture, voire une appropriation ou en tout cas une meilleure compréhension par les juristes continentaux de l'école néo-institutionnaliste de North, encore appelée nouvelle économie institutionnelle, qui a si bien su subjuguier les juristes anglo-saxons en offrant un cadre conceptuel cohérent pour tenter de comprendre la question de l'évolution des sociétés vers le développement. Gageons que la recherche française poursuivrait bien davantage des valeurs universelles en se lançant dans un tel chantier qu'en cherchant à convaincre le monde que les officiers publics ministériels ou le droit français des partenariats public privé sont un « vecteur de compétitivité ».

⁹⁸ Cornelius CASTORIADIS, *La montée de l'insignifiance*, Paris, Le Seuil, 1996.

LA POSSIBILITÉ D'UNE CONTRE-THÉORIE DU CONTRAT¹

VINCENT FORRAY*

En droit civil, les juristes ont l'habitude de recourir à ce qu'on appelle une « théorie générale du contrat ». Celle-ci constitue un système de droit des contrats fondé sur la question « qu'est-ce qu'un contrat » mise en harmonie avec le droit positif tel que la dogmatique juridique en rend compte. Ainsi, une telle théorie est interprétative et normative : elle oblige à se concentrer sur un certain type de solutions avant toute autre chose. Corrélativement, cette théorie tend à discréditer *a priori* les solutions alternatives. Cet article questionne la possibilité d'une contre-théorie du contrat. Une contre-théorie est un discours critique qui a pour objet de contrebalancer la théorie générale. Il ne s'agit pas de la reconstituer ou de la supprimer. Mais de fournir des arguments juridiques possédant la même légitimité théorique que ceux puisés à la théorie générale du contrat.

In civil law, jurists use what one calls a general theory of contract. This theory aims to provide a system of contract law grounded on the question « what is a contract » in harmony with the « positive law » as legal dogmatics recognize it. So this theory is a normative and interpretive theory: it forces a focus on certain kinds of legal solutions before anything else. As a corollary, this theory tends a priori to discredit alternative solutions. Finally, a general theory of contract has a monopoly on the way that jurists think about contract law. This article raises the issue of a possibility of a counter theory of contract. A counter theory is a critical discourse aiming to counter-balance the general theory of contract, not to change or remove it, but to provide alternative legal arguments that can be theoretically grounded as deeply as those of the general theory. I assume here that human beings operate according to the maxim « I'll see it when I believe it » – or perhaps more accurately, « I'll see it when I can and do theorize it », Janet Halley, Split decisions.

* Professeur à l'Université McGill, vincent.forray@mcgill.ca.

1 Ce texte a été développé à l'issue de plusieurs conférences données en 2010 et 2011 aux Universités Mykolas Romeris de Vilnius (Lituanie), Santiago de Compostela (Espagne), Rio Grande do Sul et Sao Paulo (Bresil), McGill (Canada). Je veux remercier Alexandre Guigue, Christophe Jamin, Pierre-Gabriel Jobin, Daniel Jutras, Philippe Jestaz, Geneviève Pignarre, Sébastien Pimont et Christophe Quézel-Ambrunaz pour leurs lectures, leurs suggestions et leurs commentaires. Toutes les erreurs sont les miennes. Une version plus courte et un peu différente a été publiée dans l'ouvrage *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, dir. Christophe Quézel-Ambrunaz, 2012, pp. 233-255.

I assume here that human beings operate according to the maxim «I'll see it when I believe it» –or perhaps more accurately, «I'll see it when I can and do theorize it».

Janet Halley, *Split Decisions*.

En fin de compte, il aura été question de la promesse, du désordre et de la justice. Et de la mise en opposition de deux discours juridiques. Un premier discours qui domine le droit des contrats, qui est son commentaire toujours recommencé, qui lui restitue son intention ou qui lui donne un sens ; une théorie générale. Un deuxième discours à la lisière du droit des contrats ; un discours qui reste indéterminé, peut-être sans cesse dérobé à la rationalité de la promesse ; un discours qui concerne un secteur contractuel. Théorie générale du contrat / droit européen de la consommation.

Ces deux discours pourraient se conjuguer, au terme d'un accommodement rationnel. Je veux dire : un accommodement aux lumières du droit civil. Il s'agirait, en fusionnant ces discours, de réaliser des économies conceptuelles. La théorie générale du contrat pourrait accueillir en son sein la théorie des contrats de la consommation, et produire un discours unique, englobant ; au prix d'un effort d'intégration du droit de la consommation.

Mais plutôt qu'une conjugaison, je voudrais évoquer une conjuration. Je voudrais engager chacun de ces discours dans un complot contre l'autre. Les dresser l'un contre l'autre. Et le faire au nom d'un balancement familier au juriste, et nécessaire à la justice. À la petite justice. Celle dont le juriste fait l'expérience. Une justice au cas par cas. Plus exactement, il s'agit d'opposer la théorie générale du contrat et le droit européen de la consommation au nom d'une « possibilité de justice ».

Pouvoir / contre-pouvoir. Voici le balancement auquel je songe. Théorie / contre-théorie du contrat, donc.

Je procèderai en quatre parties. La première tente de préciser l'idée de « contre-théorie du contrat » en croisant

la théorie générale du contrat et une proposition de texte européen sur les droits du consommateur². La deuxième indique une opposition de structure entre la théorie générale et le texte européen qui suggère une mise en opposition des concepts. La troisième exploite cette divergence conceptuelle sur un plan technique en traitant de l'obligation d'information et du droit de rétractation. La quatrième partie esquisse une perspective contre-théorique en droit commun des contrats à partir de l'exemple de l'offre de contracter ; elle formule aussi quelques remarques générales à propos des effets d'une contre-théorie sur notre perception du droit des contrats.

I.

En droit civil, le droit des contrats est lié à un *concept* de contrat. Nous avons appris à penser d'abord le contrat, et cela par l'intermédiaire de la promesse / du consentement, puis les règles et les solutions pratiques. Nous sommes donc habitués à déduire le droit des contrats d'une construction intellectuelle préétablie qu'on appelle « théorie générale du contrat ». La doctrine, comme doctrine³, contribue à élaborer la théorie générale. Elle est habituée à induire des propositions synthétiques à partir des positions particulières du droit positif.

Éric Savaux définit la théorie générale du contrat comme « une activité doctrinale de connaissance du contrat et le produit de cette activité »⁴. L'activité dont il est question consiste à étudier le droit positif⁵ ; à en dégager les

2 Il s'agit de la proposition de directive du 8 octobre 2008 sur les droits du consommateur. Le Parlement Européen et le Conseil ont finalement adopté une directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs. Il ne m'a pas semblé nécessaire d'aligner le contenu de cet article avec la directive. Rien de ce que j'écris ici ne suppose une conformité avec le droit positif qui n'est pas l'objet d'étude. Je me limite donc à signaler, parfois, certaines divergences.

3 Philippe JESTAZ, Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

4 *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?* Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1997 au n°531.

5 Éric SAVAUX, *supra* note 1 aux n°37 et s.

principes qui l'ordonnent ; à en rendre compte de manière scientifique. C'est une entreprise de rationalisation formelle du droit des contrats⁶. Il faut alors comprendre que se côtoient au sein de la théorie du contrat des représentations doctrinales du droit positif et des idées correspondantes sur le contrat, idées qui, parfois, prennent la forme de concepts.

Ainsi, la théorie générale du contrat associe deux catégories d'éléments⁷. La première rassemble les concepts qu'implique l'idée rationnelle ou historique du contrat. La seconde rassemble des assertions, des propositions relatives au droit positif des contrats. Elle se caractérise par une certaine contingence et le fait que celui qui y contribue soit lié à une législation. La première catégorie d'éléments assure l'ordre, la cohérence, la transparence⁸ de la théorie ; la seconde en constitue la matière. Évidemment, ces deux catégories interagissent. Dans le cadre de la théorie, le droit positif est présenté au travers des concepts liés à l'idée de contrat. Et ces concepts influencent en retour la réception doctrinale du droit positif. Il existe un jeu de miroirs entre les concepts et le droit positif du contrat tel que la doctrine en rend compte. Ce jeu de miroirs fait que la théorie générale du contrat correspond aux données qu'elle s'efforce d'expliquer⁹. En fin de compte, la théorie générale du contrat se présente comme une synthèse doctrinale du

droit des contrats. C'est-à-dire que la doctrine introduit, de l'extérieur, de l'ordre au sein de la réalité qu'elle observe¹⁰ en utilisant un appareil conceptuel qu'elle contribue au passage à élaborer. On pourrait dire, à la Foucault, que dans la théorie générale du contrat, concepts et droit positif s'entremêlent à l'infini.

Il faut évoquer à la suite de cette idée celle, qui lui est directement accouplée, de vérité de la théorie générale du contrat. La théorie a vocation à dévoiler les principes qui structurent effectivement le droit positif et que la complexité des espèces masque à celui qui ne sait pas le droit. La confection de théories générales constitue l'activité essentielle de la dogmatique juridique entendue comme l'activité qui a pour objet la description ordonnée ou systématique de droit positif. Et la possibilité de décrire scientifiquement le droit sous-tend le projet dogmatique. Il s'ensuit que la théorie générale du contrat veut exprimer ce qu'est le droit des contrats –au-delà de la loi et la jurisprudence. Ce n'est possible qu'à la condition qu'existent, en son sein, des éléments de vérité. Ces derniers peuvent être compris selon deux intuitions opposées¹¹. Selon une première intuition, le projet de théorie générale du contrat repose sur des propositions intangibles, implacablement valides. C'est-à-dire que la théorie exprime ou tend à exprimer des vérités absolues. Selon une seconde intuition, la vérité étant toujours relative, la théorie générale du contrat comporte des éléments provisoirement valides ; elle est vraie dans la mesure où elle produit les effets qu'elle annonce. Une autre conception de la vérité affleure alors : « ce qui décide de la valeur de vérité des théories, c'est ce qu'elles permettent de faire »¹².

6 On trouve chez Max Weber l'idée de rationalisation formelle du droit comme activité de la dogmatique juridique, *Sociologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection Quadrige, 2007, préface Philippe Raynaud, Introduction et traduction par Jacques Grosclaude, voy. en complément, S. KALBERG, *Les valeurs, les idées, les intérêts. Introduction à la sociologie de Max Weber*, trad. Ph. Chanial, préface A. Caillé et Ph. Chanial, La Découverte, 2010, pp. 116-133, spéc. pp. 131-133.

7 Voir par exemple la présentation du livre I « Théorie des contrats » dans l'ouvrage de Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2004, p. 172. On y trouve une distinction entre la « notion » de contrat et les « règles » qui le concernent.

8 Stephen. A. SMITH, *Contract theory*, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 2004, reprint 2007, pp. 24-32.

9 « The most obvious criterion for assessing interpretive theories is whether they fit the data they are trying to explain », Stephen. A. Smith, *ibid.*, p. 7.

10 C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, pp. 31-32.

11 Les propos qui suivent empruntent largement à Max HORKHEIMER dans *Théorie critique*, traduction par le groupe de traduction du collège de philosophie, présentation par Luc Ferry et Alain Renault, Paris, Payot, 2009, voir spécialement. *Sur le problème de la vérité*, pp. 153-194.

12 Max HORKHEIMER, *ibid.*, p. 172.

Ces deux intuitions se côtoient dans la doctrine française¹³. Elles se rejoignent dans l'idée selon laquelle la théorie générale du contrat comporte un fond de vérité.

De là dérive la conviction selon laquelle la théorie générale du contrat est permanente. Cette idée se comprend mieux à l'évocation de son corollaire: la proposition de la théorie générale du contrat à évoluer. Les changements sociaux peuvent donner l'impression d'altérer la théorie. La modification de son environnement appelle à la discuter. Mais le fond de vérité de la théorie la maintient à sa place. Ses concepts fondamentaux et sa structure demeurent. Changements sociaux et modifications du droit conduisent à ajuster la théorie¹⁴. Elle progresse par élimination des erreurs qu'elle comporte. Ainsi la théorie générale du contrat engage perpétuellement la connaissance juridique. Le juriste décode le réel en utilisant la théorie générale du contrat. La doctrine encode le réel dans la théorie générale. Celle-ci peut alors jouer le rôle qu'on lui assigne: établir la connaissance systématique du droit des contrats, résoudre les problèmes posés en droit des contrats.

13 Illustrant l'intuition selon laquelle il existe des vérités logées dans la «théorie des contrats», Alain Bénabent indique que «s'il est cependant un concept qui présente cette universalité et cette permanence, qu'aucune société ou groupe humain n'a pu ignorer, c'est bien celui du respect de la parole donnée. «*Pacta sunt servanda*»: les accords doivent être respectés», *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2007, au n°11; étayant plutôt l'intuition selon laquelle la vérité de la théorie générale du contrat n'a qu'une validité limitée, Jacques Ghestin relève qu'«il semble préférable de s'en tenir à un choix relativement modeste et de se borner à tenter de proposer une définition du contrat qui soit acceptable dans notre système juridique, ce qui n'exclut pas d'ailleurs de tenir compte des enseignements de l'histoire et du droit comparé afin de dégager ce qui, au-delà de particularismes locaux et des modes intellectuelles, pourrait être vraiment l'essence du contrat», *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd. par Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 4.

14 On peut écrire alors que la théorie générale du contrat se trouve confrontée à des «défis» qu'elle «doit» relever en se renouvelant, François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2009, au n°47.

Finalement, la théorie générale du contrat forme un *système d'interprétation* du droit des contrats; et un système *contraignant*.

Proposition

Dans cet article, je voudrais montrer qu'il est possible d'échapper au caractère contraignant de ce système d'interprétation. De formuler un discours théorique¹⁵ en droit des contrats sans emprunter le cadre de la théorie générale. Un tel discours peut-être utile. Il propose des alternatives à l'interprétation du droit contemporain des contrats. Il accroît ainsi la capacité d'agir des juristes.

On peut venir à une telle hypothèse en travaillant sur une législation qui échappe facilement à l'attraction de la théorie générale du contrat¹⁶. C'est le cas du droit européen de la consommation. Il constitue donc la matière de l'étude.

Des textes européens

L'expression «droit européen de la consommation» désigne l'ensemble des actes normatifs adoptés par les institutions de l'Union Européenne qui concernent l'activité de consommation¹⁷. Parmi ceux-ci se trouve du droit des contrats, c'est-à-dire des règles relatives aux opérations par lesquelles le consommateur européen se procure des biens

15 Pris au sens que lui donne Stanley FISH dans *Respecter le sens commun, Rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit*, trad. Odile Nerhot, Editions. Story-Scientia, L.G.D.J., 1995 pp. 13-24.

16 Rappr. Jean-Guy BELLEY, *La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception économique du contrat*, in *Mélanges Claude Masse, En quête de justice et d'équité*, dir. Pierre-Claude Lafond, Comansville, Éditions Yvon Blais, pp. 119-146.

17 Que le lecteur accepte de considérer les expressions «droit communautaire de la consommation», «droit de la consommation de l'Union Européenne» et «droit européen de la consommation» comme équivalentes dans cet article.

ou des services¹⁸. Dans l'Union européenne, le droit des contrats se construit incidemment. Il se règle au coup par coup (les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux), à l'occasion d'autre chose – d'une opération économique particulière (les droits d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers) – ; parfois plus directement, lorsqu'un dispositif de protection du consommateur contractant (les clauses abusives) est élaboré. Un corps de droit européen des contrats n'est pas, à l'heure actuelle, un projet de législation pour l'Union européenne. Le fait est que d'importants travaux scientifiques ont pris le droit européen des contrats pour objet : les Principes européens du droit du contrat, le Cadre commun de référence et les travaux qui s'y adjoignent, notamment. Ils aident à se figurer le contenu possible d'un corps de règles en la matière. Mais la somme qu'ils constituent n'a pas, à ce jour, de futur législatif précis¹⁹. La Commission européenne a d'ailleurs posé la question des « actions envisageables pour consolider le marché intérieur en accomplissant des progrès dans le domaine du droit européen des contrats » dans le livre vert du 1^{er} juillet 2010 (COM (2010) 348). Pour

l'heure, donc, la forme du droit commun des contrats de l'Union Européenne n'est pas déterminée.

Le droit européen des contrats de consommation existe quant à lui. Il se situe dans un cadre plus vaste : la législation relative aux consommateurs. Celle-ci s'organise à partir de plusieurs centaines d'actes normatifs : règlements, directives, décisions, résolutions²⁰. Une sélection peut être opérée à la suite du travail de la Commission. Depuis une vingtaine d'années, celle-ci poursuit l'ambition d'unifier le droit du marché unique. Cette ambition l'a conduite à envisager la codification du droit des contrats des États membres, à travailler à la constitution d'un cadre commun de référence et à projeter une révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs²¹. La Commission s'est donc livrée à une sélection du droit positif utile à la réalisation de son projet. Ainsi, en 2004, huit directives ont constitué le fond de l'acquis communautaire à propos duquel une vaste consultation a été lancée (livre vert). En 2008, une fois celle-ci effectuée, et au moment de proposer la révision, l'acquis communautaire a été ramené à quatre directives²². Le lien que la Commission voit entre la régulation du marché intérieur, la protection

18 C'est une définition possible du droit des contrats. Ainsi selon James GORDLEY dans son livre *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2006, tel que cité par Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Dalloz – Les éditions Thémis, 2008, n°1295 : "A basic purpose of the contract law is to enable people to get what they do want"; sur le besoin à l'origine de l'échange par *synallagma* on peut relire ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, traduction et présentation par Richard Bodéüs, Paris, Flammarion, 2004, p.250, notamment 1133 b 9.7. : « d'autre part, ce qui montre que le besoin assure la cohésion comme une sorte d'unité, c'est que si les partenaires n'ont pas besoin l'un de l'autre, si tous les deux ou l'un des deux n'éprouve pas de besoin il n'y a pas alors d'échange entre eux comme il y en a quand quelqu'un demande ce qu'on a personnellement [...] » ; sur une perception du contrat par le consommateur qui privilégie la satisfaction d'un besoin sur la planification des échanges, voir Jill POOLE, *Contract Law*, 8^e éd., Oxford University Press, 2006, p. 10

19 Voir Christian VON BAR, *What legal policy for the Common Frame of Reference?*, Revue des contrats, Lextenso Éditions, 2009, pp.822-826

20 La rubrique « consommateurs » est une sous-catégorie (n°15-20) du répertoire de la législation de l'Union Européenne en vigueur qui comporte au 1^{er} juin 2012, 756 actes. Cette législation peut être consultée à l'adresse suivante <http://eur-lex.europa.eu/fr/legis/20100701/chap15.htm>

21 En synthèse, Gilles PAISANT, *Proposition de directive relative aux droits des consommateurs – Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels?*, JCP édition générale, Éditions du Juris-classeur, 2009, I.118.; le site internet eur-lex offre une chronologie du projet depuis 2001.

22 La directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. Tous les textes sont disponibles sur le site eur-lex.

des consommateurs et l'unification du droit des contrats implique de considérer avec une attention particulière ces quatre textes²³. La fusion de ceux-ci dans la proposition de directive du 8 octobre 2008²⁴ offre, à l'essai, un rassemblement des droits contractuels des consommateurs. Ce texte constitue donc le matériau de l'étude.

La proposition de directive du 8 octobre 2008 sur les droits du consommateur met en question la théorie générale du contrat. L'expérience de cette mise en question peut facilement être faite. Il suffit d'entreprendre la construction d'un discours sur le contrat en utilisant le contenu du texte. Les concepts habituellement utiles à la compréhension du droit des contrats – ceux qui configurent la théorie générale – semblent inadaptés.

Prenons un exemple. Le « contrat hors établissement est entendu, notamment, comme « b) tout contrat de vente ou de service conclu dans un établissement commercial, mais qui a été négocié en-dehors d'un établissement commercial en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur »²⁵. Le lieu de la négociation exerce alors une influence sur le régime du contrat en commandant sa qualification. Dans la théorie générale, la formation du contrat par la rencontre de l'offre et de l'acceptation ne l'a jamais suggéré et ne l'explique pas. Soutenue par la théorie jusnaturaliste des promesses²⁶ et celle, plus kantienne²⁷, de l'union des volontés, la formation du contrat par la rencontre de l'offre et de l'acceptation est

accaparée par d'autres questions²⁸. À quel moment celui qui offre est-il engagé? Comment? Pourquoi? À quel moment le contrat est-il formé? Comment? Pourquoi?...

On éprouve, en général, un sentiment d'inadéquation entre la théorie générale du contrat et le droit européen de la consommation. Une intuition naît selon laquelle la première doit être refondue, renouvelée, corrigée, en considération du second. La théorie générale du contrat pourrait alors se maintenir comme outil de la connaissance du droit des contrats. À condition que de nouveaux concepts²⁹ y soient adjoints. Dans un important article, « *Droit de la consommation* » et *théorie générale du contrat*³⁰, Georges Rouhette propose une option différente. Le constat de l'inadéquation entre la théorie générale du contrat et le droit de la consommation devrait, selon lui, être l'occasion de purger celle-là des concepts impropres. Il renverse le postulat dominant selon lequel le droit de la consommation présente une originalité (une nouveauté) par rapport à la théorie générale du contrat. Il entend montrer que ce n'est ni la nouveauté des principes, ni l'originalité des notions du droit de la consommation qui perturbent la théorie générale du contrat. Celui-ci ne fait que mettre à jour les carences anciennes de celle-là. J'utilise la même idée de fonction critique du droit de la consommation, à ceci près qu'il s'agit du droit européen, ainsi que celle, sous-jacente, d'un autre modèle théorique. Mais je m'éloigne de la perspective de Georges Rouhette en ce que les « carences » de la théorie générale du contrat ne m'intéressent pas. Cette dernière idée est très proche de celle qui affirmerait que la théorie générale du contrat est erronée (à suivre la *Contribution à l'étude critique de la notion de*

23 Exposé des motifs de la proposition de directive, p. 3, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/COMM_PDF_COM_2008_0614_F_FR_PROPOSITION_DE_DIRECTIVE.pdf

24 Le texte avait été amendé en 2011.

25 Art. 2 (8) de la proposition de directive.

26 *Le droit de la guerre et de la paix*, traduction Paul Padier-Fodéré, édité par Denis. Alland et Simone Goyard-Fabre, Paris, Presse Universitaires de France, Léviathan, au livre II, chap. XI, para. II à V.

27 Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du droit*, traduction Alexis Philonenko, préface Michel Villey, Paris, Vrin, 1993, au para. 18-19.

28 Sur ces questions, Sébastien PIMONT, *Entre promesses et actes unilatéraux, les théories de la formation du contrat*, in *Promesses et actes unilatéraux*, 7^e journée Poitiers – Rome 3, L.G.D.J., Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2010.

29 Voir Hélène AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, thèse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille., préface Alain Ghazi, pp. 17-38.

30 *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 247-272.

*contrat*³¹, l'erreur pourrait consister dans l'incapacité de la théorie générale du contrat à rendre compte de la réalité, historique et positive, du droit des contrats) et qu'il est possible de la rectifier. Je m'efforce de soutenir une idée différente : la théorie générale du contrat est concurrencée ; cette mise en concurrence ouvre au juriste de nouveaux champs d'action. En d'autres termes, le droit européen de la consommation donne à voir le droit des contrats d'un point de vue différent de celui de la théorie générale. Cette intuition se renforce lorsqu'on considère le contexte du droit européen de la consommation.

Le marché comme contexte

Le droit européen de la consommation associe le contrat au marché. Son droit des contrats doit faciliter le fonctionnement de celui-ci³². On peut parler de régulation. On peut aussi parler de fonction catallactique du droit des contrats³³. Faire un droit du marché est une recherche d'équilibre juridique qui diffère de l'équilibre des prestations économiques. Celui-ci veut égaliser les valeurs des choses et des services ; celui-là veut égaliser les droits des acteurs. Alors, « le but de la loi devrait être d'améliorer également les chances de tous »³⁴. L'intérêt des acteurs, ceux qui produisent, ceux qui vendent, ceux qui consomment, commande que le marché fonctionne au mieux. Pour cela, il appelle des règles protectrices des consommateurs.

La proximité d'une telle approche du droit de la consommation avec celle de la Commission à propos de la révision de l'acquis communautaire est notable. L'exposé

des motifs qui précède la proposition de directive sur les droits de consommateurs indique que « son objectif premier [celui de la révision de l'acquis communautaire] est de parvenir à la mise en place d'un véritable marché intérieur ». L'objectif de législation est clair : faciliter les échanges. Il s'enroule autour du postulat des théories du marché : tout le monde à intérêt à ce que le marché fonctionne³⁵.

Alors, le concept de contrat, comme inutile, se dilue dans l'économie. Les droits et obligations des contractants deviennent l'objet de règles juridiques faites pour défendre leurs intérêts dans un environnement européenisé. Un droit des contractants-consommateurs – ceux qui forment la demande sur le marché intérieur –, une fraction d'un droit des acteurs économiques, émerge à la place d'un droit du contrat de consommation. À cet égard, l'intitulé de la proposition de directive de 2008 doit être souligné : « les droits du consommateur ».

Annexé au marché, le droit européen de la consommation se passe d'un concept de contrat. Il suggère un discours qui opérerait sans que le contrat soit intelligible ou formellement rationalisé. Au sein du droit de l'Union européenne, l'absence de relation entre une certaine idée de contrat (une notion) et les règles juridiques dont il est l'objet (le régime) devient possible à penser ; les règles du droit des contrats ne se déduiraient pas d'une idée *a priori* du contrat. Le discours sur le droit des contrats change. Il gagne la possibilité de se dédoubler. À côté du discours qui veut décrire le droit des contrats – et qui construit les théories générales – un autre discours se dégage ; un discours critique.

Un discours critique

Forgé au droit européen de la consommation, un discours sur le contrat semble pouvoir s'affranchir du réflexe dogmatique. C'est-à-dire du réflexe consistant à insérer ce que l'on dit dans l'ordre de la théorie générale du contrat. À projeter sur ce discours la lumière des concepts contractuels ; ce qui le rend intelligible, rationnel, scientifique. Ce

31 La thèse de Georges Rouhette, soutenue en 1965, n'a jamais été publiée.

32 Rappr. Ronald COASE, *L'entreprise, le marché et le droit*, traduction Boualem Aliouat, Éditions d'Organisation, 2005, pp. 24-25.

33 Friedrich Hayek emploie le mot catallaxie pour « désigner l'ordre du marché », « une espèce particulière d'ordre spontané produit par le marché à travers les actes de gens qui se conforment aux règles juridiques concernant la propriété, les dommages et les contrats », *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, « Quadrige », 2007, préface Philippe Nemo, p. 532.

34 Friedrich HAYEK, *ibid.*, p. 570.

35 Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, *supra* note 14 pp. 81-83.

qui accroît sa puissance. Le discours dogmatique étincelle alors, devient éblouissant. Il attire à lui la question des intérêts. Il achève de les perdre dans sa lumière. Comme notion ou concept, le contrat finit par ne plus avoir d'autre intérêt que lui-même : les parties doivent adapter leurs opérations économiques au cadre contractuel façonné par le discours dogmatique. Ainsi, la théorie générale du contrat ne se préoccupe des intérêts individuels qu'en tant qu'ils ne la contredisent pas :

On ne *peut pas*, en théorie, avoir voulu quelque chose – payer 100 pour un bien – et puis vouloir autre chose – payer 90 pour le même bien ; même si, en fait, on peut modifier sa volonté au gré de ses intérêts. Lorsque la théorie contraint l'interprétation, voici ce qui se passe : on ne *doit pas* avoir voulu quelque chose et puis vouloir autre chose ; de sorte qu'en droit, on ne *peut pas* prétendre à autre chose que ce qu'on avait d'abord voulu.

La théorie générale du contrat propose un compromis axiologique³⁶. Elle se détermine en fonction de valeurs supposées absorber l'ensemble des intérêts possibles. C'est la raison pour laquelle le discours doctrinal n'a pas à mobiliser les intérêts individuels quand il traite une question de droit. La théorie générale impose un effort d'abstraction. Les intérêts passent à l'arrière-plan du droit des contrats. Ils se trouvent hors de propos du discours doctrinal qui s'emploie à mettre le droit des contrats en *formule positive*³⁷. Sans doute ressurgissent-ils dans le contentieux³⁸, mais pour être saisis de nouveau dans le discours doctrinal

qui garantit l'ordre juridique³⁹, réalignés en permanence sur les constructions juridiques qui permettent de décider⁴⁰. La théorie générale du contrat n'est pas construite sur des intérêts qui divergent mais des valeurs qui rassemblent.

Le droit européen de la consommation est, au contraire, soutenu par l'opposition des intérêts – ceux des consommateurs, ceux des professionnels ; des intérêts qui exercent une pression sur la confection même des règles par le *lobbying*⁴¹. Comme droit du marché européen, le droit de la consommation est aussi le fruit de contradictions, jusqu'à apparaître lui-même contradictoire : droit de la protection du consommateur / droit de la réalisation du marché intérieur⁴².

À se placer maintenant au niveau théorique, on réalise que le marché implique les juristes en convoquant ce qu'ils disent au cœur des tensions qui l'animent : entre demande et offre, entre sécurité et liberté, entre la justice et l'injustice. La concurrence qui définit le marché va au-delà des échanges : elle concerne le droit. Le contexte européen appelle une concurrence des discours sur le droit, ceux-ci assumant leur utilisation au service de tel ou tel intérêt individuel. Ils perdent toute prétention – tout espoir – à la généralité.

La théorie générale du contrat est alors amenée au-delà de ses fonctions : décrire le droit des contrats pour fixer l'interprétation. Elle se relativise. Ses éléments de vérité deviennent affaire de point de vue. Les concepts qui la composent perdent leur universalité. C'est-à-dire que la théorie générale doit admettre un discours concurrent, un discours divergent. Un discours lié aux intérêts

36 Le *bien commun* du droit des obligations ? Rappr. Rousseau, *Du contrat social*, Livre II, chap. I.

37 SALEILLES, cité par C. Jamin, *Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique, essai de lecture comparée*, *Droit*, t. 51, 2010, pp. 137-159.

38 Ce pourquoi l'étude du contentieux contractuel offre une possibilité de penser autrement le droit des contrats. Il s'agit tout au moins de l'idée défendue par Christian Atias, dans son livre *Le contrat dans le contentieux judiciaire* nouvelle édition (5^e) de son *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, Litec, 2010.

39 Voy. l'important travail de C. Jamin qui montre bien, notamment dans la partie consacrée à Ripert, comment le besoin d'ordre a pu, dans la doctrine française, former un rempart contre le réalisme, *op. cit.*

40 M. XIFARAS, « La Veritas Iuris selon Raymond Saleilles – Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits*, t. 47, 2008, p. 77 et s.

41 D. COEN, *Lobbying in the European Union*, publication du Parlement Européen, 2007, www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?file=18208#search=%20lobbying%20

42 J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, P.U.F., 2008, pp. 301-304.

que les contrats servent. Et ces intérêts ne se déterminent pas *a priori*⁴³. Ils sont en nombre infini ; liés à ce qu'il y a d'irréductible dans les relations humaines. Ils tirent le droit hors de ses formes modernes, et le proposent perpétuellement au service de l'individu qui l'utilise. Il me semble que nous avons là l'enjeu d'un discours théorique en droit des contrats. Répondre à un besoin de droit déconnecté de la question de l'ordre juridique. Un droit asservi aux projets individuels plutôt qu'à (ou en plus d') un projet de société. Corrélativement, les juristes sont enjoint de fournir des discours théoriques qui n'accréditent pas simplement l'idée d'un droit dont le sens est déterminé à l'avance – *ordonné* en soi. Des discours théoriques qui sont, bien sûr, susceptibles de confirmer la première appréhension des normes juridiques – de confirmer le sens du droit –, mais des discours théoriques susceptibles aussi de « déstabiliser » cette première appréhension lorsque tel ou tel intérêt le réclame⁴⁴. Des discours qui servent la sécurité juridique, mais aussi des discours amenés à défendre l'imprévisibilité du droit. Des discours critiques donc.

Un discours critique n'alimente pas la théorie générale du contrat. Il se développe contre – et toujours contre – les solutions techniques puisées à celle-ci, les solutions qui confirment le sens du droit (rappelons ici que la théorie générale est faite de telle manière qu'elle correspond aux données qu'elle veut décrire⁴⁵). Par solutions « techniques », je veux parler des solutions concrètes déduites de la théorie (applications des principes, opérations de qualification), autant que des solutions données par les juges à certains litiges, solutions alors sélectionnées parce qu'elles illustrent, complètent, ajustent, renouvellent la théorie (décisions de jurisprudence). Dans un système de théorie

générale du contrat, les solutions de droit sont liées aux concepts ; elles en sont les corrélats techniques.

Au contraire, un discours critique estime ne pas être tenu par les concepts. Il s'alimente à un désir de contester « certains régimes de vérité »⁴⁶ juridique qui stipulent telle ou telle solution.

Il ne s'agit donc pas de contraindre l'interprétation en permanence. La pertinence du discours critique ne dépend pas de sa propension à remplacer la théorie générale mais de sa capacité à convaincre⁴⁷. Par conséquent, un tel discours perturbe l'ordre de la théorie générale du contrat sans vouloir en installer un autre à sa place. Il n'offre pas de reconstruire la théorie générale du contrat. Il ne tend pas à l'élaboration de concepts. Les solutions techniques qu'il peut inspirer n'ont pas vocation à se rassembler en système. Il s'agit « d'ouvrir le champ des possibles »⁴⁸. De penser le cas par cas, et de le penser par rapport par rapport à la théorie générale du contrat. Un discours critique en droit des contrats est alternatif, et pas révolutionnaire – il n'installe pas un ordre nouveau fondé sur de nouvelles valeurs. Il constitue un contre-poids – peut-être un contre-pouvoir. C'est pourquoi il est tout ici question d'une possibilité de « contre-théorie » du contrat. Et pour qu'il y ait « contre-théorie », il faut qu'il y ait une théorie à contrer.

Au stade de la réalisation du discours critique, il importe de se dégager des éléments de vérité de la théorie générale du contrat. Mettre en cause ce qui semble intangible dans la théorie. Ce autour de quoi elle se tient. Il n'est pas question d'affirmer que ce qui semblait vrai est faux. Répétons-le : il ne s'agit pas de construire une nouvelle théorie. Il s'agit de se démarquer du point de vue à partir duquel on aperçoit des solutions techniques alignées avec les prescriptions de la théorie générale. Des solutions qui paraissent épouser les contours des concepts. Il s'agit donc de quitter le point de vue des concepts. Pour cela, il faut

43 Sur l'opposition de la « jurisprudence des intérêts » à « l'idéalisme philosophique de Kant, Fichte et Hegel », E. FECHNER, *Sociologie chez les philosophes du droit allemands*, in *Méthode sociologique et droit*, pp. 75-82, spéc. pp. 77-81.

44 Voy. D. KENNEDY, *Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique de Hart/Kelsen*, *Jurisprudence – Revue critique*, 2010, pp. 19-32.

45 *Supra* note 9.

46 J. BUTLER, *Trouble dans le genre*, préface E. Fassin, trad. C. Kraus, La Découverte, pp. 25-27.

47 Stanley FISH, *supra* note 13, pp. 13-14.

48 J. BUTLER, *op. et loc. cit.*

imaginer un discours sur le droit des contrats qui ne soit plus construit à partir de ces concepts. C'est-à-dire un discours dont la structure échappe à l'emprise des concepts et dont le contenu ne dépend pas de ceux-ci. Finalement, une contre-théorie du contrat ressemble davantage à une méthode qu'à une théorie. Elle poursuit la production de solutions techniques sans utiliser un appareil conceptuel nouveau, mais en utilisant l'appareil conceptuel habituel à contretemps ou à l'opposé de ses fonctions. En le dévoyant.

La proposition de directive sur les droits du consommateur fournit les matériaux d'un discours théorique critique en droit des contrats; offre donc la possibilité d'une contre-théorie du contrat. Pour indiquer cette possibilité, je voudrais utiliser certaines oppositions entre le texte européen et la théorie générale. Des oppositions qui nous disent quelque chose de cette théorie générale et permettent, du même coup, d'en concevoir un éloignement.

La première opposition tient aux structures. Elle me semble très importante. Parce que la structure de la théorie générale du contrat montre, plus clairement encore que son contenu explicite, quels sont les concepts qui la dominent. Le fait de ne pas emprunter de telles structures implique d'avoir déjà mis à distance ces concepts.

II.

Au sein des grandes traditions juridiques européennes, les livres de droit des contrats ou des obligations conventionnelles présentent des structures qui sont assez proches. Cela résulte d'habitudes de travail acquises, dans le courant du XX^e siècle, à la dogmatique juridique. La méthode d'exposition du droit des contrats est alors plutôt analytique (au sens kantien).

Ainsi en France, les études progressent par décomposition du concept de contrat. Elles s'additionnent pour former la synthèse appelée « théorie générale du contrat ». En son sein, une exigence de rationalisation formelle des développements s'impose. Elle fait que la structure du droit des contrats décrit dans les livres se simplifie. Au *Traité élé-*

*mentaire*⁴⁹, Planiol exposait la théorie générale du contrat en sept grandes parties: *distinctions diverses, modes de formation, éléments des contrats, preuve des contrats, effets des contrats, modes de dissolution des contrats, théorie des risques*. Au *Traité pratique*⁵⁰, Ripert réduit la matière à quatre parties: *formation du contrat, domaine d'application et effets du contrat, exécution des contrats, conflits de lois*. Pour Eugène Gaudemet⁵¹, trois parties suffisent: *formation des contrats, des effets des contrats, des promesses de contrat*. Le mouvement se poursuit dans les livres plus récents. Trois parties pour Marty et Raynaud⁵²: *notion de contrat, formation du contrat, les effets du contrat / l'obligation contractuelle*; trois parties également pour l'important *Traité de droit civil* de Jacques Ghestin⁵³: *la formation du contrat, les effets du contrat, l'anéantissement du contrat*; trois parties dans l'ouvrage de Flour, Aubert et Éric Savaux⁵⁴: *les conditions de formation du contrat, la sanction des conditions de formation, les effets du contrat*; trois parties encore dans celui de Muriel Fabre-Magnan⁵⁵: *la définition du contrat, la formation du contrat, l'exécution du contrat*. La matière est parfois divisée en deux. Ainsi Carbonnier⁵⁶ traite de la formation puis des effets du contrat, Philippe Malinvaud⁵⁷ également; Alain Bénabent⁵⁸ partage la matière entre la conclusion du contrat et la force du contrat.

49 *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 1907.

50 *Traité pratique de droit civil français*, par Marcel Planiol et Georges Ripert, tome 6, Obligations, première partie, avec le concours de Paul Esmein, Paris, L.G.D.J., 1930.

51 *Théorie générale des obligations*, publiée par Henri Desbois et Jean Gaudemet, Paris, Sirey, 1937, réédition Dalloz, 2004, présentation par Denis Mazeaud.

52 *Droit civil*, tome II, 1^{er} vol., *Les obligations*, Paris, Sirey, 1962.

53 *La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993.

54 *Les obligations*, Volume 1, *L'acte juridique*, 14^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2010.

55 *Droit des obligations*, 1. *Contrat et engagement unilatéral*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008.

56 *Droit civil*, Vol. II, *Les biens, Les obligations*, 1^{re} éd. Quadrige, Presses Universitaires de France, 2004.

57 *Droit des obligations*, 10^e éd, Paris Litec, 2007.

58 *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2007.

Les moments formation / conclusion du contrat – exécution / effets du contrat structurent la théorie générale en France au XX^e siècle comme aujourd'hui⁵⁹. Les plans des livres ne sont pas identiques mais partagent une exigence de rationalité : le lecteur doit pouvoir comprendre *pourquoi* le droit des contrats s'expose de telle ou telle manière. Parce que chaque présentation obéit à une définition minimale du contrat qui associe la volonté / la promesse / l'accord et l'obligation juridique / les effets de droit. Chaque plan évoqué plus haut est une déduction de la définition du contrat. Celle-ci lie les auteurs à un système de compréhension et de description canonique du droit des contrats.

La définition du contrat n'est pas propre au droit français. De nombreuses traditions juridiques européennes utilisent la relation des éléments volonté – obligation juridique lorsqu'il s'agit de comprendre le contrat. C'est d'ailleurs pourquoi l'idée d'un droit européen des contrats paraît possible *a priori* ; une définition minimale fait consensus. Ainsi les Principes européens du droit du contrat indiquent « qu'un contrat est conclu dès lors que (a) les parties entendaient être liées juridiquement (b) et sont parvenues à un accord suffisant ». Le Cadre commun de référence définit le contrat comme « l'accord qui fait naître ou vise à faire naître une relation juridiquement obligatoire, ou qui vise à produire quelque autre effet juridique ».

En Suisse, pour Virgil Rossel, « la convention ou le contrat [...] n'est autre chose que l'obligation créée, modifiée ou éteinte par l'accord de deux ou plusieurs personnes » ; Pierre Tercier définit le contrat comme « l'échange de manifestations de volonté concordantes qui produit la conséquence juridique correspondant à l'accord ».

En Allemagne, Michel Pédamon relève que l'acte bilatéral (*Vertrag*) qui comprend la convention et le contrat implique « la rencontre de deux volontés concordantes et

destinées à produire des effets de droit »⁶⁰. On pourra aussi relire Savigny qui écrit que « le contrat est l'accord de plusieurs personnes sur une déclaration de volonté commune destinée à régler leurs rapports de droit »⁶¹.

En Espagne, J. M. Lete del Rio et J. Lete Achirica adoptent une définition qui réunit les mêmes éléments : « *la noción de contracto se identifica la de negocio juridico bilateral, por lo que puede definirse como todo acuerdo de voluntades entre dos a mas personas dirigido a producir efectos juridicos, o, si se prefriere, encaminado a dar vida a una relacion juridica* »⁶².

En Common law, la *consideration* – on peut parler de contrepartie⁶³ – s'ajoute à l'accord de volonté et l'obligation juridique pour que le contrat soit régulièrement formé. Mais les auteurs reconnaissent volontiers que la définition qui associe promesse et effet de droit suffit à désigner le contrat⁶⁴. Ainsi Treitel observe que le contrat est un accord donnant naissance à des obligations reconnues ou sanctionnées par le droit⁶⁵.

Cette brève revue de quelques traditions juridiques européennes montre la proximité des définitions du contrat

60 Michel PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 18.

61 *Traité de droit romain*, trad. Charles Guenoux, 2^e éd., t. 3, Paris, Librairie Firmin Diderot Frères, 1856, p. 314.

62 *Derecho de obligaciones*, Vol. I, *Teoria general de la relacion obligatoria y del contrato. Derecho de danos*, Thomson Aranzadi, 2005, p. 395.

63 Louise Bélanger-Hardy et Aline Grénon (dir.), *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Carswell, 1997, p. 318.

64 Edward Errante cite la définition le deuxième *Restatement* sur les contrats qu'il considère comme « largement reconnue » avant d'évoquer la *consideration* nécessaire à la formation du contrat : « le contrat est une promesse ou un faisceau de promesses auxquelles le droit accorde un recours en cas de non-exécution, ou reconnaît d'une certaine façon qu'il y a obligation de les exécuter », *Le droit anglo-américain des contrats*, 2^e éd., L.G.D.J. – Jupiter, 2001, p. 19.

65 « Contract is an agreement giving rise to enforceable obligations binding the parties to it », *The Law of contract*, 2^e éd., Londres, Stevens, 1966, p. 1, comparer avec la 12^e éd. par Edwin Peel, Londres, Sweet & Maxwell, 2007 au même endroit : « Contract is an agreement giving rise to enforceable obligations which are enforced or recognized by law ».

59 Sur le rapport entre théorie générale du contrat et le plan formation / exécution, voir les propos de Gérard Cornu, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Pierre Catala (dir.), La documentation française, 2006, *Introduction*.

dans les livres. Le contrat est toujours, au moins, une procédure : des volontés qui s'accordent ; des promesses qui s'échangent. Et cette procédure produit des effets de droit : les parties se lient juridiquement ; une action en justice les protège. Les théories du contrat embrassent les questions que la raison du juriste, confirmée par l'expérience jurisprudentielle, attache à cette définition minimale. Alors, les livres de droit des contrats font irréductiblement le point, d'une part, sur la formation / les conditions de validité / la sanction des conditions de validité du contrat, et, d'autre part, sur les effets / l'exécution / l'inexécution des contrats / les obligations contractuelles. La définition du contrat, c'est-à-dire l'analyse du concept, donne une structure à la théorie générale du contrat.

La proposition de directive du 8 octobre 2008 sur les droits du consommateur contient du droit des contrats. La Commission indique dans l'exposé des motifs que le texte a pour objectif « d'assurer un niveau élevé et uniforme de protection des consommateurs par l'harmonisation complète des *aspects essentiels du droit des contrats* à la consommation intéressant le marché intérieur ». L'article 1 du texte précise que l'objet de la directive est le *rapprochement* de « certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives *aux contrats entre les consommateurs et les professionnels* ». L'article 3.1 dispose que « la présente directive s'applique, dans les conditions et dans la mesure prévues par ses dispositions, *aux contrats de vente et aux contrats de service* conclu entre le professionnel et le consommateur ».

Le texte comporte sept chapitres :

- Objet, définitions et champ d'application
- Information des consommateurs
- Information des consommateurs et droit de rétractation pour les contrats à distance et les contrats hors établissement
- Autres droits des consommateurs spécifiques aux contrats de vente

- Droits des consommateurs concernant les clauses contractuelles
- Dispositions générales
- Dispositions finales

La structure de la proposition⁶⁶ n'a rien de commun avec l'organisation canonique du droit des contrats dans les quelques traditions juridiques européennes évoquées plus haut. Les moments de la formation et de l'exécution du contrat, comme s'ils n'avaient exercé aucune attraction sur ses auteurs, ne se retrouvent pas dans le texte. Le plan retenu perturbe l'esprit habitué à la cohérence des théories générales. Et dans la dogmatique juridique, en particulier en France, l'incohérence formelle est un grave défaut. Le savoir de l'école dominante – la doctrine – prend corps dans des œuvres qui se signalent par leur capacité à structurer une matière⁶⁷. L'un des reproches parfois adressé au Code civil fut l'incohérence de son plan⁶⁸. Ajoutons que l'incohérence d'un texte en la forme fait suspecter son irrationalité au fond.

Ainsi, un important projet de texte rassemblant l'acquis communautaire en matière de droit des contrats de consommation ne partagerait pas la rationalité des droits européens des contrats. Au renfort de cette analyse vient le constat de l'absence de dispositions générales sur les contrats. C'est une explication possible des défauts de structure du texte. Aucun concept de contrat et, par conséquent, aucune définition, n'offre de principe d'organisation.

66 Directive 2011/83/UE : I. Objet, définitions et champ d'application, II. Information des consommateurs concernant les contrats autres que les contrats à distance ou hors établissement, III. Information des consommateurs et droit de rétractation concernant les contrats à distance et les contrats hors établissement, IV. Autres droits des consommateurs, V. Dispositions générales, VI Dispositions finales.

67 Voir Christophe JAMIN et Philippe JESTAZ, *La doctrine, supra*, note 3, p. 1 et pp. 225-228.

68 La critique a souvent porté sur le plan du titre III du livre III. Voir Émile ACOLLAS, *Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, t. I, 2^e éd., Paris, Germer-Baillière, 1874, pp. 732-733 ; Charles DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, Durand et Hachette, 1868, pp. 2-3.

Comment considérer le droit des contrats qu'elle contient? La tentation existe d'estimer que le texte propose du droit spécial ou spécialisé des contrats. Georges Rouhette indique en ce sens que le « prétendu « acquis communautaire » » est « constitué de règles sectorielles édictées en vue de la protection du consommateur » et qu'« il ne peut prétendre composer un droit général du contrat »⁶⁹. Reconduit à la marge, le droit communautaire de la consommation se rapporte au droit général du contrat en position subalterne. Indéniablement, le champ d'application du droit communautaire des contrats est circonscrit à un type de relation (professionnel – consommateur), et les opérations concernées appartiennent à deux catégories désignées (ventes – prestations de services). Il est bien question alors d'un droit spécial. Deux remarques peuvent cependant être formulées.

Premièrement, l'opposition droit commun (des contrats) / droit spécial (des contrats de la consommation) me semble typique d'une argumentation élaborée dans un cadre législatif étatique. (1) L'opposition droit commun / droit spécial découle de la nécessité de borner le champ d'application de certaines lois par rapport à d'autres⁷⁰. (2) Elle est une conséquence de la qualité supérieure prêtée à certaines règles du droit des contrats⁷¹. Il s'agit des règles dont la proximité avec les concepts, fruits de la raison ou de l'histoire, est telle qu'elles expriment une théorie générale / des principes généraux / un droit commun. (3) Elle résulte de l'entrecroisement de règles disparates, toutes relatives au droit des contrats, et qui appellent donc un principe de classement. Ce principe s'exprime parfaitement dans l'adage *specialia generalibus derogant*. Le droit général couvre une gamme plus large de situations que le droit spécial ; ce der-

nier doit lui être préféré dans son propre domaine. Plus précis, il est aussi plus énergique⁷².

En somme, l'opposition droit commun / droit spécial est liée à un système de représentation du droit comme loi produite par l'État. Disons plus généralement qu'il procède d'une option formaliste. Les catégories qui la composent sont utiles à la mise en ordre du droit positif mais ne contraignent pas la fabrication de la norme européenne.

Deuxièmement, l'argument de l'opposition entre droit commun et droit spécial sert un projet de théorie générale. Celui qui revit dans les formules doctrinales de droit européen des contrats. Proposer un corps de règles ou de principes suffisamment synthétiques pour faire du droit des contrats en Europe est un projet de théorie générale⁷³. Cela consiste à rationaliser ou historiciser (il est parfois question de codifier ; il est parfois question de droit savant) une matière juridique confuse afin de confectionner un ensemble que les juristes européens peuvent partager. Il s'agit de prospecter dans la science juridique commune afin de constituer un ensemble de référence. Ce dernier peut avoir une vocation directement législative ou constituer un système d'interprétation.

L'hypothèse envisagée ici se développe à partir d'un autre point de vue. Il s'agit de prendre en considération le fait que, précisément, un droit européen des contrats se forme sans attendre le « droit général ». Il ne dérive pas de ce dernier ; il ne se compose pas à la lumière d'une théorie générale. Ce qui m'intéresse n'est donc pas sa propension à s'élever en droit commun mais la possibilité d'y puiser une contre-théorie. Que celle-ci se fonde sur du droit « sectoriel » importe peu dès lors qu'elle est réalisable. Il est d'ailleurs

69 La contribution française au projet de cadre commun de référence, Revue des contrats, Lextenso éditions, 2009/2, pp. 739-763.

70 Philippe-Antoine MERLIN, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 4^e éd., t. VII, Paris, Garnery, 1813, Loi, au para. 11.

71 Voir, notamment Laurence CLERC-RENAUD, Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extra-contractuel de la réparation, thèse dactyl., Université de Savoie, 2006, au n°8.

72 Jean CARBONNIER, *supra*. note 39, p. 196.

73 Il est entendu que ce projet ne consiste pas à européaniser la théorie générale française du contrat. Cela peut consister au contraire à repenser complètement celle-ci, à la refonder. Rapp. Georges Rouhette, *Théorie générale du contrat et droit de la consommation*, op. cit.

probable qu'une contre-théorie ne puisse se développer qu'à partir d'un point de vue marginal ou subalterne⁷⁴.

Les défauts de structure de la proposition de directive sur les droits des consommateurs inspirent deux attitudes à qui veut discourir en droit des contrats.

- 1) Réorganiser les éléments du *corpus* européen en les intégrant aux structures théoriques du droit national des contrats⁷⁵.

A maxima, l'intégration conduirait à fondre les notions du droit européen de la consommation dans l'ordre de la théorie générale du contrat, dans la systématique du droit des contrats. Il s'agit de ramener ce que l'on ne reconnaît pas et qui s'exprime en sept parties à ce que l'on connaît bien et qui s'exprime en des parties moins nombreuses, et plus cohérentes. On considérera par exemple que l'information et les droits des consommateurs concernant les clauses contractuelles relèvent de la formation ou de la validité du

contrat, c'est-à-dire d'un même moment contractuel⁷⁶. On préférera parfois comprendre les dispositions en matière de clauses abusives au sein de la partie relative aux effets du contrat⁷⁷. Certaines dispositions spécifiques aux contrats de vente telles que la définition de la livraison ou le transfert des risques trouveront leur place dans une partie consacrée aux effets du contrat. Il faut insister sur le fait que ramener le droit européen de la consommation à l'échelle de la théorie générale du contrat implique de l'adapter aux modèles de celle-ci – c'est-à-dire, pêle-mêle, au droit naturel moderne, au *Corpus iuris civilis*, au pandectisme – et d'y faire pénétrer ses motifs politiques, moraux, éthiques. Un programme d'intégration des éléments étrangers à la théorie générale du contrat doit être élaboré. Il faudra les retailler, les lier aux concepts déjà connus afin qu'ils puissent se fondre dans l'ordre de la théorie.

A minima, l'intégration consisterait à fusionner les éléments du texte européen à la théorie générale du contrat en préservant formellement sa spécificité. L'opposition entre droit commun et droit spécial, celle entre principe et exception rendent l'exercice concevable. De telles oppositions permettent précisément de sauvegarder l'unité d'une

74 Pour apercevoir l'idée de ce rapport entre la marginalité, le caractère subalterne, l'isolement, d'une part, et la critique, d'autre part, on peut lire Duncan KENNEDY, *Une alternative phénoménologique de gauche aux théories de l'interprétation de Hart et Kelsen*, Jurisprudence Revue critique, Université de Savoie, Lextenso Éditions, 2010, pp. 19-32., Francesco FISTETTI, *Théories du multiculturalisme, Un parcours entre philosophie et sciences sociales*, traduction Philippe Chaniel et Marilisa Preziosi, postface Alain Caillé et Philippe Chaniel, éd. La Découverte/M.A.U.S.S., 2009, par ex. le chapitre 7 «la subalternité comme catachrèse», pp. 66-72; Wendy BROWN et Janet HALLEY, *Introduction, in Left legalism, left critique*, dir. Wendy Brown & Janet Halley, Duke University Press / Durham & London, 2002, pp. 1-37, notamment à la p. 31.

75 Voir la manière dont Frédéric BÉRENGER pose le problème au début de son travail *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation: renouvellement ou substitution*, thèse, P.U.A.M., 2007, préface Christian Atias; de même Anette KULL, *L'intégration du droit de la consommation dans le BGB*, in *La réforme du droit allemand des obligations*, dir. Claude Witz et Filipo Ranieri, Société de législation comparée, 2004, pp. 121-143.

76 L'art. 34 du de la proposition de réforme du droit des contrats rapporte l'information au consentement dans le chapitre 2 consacré à la formation du contrat, *Pour une réforme du droit des contrats, Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous la direction de François Terré*, Paris, Dalloz, 2009; l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* associe les clauses abusives à l'objet dans un chapitre consacré aux conditions essentielles de validité, Pierre Catala (dir.), Paris, La documentation française, 2006, à l'art. 1122-2.

77 C'est l'option retenue par le *Common Frame of Reference*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Peter Schlechtriem (déc.), Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, Sellier European law publishers, 2008, traduction française des trois premiers livres du DCFR par Jacques Ghestin, Fondation pour le droit continental, au livre II, chapitre 9, section 4.

matière, de maintenir sa cohérence, d'assurer la systématique du droit. Deux corps de règles parfois contradictoires peuvent exister en droit des contrats du moment que l'on assigne à chacun d'entre eux un champ d'application différent; au premier, le droit commun; au second, le droit spécial, du coup d'interprétation stricte⁷⁸. Deux tendances contradictoires en législation peuvent être présentées harmonieusement si l'une nourrit un principe, l'autre une exception⁷⁹. Le droit des contrats du Code civil fournira la théorie générale et les principes; le droit des contrats du Code de la consommation formera la théorie spéciale et des listes d'exceptions. Les mêmes plans d'exposition pourront alors être adoptés.

- 2) La seconde attitude consiste à refuser de rendre compte de la proposition de directive sur les droits des consommateurs au travers des plans de la théorie générale du contrat. Elle procède d'une volonté de tirer parti de l'absence de structure du texte centrée sur le concept de contrat. Cette absence de structure marquerait la distance mise par le texte entre ce qu'il dit des contrats de consommation et la théorie générale du contrat. Elle indiquerait une possibilité de discours sur le contrat empruntant d'autres formes. Le désordre du texte est contre-théorique.

On peut appeler maintenant une autre opposition entre la proposition de directive et la théorie générale du contrat; une divergence. Celle-ci concerne la présence des concepts, leur usage aussi. La théorie générale mobilise les concepts; elle les utilise pour établir / expliquer les solutions du droit. La proposition de directive se singularise par son dénuement conceptuel. Les concepts qu'on attendrait, compte tenu de la matière traitée, n'y sont pas. L'information, la rétractation, les contrats à distance et hors éta-

blissement, certains droits des consommateurs spécifiques à la vente (livraison, risques, non-conformité, garantie contractuelle), les droits des consommateurs en matière de certaines clauses, autant d'éléments qui devraient trouver un écho conceptuel dans le consentement, la promesse, l'offre et l'acceptation, l'objet et la cause, la nullité, l'exécution du contrat, l'inexécution et ses remèdes. Aucun de ces mots permettant de fixer le sens à la règle de droit ne figure dans le texte. Ce n'est pourtant pas un parti-pris de ce dernier d'exclure tout vocabulaire conceptuel: la résolution, les risques, les indemnités sont des mots qu'il emploie. L'absence de concepts n'en est que plus singulière. L'interprétation peut suivre deux chemins différents.

- 1) Expliquer l'absence de concepts / re-conceptualiser. Le droit de la consommation diffère du droit des contrats; l'objet de la théorie du contrat ne se réduit pas aux opérations passées entre professionnels et consommateurs. Les carences conceptuelles du texte s'expliquent, en quelque sorte, *ratione materiae*; elles sont même légitimes. Une telle position pourrait s'autoriser de celle du législateur français pour qui la codification du droit de la consommation est autre chose que la codification du droit des contrats; pour qui le contenu de ces droits diverge à ce point qu'il n'est pas opportun de la confondre dans un même instrument légal.

En outre, l'inscription du contenu des règles de droit dans un cadre conceptuel ou la formulation de théories est le travail de la science et pas de la loi. Il appartient au juriste qui en éprouve le besoin de ramener le droit européen des contrats de consommation dans le giron de la théorie générale; d'agir par «la médiation des concepts qui lui paraissent fondamentaux»⁸⁰. Au terme de cette démarche, il serait possible d'écrire que l'exécution d'une obligation d'information produit un consentement éclairé

78 Jean CARBONNIER, *supra* note 39 au n°107.

79 Par exemple, la tendance à multiplier les exigences formelles en droit français n'en ferait pas un droit formaliste; le principe consensualiste demeure, voir *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préface Geneviève Pignarre, avant-propos Christian Atias, Paris, L.G.D.J., 2007, pp. 1-2 et 602-603.

80 L'expression est de Philippe RÉMY, *Ouverture in, Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, dir. Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Paris, Dalloz-Sirey, 2003, p. 15.

ou que le droit de rétractation soutient l'exigence du libre consentement⁸¹; que ces dispositifs protecteurs restaurent la pureté de la rencontre des volontés. Ce travail doctrinal étant fait, il n'y a pas de raison d'opposer indéfiniment le droit des contrats de consommation et le droit civil des contrats. Ceux-ci sont accommodables; ils s'unissent grâce aux concepts communs qui les habitent, lesquels ne sont pas absents du texte mais simplement invisibles. Ils forment l'architecture du droit européen des contrats de consommation. Révélés, ils permettent d'exprimer celui-ci avec raison – la raison du civiliste⁸².

2) Dé-conceptualiser. L'absence de concepts contractuels éloigne la proposition de directive de la théorie générale. Le droit européen de la consommation donne à imaginer un droit des contrats sans ces concepts reconnus comme fondamentaux. C'est ce qui rend un autre discours théorique sur le contrat possible à penser; à charge d'investir le vide du texte.

Je m'attarderai dans ce qui suit sur l'absence la plus significative, celle du consentement.

III.

Le consentement est premier parmi les éléments de vérité qui composent la théorie générale du contrat. Le discours juridique de la modernité a fait que la théorie du contrat est d'abord une théorie du consentement ou une théorie des promesses juridiques. L'École du droit naturel moderne a lié l'obligation au consentement, voyant dans ce dernier un élément transcendant les formes de l'engagement contractuel. De sorte que: consentement = contrat. Les systèmes juridiques influencés par ce modèle ont placé l'échange des consentements en tête de la théorie du

contrat⁸³. Le consentement selon les systèmes détermine alors: a) l'existence du contrat – le contrat est une offre acceptée⁸⁴; b) sa formation/ validité – le contrat n'oblige pas en cas de désaccord sur ses éléments essentiels⁸⁵; c) sa portée – ce qui a été voulu par les parties détermine le champ de leur engagement⁸⁶; d) son interprétation – le juge recherche ce qui a été voulu ensemble par les parties⁸⁷. Le concept de consentement exerce une puissante attraction sur toutes les constructions intellectuelles relatives au droit des contrats. C'est-à-dire que les juristes ont tendance à considérer un certain nombre de questions posées par le contentieux contractuel au travers du concept de consentement. Le consentement contraint l'interprétation juridique.

Ainsi, lorsque nous parlons de la théorie générale du contrat, nous impliquons le consentement dans ce que nous disons.

Le texte, quant à lui, ne dit presque rien du consentement contractuel. Le mot « consentement » est employé une seule fois, à l'article 45, à propos du silence du consom-

83 Sur l'idée de ce qu'on peut appeler une *épistémè* commune aux théories du contrat, Michel VILLEY, *Préface historique à l'étude des notions de contrat*, Archives de philosophie du droit n°13, Paris, Sirey, 1968, p. 3 « notre théorie du contrat est un cadeau que nous a fait, à nous juristes, un certain groupe de philosophe de l'Europe moderne »; voir aussi ce qu'écrit Muriel Fabre-Magnan à propos de l'ouvrage de James GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, dans *Droit des obligations*, *supra* note 38 au n°25.

84 "Generally, that process [by which the parties to a contract reach agreement] can be analysed into the acceptance by one party of an offer made by another", Guenter Heinz Treitel, *An outline of the law of contract*, 5^e éd., Butterworths, 1995, p. 7.

85 « Le consentement qui forme le contrat de vente doit intervenir, 1° sur la chose qui fait l'objet du contrat; 2° sur le prix; 3° sur la vente même », Robert-Joseph POTHIER, *Traité de la vente*, Paris, Thomine et Fortic, 1821 au n°31.

86 « La première question à se poser en matière d'exécution de l'obligation est une question de responsabilité; car il s'agit de savoir dans quelle mesure le débiteur s'est engagé à exécuter et quelle somme de diligence il a entendu promettre », Raymond SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire Allemand*, 3^e éd., L.G.D.J., 1925, n°15.

87 José Manuel LETE DEL RIO, Javier LETE ACHIRICA, *supra*, note 45, p. 529.

81 V. la synthèse des arguments présentés par Frédéric Béranger, *supra* note 48 au n°62.

82 Philippe RÉMY, *ibid.* p. 11

mateur qui ne vaut pas acceptation d'une marchandise supplémentaire livrée et non commandée. La présence du consentement dans le texte est donc anecdotique. Cela surprend. D'autant que la matière traitée par la proposition de directive fait songer au consentement. Des éléments tels que l'information, la rétractation, les contrats à distance et hors établissement, les droits des consommateurs en matière de certaines clauses s'établissent naturellement dans l'empire conceptuel du consentement. Le silence du texte pose alors une question au lecteur. Faut-il utiliser le concept de consentement pour le lire ?

1) *Oui*. Lire un texte pour un juriste consiste à en établir la portée normative. Il faut alors donner un sens en droit – interpréter. Et il faut, pour cela, utiliser les concepts. Le consentement est appelé à jouer son rôle théorique : déclencher un système d'interprétation. On dira alors que l'exécution d'une obligation d'information produit un consentement éclairé ou que le droit de rétractation soutient l'exigence du libre consentement⁸⁸ ; que l'information et les droits des consommateurs concernant les clauses contractuelles relèvent de la formation ou de la validité du contrat, c'est-à-dire du moment de l'échange des consentements⁸⁹. Il sera possible de dire qu'en général, ces dispositifs protecteurs du consommateur assurent l'autonomie de sa volonté contractuelle. Le contrat de consommation se formerait

donc conformément aux règles civiles qui établissent la raison écrite du droit⁹⁰.

Cette lecture, doctrinale, livrerait un secret du texte : le consentement n'en est pas absent. Il demeure dessous. Il le soutient. Aux mots du texte, il dicte leur ordre, révèle leur sens, détermine leurs effets de droit.

2) *Non*. Le texte peut être lu sans recourir au concept de consentement. Il faut alors se libérer de la contrainte qu'exerce la théorie générale du contrat sur l'interprétation. N'être plus juriste pour l'être autrement. Il faut imaginer un univers constellé différemment. Un droit des contrats ne tournant plus autour du consentement. C'est ce qui rend un autre discours théorique sur le contrat possible à construire. Ce faisant, on se précipite dans un projet qui n'est plus doctrinal mais critique. Il ne s'agit plus d'accommoder le texte consumériste et la théorie générale du contrat mais de les dresser l'un contre l'autre ; de les mettre en concurrence théorique.

L'absence du consentement perturbe au plus haut point la théorie générale du contrat selon laquelle le droit du contrat est d'abord un droit des promesses ; un droit du consentement contractuel. Cette absence implique une déconstruction du rapport entre le contrat comme accord de volontés-source de l'obligation juridique avec le droit du contrat. Non pas que ce rapport doive être invalidé, mais concurrencé, confronté avec son anti-thèse : un droit des contrats qui ne prend pas pour premier objet l'accord des volontés, un droit des contrats indifférent à l'échange des consentements, ou encore un droit des contrats dans lequel le contrat n'est pas un acte juridique mais une opération économique considérée par le droit⁹¹. Concrètement, il s'agit de développer des interprétations qui ne sont pas contraintes par le concept de consentement. La proposi-

88 V. la synthèse des arguments présentés par Frédéric BÉRENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution*, thèse, P.U.A.M., 2007, préface Christian Atias, n°62.

89 V. l'art. 34 de la proposition de réforme du droit français des contrats qui rapporte l'information au consentement dans le chapitre 2 consacré à la formation du contrat, *Pour une réforme du droit des contrats, Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous la direction de François Terré*, Paris, Dalloz, 2009 ; l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* associe les clauses abusives à l'objet dans un chapitre consacré aux conditions essentielles de validité, Pierre Catala (dir.), Paris, La documentation française, 2006, à l'art. 1122-2.

90 J. CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. II, *Les biens, Les obligations*, P.U.F., Quadrige, 2004, n°918 et n°956 ; Philippe Rémy, *op. cit.*, p. 11

91 Sébastien PIMONT, *L'économie du contrat*, P.U.A.M., 2004, au n°496 ; Christian Atias, *Introduction in Droit et économie des contrats*, dir. et avant-propos Christophe Jamin, L.G.D.J., 2008, pp. 18-19.

tion de directive invite à tenter ce type d'interprétation en déconnectant du consentement deux éléments qui lui sont *a priori* connexes : l'obligation d'information et le droit de rétractation ; et en tirer certaines conséquences sur le droit des contrats.

L'absence du concept de consentement et l'obligation d'information

Il est naturel de considérer l'obligation d'information du professionnel par l'intermédiaire du consentement contractuel⁹². Le contrat comme accord des volontés impose sa logique à l'interprétation. Ainsi, le manquement à l'obligation d'information devrait d'abord être sanctionné selon le trouble dont la formation du contrat se trouve affectée⁹³. Il faut recourir à la nullité pour erreur ou pour dol, sanction parfois déclinée en dommages et intérêts. En suivant cette même logique, qui voudrait voir sanctionner autrement l'inexécution de cette obligation devrait préalablement détacher l'information du consentement. La force d'attraction de ce dernier fait qu'il tend à s'intercaler, en théorie, entre l'information qu'il faut délivrer et le droit du contrat qu'il faut appliquer.

L'absence du mot « consentement », le défaut même d'allusion au concept dans le texte européen⁹⁴, offre de penser l'information indépendamment de ses rapports avec la volonté contractuelle. À quoi s'ajoute le fait que certaines des informations devant être délivrées ne servent pas à composer le consentement contractuel. Le texte indique par exemple que le professionnel doit fournir au consom-

mateur « l'adresse commerciale du professionnel ainsi que ses numéros de téléphone et de télécopieur ou son adresse courriel, le cas échéant, afin que le consommateur puisse joindre le professionnel rapidement et communiquer efficacement avec lui ». Il est difficile d'imaginer que ce type d'information détermine le consentement au contrat. À moins de le stipuler. Auquel cas...

À la suite du texte, il faudrait saisir l'information comme concept autonome, secrétant ses propres règles d'interprétation⁹⁵. La liberté laissée par la proposition de directive aux États membres de choisir les sanctions de l'inexécution de l'obligation d'information en fournit la possibilité technique⁹⁶. Le droit à l'information du consommateur n'a plus à être forcément traité au moyen de la théorie (des vices) du consentement. La violation de ce droit appelle une sanction indépendamment de la question de savoir si l'échange des consentements doit être invalidé. Il n'est non plus nécessaire de fixer la nature pré-contractuelle, contractuelle ou post-contractuelle de l'obligation d'information pour en déterminer la sanction. Dégagée de la contrainte consensualiste, l'information montre d'autres de ses autres fonctions en droit des contrats.

a) L'information ne sert plus à composer la volonté contractuelle du consommateur. Elle lui permet de s'orienter vers l'opération la plus utile. Le droit à l'information, loin de n'être que le signe de l'*imbecillitas* d'une partie, se comprend comme le gage d'une

92 Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Éditions Yvon Blais, 1998, au n°158 ; Hélène Aubry, *supra*, note 24, au n°56.

93 Philippe Malinvaud traite l'obligation dans la partie de son livre consacrée à la conclusion du contrat ; il indique en outre que si cette obligation a été respectée « on doit, semble-t-il, considérer que le consentement donné par le consommateur est suffisamment éclairé et qu'il perd par la même toute possibilité d'invoquer l'erreur ou le dol pour faire annuler son engagement », *Droit des obligations*, 10^e éd., Litec, 2007, p. 163.

94 Voy. l'art. 5 de la proposition.

95 L'autonomie ne signifie pas que l'information n'entretienne pas de rapport avec la volonté contractuelle. Cette dernière en est probablement une composante. L'autonomie est bien celle du concept, un concept « composé », rapp. Gilles DELEUZE, Félix GUATTARI, *Qu'est-ce qu'un concept*, in *Qu'est-ce que la philosophie*, rééd. 2005, Les éditions de minuit, p. 21 et s.

96 Art. 6 2. : « Sans préjudice des dispositions de l'article 13 et de l'article 42, les sanctions pour toute infraction à l'article 5 sont déterminées conformément à la législation nationale applicable. Les États membres prévoient, dans le droit national, des recours efficaces et proportionnés pour toute infraction à l'article 5 ».

liberté promise sur le marché intérieur⁹⁷. Celui qui retient l'information perturbe cette liberté. En ce cas, les dommages et intérêts doivent compenser autre chose qu'un défaut dans la procédure de formation du contrat. Ce peut être le fait de n'avoir pas choisi ou pas été en mesure de choisir un autre cocontractant offrant des conditions plus avantageuses. Dans cette même perspective, le défaut d'information constitue une atteinte au libre jeu de la concurrence. Les dommages et intérêts pourraient avoir pour fonction de punir le professionnel qui viole une liberté fondamentale en économie de marché⁹⁸. Le droit des délits est invité dans le droit des contrats. En particulier lorsque le professionnel en question trouve dans sa position dominante une raison de retenir l'information utile : plus une entreprise maîtrise le marché, plus elle dispose des moyens de financer l'inexécution de ses obligations d'information. La possibilité de dommages et intérêts punitifs forme un contre-pouvoir⁹⁹.

- b) La transmission de l'information participe à la création d'un lien de confiance entre les opérateurs économiques. Un lien de confiance nécessaire en économie de marché. De ce point de vue, la transmission de l'information nourrit l'idée selon laquelle les rapports de celui qui offre massivement sur un lieu d'échanges – professionnel – avec celui qui est un parmi une multitude – consommateur –

diffèrent du rapport de volonté à volonté postulé par la théorie du contrat-promesse. Celle-ci s'appuie une règle morale (il faut tenir ses promesses) qui investit *a priori* l'échange des consentements de la confiance nécessaire à l'établissement d'une relation juridique appelée contrat. C'est pourquoi la parole donnée engage l'individu ; parole donnée en gage de l'exécution d'une promesse.

D'autres modèles sont possibles qui ne centrent pas systématiquement les rapports juridiques volontaires sur l'échange des consentements. Ainsi, la relation juridique du professionnel avec le consommateur se compose avant et indépendamment du contrat qui ne sera peut-être pas conclu. L'inexécution de l'obligation d'information marque parfois le refus de composer cette relation de confiance – *reliance*¹⁰⁰ ; le refus alors de jouer le jeu selon ses règles. Elle est parfois aussi une rupture du lien de confiance. Elle appelle une sanction en elle-même, sans qu'il faille mesurer son impact sur le consentement des parties. L'inexécution de l'obligation d'information est alors une *culpa in contrahendo*, sanctionnée par une responsabilité spécifique, pas vraiment réductible à la responsabilité délictuelle ou contractuelle¹⁰¹ :

- En cas de défaut de conclusion du contrat, elle permet d'obtenir l'intérêt négatif, ce qui consiste à replacer le consommateur dans la situation qui aurait été la sienne s'il ne s'était pas engagé dans une relation de confiance. Il se trouve pratiquement dans la même position que la victime d'une rupture des négociations. Ceci lui donne un avantage dans la mesure où, précisément, il n'y a pas eu de négociations au sens que donne à ce mot la théorie du

97 Philippe RÉMY, *Droit des contrats : questions, positions, propositions*, in *Le droit contemporain des contrats*, dir. Loïc Cadet, préface Gérard Cornu, Economica, Travaux et recherches de la Faculté de droit de Rennes, 1987, p. 278 pour la citation ; rapp. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 244-245.

98 Geneviève VINEY, *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile*, Recueil Dalloz, 2009, pp. 2944-2947.

99 Rapp. Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau à propos des dommages exemplaires, *supra* note 14, au n°1268 : «les dommages exemplaires ont pour but de restaurer la pression dissuasive sur l'auteur des dommages, tout en laissant l'initiative de la poursuite à un particulier plutôt de le confier à une agence de l'État».

100 Voir Horatia MUIR-WATT, *Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, *supra* note 63, pp. 61-63.

101 Bertrand DE CONINCK, *Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles*, in *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruylant L.G.D.J., 2002, pp. 53-62.

contrat-promesse. Celle-ci conduit à considérer le consommateur comme la partie qui consent à un contrat qu'elle n'a pas la possibilité de négocier¹⁰².

- En cas de conclusion du contrat, l'inexécution de l'obligation d'information demeure une « faute en contractant ». L'intérêt positif donne alors la mesure de la sanction. Le consommateur doit être placé dans la situation qui aurait été la sienne si l'information avait été transmise : il aurait pu, par exemple conclure une opération plus avantageuse avec un concurrent.

Évidemment, dans ces deux hypothèses, l'enjeu est si faible que l'action du consommateur est peu probable. Mais on peut croire que son droit mérite pourtant protection, de sorte que les moyens d'y parvenir doivent s'accroître. À quoi s'ajoute la dimension catallactique de l'opération : la faiblesse de l'enjeu du procès est une bonne raison pour le professionnel de ne pas transmettre l'information. En réponse la *culpa in contrahendo* qui existe ici pourrait donner lieu à des dommages et intérêts punitifs ou exemplaires.

L'absence du concept de consentement et le droit de rétractation

Le droit de rétractation, appelé aussi droit de révocation ou droit d'annulation (*right of cancellation*), est la faculté accordée au consommateur de se délier du contrat. La théorie du consentement appliquée aux rapports de consommation l'attire ; impose une manière de l'interpréter. Le droit de rétractation sert à « garantir le consentement libre, éclairé et réfléchi du consommateur »¹⁰³.

Techniquement, l'acceptation du consommateur constitue l'objet du droit de rétractation. Elle s'intercale, comme filtre de l'interprétation, entre l'exercice de la rétractation et les effets que celle-ci doit produire. Selon les sensibilités consensualiste ou pandectiste de la théorie du contrat, une alternative se présente. Ou bien se rétracter consisterait à retourner au *statu quo ante* du contrat parce que l'acceptation est, après-coup, inopérante – le consentement est jugé rétroactivement altéré. Ou bien se rétracter serait procéder à la résolution – ou la résiliation¹⁰⁴ – unilatérale du contrat parce qu'une déclaration de volonté postérieure réduit à néant la déclaration initiale qui, cependant, a pu produire tous ses effets.

La proposition de directive n'indique pas, ni ne suggère, que le droit de rétractation doive s'insérer dans ces systèmes pour être efficace. Le texte invite à penser un tel pouvoir du consommateur en dehors des effets qu'il produit sur son consentement. Il devient possible de dégager la rétractation de l'acceptation ; l'objectif de celle-là n'est pas la pureté de celle-ci. D'autres fonctions du droit de rétractation peuvent s'apercevoir

Le consommateur dispose du droit d'apprécier l'utilité du bien ou du service qu'il se procure sur le marché¹⁰⁵. Le pouvoir de se libérer du contrat répond à celui de vérifier l'opportunité de l'échange pendant un temps acceptable (quatorze jours). Le droit de rétractation sert une sorte de faculté générale d'agrément des biens et services dans l'Union Européenne ; il s'agit « d'ouvrir une chance » à l'intention du consommateur. Ainsi s'explique son domaine : les situations dans lesquelles l'évaluation concrète du bien ou du service est impossible (les ventes à distance) ou difficile (les ventes hors établissement). Ainsi s'explique aussi un point crucial de son régime : « la responsabilité du consommateur n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation de

102 Voir Muriel FABRE-MAGNAN sur le contrat d'adhésion, *Droit des obligations*, *supra* note 38, pp. 206-207.

103 Introduction aux articles 40a – 40f, *Commentaire romand du Code des obligations*, Luc Thevenoz, F. Werro (dir.), Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 235 et s. ; dans le même sens, Grégoire LOISEAU, *Le droit communautaire de la consommation et le droit français des obligations*, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, Daniel Fasquelle et Patrick Meunier (dir.), La documentation française, 2002, p. 171.

104 Benoît MOORE, Didier LUELLES, *Droit des obligations*, Les éditions Thémis, 2006, p. 1146.

105 Rappr. Friedrich HAYEK, *supra*, note 29, p. 563 : « on garantit à l'individu certains des éléments de la situation dans laquelle il aura à choisir ».

biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour s'assurer du bon fonctionnement de ces biens» (article 17. 2. de la proposition de directive). En d'autres termes, l'indemnité éventuellement due par le consommateur est celle qui trouve sa cause ailleurs que dans l'exercice du droit de rétractation¹⁰⁶. Celui-ci est, de son essence, quasi-gratuit. Évidemment, cette quasi-gratuité conduit les professionnels à en reporter le coût sur le prix de vente. Le consommateur ne supporte pas seul le prix du droit de rétractation; ce dernier ne s'attache pas à une opération isolée. Le risque de l'inadéquation immédiate du bien ou du service proposé aux besoins de l'acheteur ne se négocie pas à chaque contrat; ne se règle pas de gré à gré. L'institution du droit de rétractation obligatoire n'est concevable que dans la mesure où le contrat n'est pas pensé isolément. Dans le cas contraire, la théorie du contrat s'organiserait autour d'un paradoxe. Une partie offre le droit de contracter et le droit de ne pas contracter; l'acceptant consentirait sans consentir. Le modèle du contrat comme accord de volonté / échange de promesses n'en sort pas indemne. L'obligation d'assurer systématiquement au consommateur un droit de rétractation n'est tenable que si le risque de rétractation peut être mutualisé, c'est-à-dire si l'offrant est en capacité de le répartir. Tel est le cas lorsqu'il propose simultanément l'opération à un grand nombre de demandeurs, lorsqu'il projette son activité dans un lieu d'échanges. Il s'agit d'un mécanisme global de répartition des risques; mécanisme au service du marché, et pas du contrat comme promesse. Dans ce cas, le concept de consentement perd une partie de son intérêt / de son influence.

Les exemples de l'obligation d'information et du droit de rétractation montrent que la théorie générale du contrat peut voir son monopole sur l'interprétation entamé. Le système qu'elle a construit ne disparaît pas, mais perd de sa force contraignante. Un autre discours théorique en droit des contrats peut jouer un rôle, dans les rapports de

consommation, sans requérir le consentement contractuel. Ce discours-là peut-il surgir à l'intérieur même de la théorie générale? Ce qui conduirait à la dislocation de celle-ci, pour un temps.

IV.

Le concept de consentement étend son empire sur l'ensemble de la théorie générale du contrat. Il lui donne une structure. Il lui insuffle la force qu'il tire de l'extraordinaire puissance de la promesse dans la pensée moderne¹⁰⁷. Toute la question est de savoir si le droit des contrats peut s'éloigner de ce modèle. Pas tellement au plan des idées: certains civilistes affirment volontiers que ce qu'on appelle «le volontarisme» est en «recul»¹⁰⁸, qu'il est discuté (discutable)¹⁰⁹. Au plan technique, en revanche, il semble beaucoup plus difficile de rompre avec une analyse centrée sur le consentement contractuel. Comme si les discours sceptiques sur le fondement consensuel du contrat maintenaient finalement telle quelle la théorie générale au lieu de la mettre en question. Ceci s'explique. Les réflexions sur la théorie générale du contrat ne peuvent aller jusqu'à discuter ce qui constitue son fond de vérité, sans lequel elle s'écroulerait sur elle-même. On peut donc diverger sur la position exacte du consentement dans la théorie générale mais pas sur le fait que le consentement est un élément essentiel (de la théorie) du contrat.

Il semble alors qu'il n'y ait aucun sens à élaborer des réponses techniques à des questions liées à la volonté de celui qui passe un contrat sans recourir au consentement. La proposition de directive sur les droits du consommateur le suggère pourtant. Il faut alors trouver dans la théorie du marché un contrepoids conceptuel à la promesse. Mais nous demeurons dans un certain domaine.

106 Voir Sébastien PIMONT, *Rétractation dans les ventes à distance et indemnisation pour usage du bien acquis*, Revue des contrats, Lextenso éditions, 2010/1, pp. 117-118.

107 Et pour la pensée moderne contemporaine, on peut songer à la controverse nord-américaine *promise* contre *reliance*, voy., par ex., Charles FRIED, *Contract as Promise, A Theory of Contractual Obligations*, Harvard University Press, 1^{re} éd., 1982.

108 Par ex. MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°429.

109 TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, pp. 27-43.

Peut-on franchir les limites de ce domaine? Élaborer des solutions concurrentes à la théorie générale dans son domaine propre? S'écarter du consentement?

Un exemple seulement, l'offre de contrat. Au *Traité des obligations*, Pothier écrit que «la convention ou le pacte est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent ou pour le modifier». Dans les développements qui suivent, à propos de la procédure de formation du contrat, Pothier adopte la position du droit naturel. Il indique que «le contrat renferme le concours des volontés de deux personnes, dont l'une promet quelque chose à l'autre, et l'autre accepte la promesse qui lui est faite». Pothier fixe alors le principe qui compose encore le droit civil français en matière d'offre de contrat¹¹⁰. «La pollicitation [l'offre] est la promesse qui n'est pas encore acceptée par celui auquel elle est faite [...] Elle ne produit aucune obligation proprement dite; et celui qui a fait cette promesse peut s'en dédire tant qu'elle n'a pas été acceptée».

Le concept de consentement explique le principe de libre révocabilité de l'offre de contrat. «Puisque c'est l'accord des volontés qui lie les parties, l'offre, à elle seule, tant qu'elle n'a pas été acceptée, n'oblige pas celui qui l'a faite; dès lors, il peut la rétracter jusqu'à l'acceptation»¹¹¹. Le consentement impose donc certaines solutions à la théorie générale. Il contraint aussi le droit positif. En effet, la jurisprudence est, dans le discours doctrinal¹¹², en contrepoint des solutions théoriques en matière de rétractation de l'offre et de rencontre des volontés. En premier lieu, elle pose le principe de libre révocation de l'offre jusqu'à l'acceptation. Corrélativement, elle ne reconnaît de force contraignante à l'offre que dans des cas exceptionnels: lorsque

l'offre est assortie d'un délai tacite ou exprès. En second lieu, les tribunaux semblent attachés à l'idée que l'échange des consentements fait le contrat, de sorte que la formation de celui-ci requiert effectivement le concours des volontés. La jurisprudence répugne visiblement à former le contrat lorsque l'offrant refuse de s'engager, et même dans les cas où l'offre est obligatoire.

Cet ensemble de solutions techniques, dérivées de l'idée de consentement contractuel, est traversé par un pré-supposé. Les volontés contractuelles qui s'accordent sont rapportables à des êtres rationnels. Plus simplement encore: le contrat se forme par l'échange de consentements individuels. La théorie générale postule la possibilité de rattacher en permanence le consentement à la personne (disons: sa représentation intellectuelle) qui consent. Et cette personne, l'être civilisé du droit, est en même temps l'homme des Lumières auquel se ramène le monde. Il y a donc une volonté contractuelle comme il y a une volonté générale ou populaire dans la démocratie. Le contrat de la théorie générale est établi sur les mêmes concepts que le contrat social. La théorie du consentement ou de la promesse est le moyen de «gouverner les hommes dans la liberté».

Dans ce paysage théorique, l'irruption de solutions qui refusent le consentement comme principe d'interprétation semble inconcevable: la théorie du contrat *est* une théorie du consentement. Pourtant, le droit de la consommation demeure silencieux sur la procédure d'échange des consentements. Il semble s'en désintéresser. Alors les solutions s'inversent. Il y a comme un effet de couple entre la théorie du contrat et ce que le droit de la consommation (ne) nous dit (pas) du contrat. Parce que d'autres forces – d'autres présupposés aussi – habitent le droit de la consommation.

Dans la période de conclusion du contrat de consommation, celui qui promet est un personnage abstrait et inaccessible au consommateur: une entreprise. Plutôt que de «professionnel», on ferait mieux de parler d'entité professionnelle. Le consommateur traite, le plus souvent, avec quelqu'un qui n'est pas le cocontractant, mais

110 Position «sévèrement critiquée» par la doctrine comme l'écrit Sébastien Pimont, *Critique des théories de la formation du contrat. Étude de droit civil français*, Revue juridique Thémis, 2010, vol. 44, pp. 132-136.

111 Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e éd. par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. VIII avec la participation de G. Lagarde, Paris, 1936, n°72.

112 S. PIMONT, pp. 137-144.

son salarié ou son représentant, ou même une machine. De multiples volontés s'expriment alors du côté de l'offrant ; le dialogue prélude à la promesse n'a pas lieu entre les bonnes personnes. La théorie du contrat-promesse en souffre au profit de celle du contrat d'adhésion. Le droit de la consommation fait peser sur le professionnel des obligations qui ne sont pas causées par le contenu de ses promesses. La projection dans le marché d'offres de contrats explique le contenu des devoirs pré-contractuels. Il ne s'agit pas davantage de restaurer l'équilibre de l'échange des consentements mais de garantir la liberté sur le lieu des échanges. Alors, les solutions qui prolongent le concept de consentement peuvent être mises en question. Tel est le cas de la liberté de révoquer l'offre de contrat. Transportons-nous un instant dans la loi française :

« L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur » (article L312-10 C. conso.).

« Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit. » (article L122-1 C. conso.).

Ces textes sont trop démonstratifs. Il faudrait protester au nom de la théorie générale : ce qui vaut pour le droit de la consommation ne vaut pas pour l'ensemble du droit des contrats. La théorie générale requiert elle-même une ligne de démarcation (principe / exception ; général / spécial). Ces textes concernent des contrats très spéciaux. Des contrats réglés par le droit de la consommation ; des contrats qui supportent une relation économique entre un professionnel et un consommateur. Des contrats légalement indépendants du droit civil de la formation des contrats. Sont-ils conceptuellement autonomes ? Non. Le droit commun du contrat les concerne pour ce qui n'est pas du ressort du Code de la consommation. La théorie

générale est mobilisée¹¹³. Elle enveloppe aussi le droit de la consommation ; la ligne de démarcation qu'elle prescrit est normative et pas conceptuelle¹¹⁴. Penser dans ce cadre conduit à admettre finalement que la théorie générale justifie de limiter la force obligatoire de certaines offres aux contrats de consommation. Il y a, au fond, une harmonie entre la théorie générale du contrat et le droit des contrats de consommation qui maintient ce dernier dans sa propre sphère d'action.

La perspective contre-théorique ne remet pas ce schéma en cause, au sens où elle indiquerait – en toute naïveté – une transposition de l'offre obligatoire dans le droit commun des contrats. La contre-théorie utilise le droit de la consommation pour nous conduire à la racine des solutions. Elle nous montre que c'est le concept de consentement qui aiguille, à un moment donné, la pensée du droit. Le consentement conduit le raisonnement, que l'on plaide pour l'interprétation jurisprudentielle dominante en matière d'offre de contrat ou que l'on plaide son inflé-

113 Ce sont ses catégories qu'on utilise dans le contentieux. La jurisprudence peut ainsi décider que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel ; qu'il oblige à la remise des fonds dès que les consentements ont été formalisés selon les prescriptions légales, voy. par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 105 ; Didier R. Martin écrit à propos de cette jurisprudence que « la quasi-solennisation de l'accord de prêt, par le truchement de l'offre préalable, aura recentré la formation du contrat sur l'échange des volontés », D. 2002 p. 640 ; la jurisprudence décide aussi que c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause, dont l'existence, comme l'exactitude, doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat, Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008.

114 « Traduisons en langage juridique : même nommés, même codifiés, les contrats particuliers obéissent encore au droit commun des contrats ; les droits spéciaux doivent s'articuler avec le droit commun. Ainsi se dessine davantage l'optique scientifique propre à l'étude des contrats spéciaux. À l'inverse du droit commun des contrats, qui vise (éventuellement) à coordonner le spécial avec le général, le droit particulier à chaque contrat intègre (nécessairement) du général au spécial », A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, P.U.F., 2001, p. 14.

chissement¹¹⁵. Il ne s'agit pas alors de transposer les solutions du droit de la consommation qui font de l'offre une source d'obligation mais d'activer leur pouvoir critique. De considérer alors que ces solutions pourraient ne pas être en harmonie avec la théorie générale mais en franche opposition avec elle; en opposition théorique. Qu'elles pourraient signaler des cas dans lesquels le concept de consentement ne soutient pas l'offre de contrat. Sans limite.

La contre-théorie écarte le consentement de l'interprétation en matière d'offre. Le consentement contractuel ne constitue définitivement ni la cause, ni l'horizon de l'offre. Celle-ci peut bien être source d'une obligation de former le contrat sanctionnée par l'exécution forcée du contrat lui-même ou par l'allocation de l'intérêt positif. Sans qu'il y ait à le justifier au plan consensuel¹¹⁶. On agit par déconstruction.

Le discours sur le droit des contrats en général se modifie. La pensée juridique moderne l'a donné comme droit de l'obligation contractée par la promesse. Le droit du contrat est un droit de l'engagement, droit du *vinculum juris*, droit de l'enchaînement des parties à leur promesse¹¹⁷, droit de l'aliénation volontaire de la liberté. Il se concentre dans la formule *pacta sunt servanda*.

Le droit européen de la consommation indique un droit des contrats dans lequel la promesse et, donc, le concept de contrat n'est pas très important. L'absence du consentement assigne un autre objet au droit des contrats: le marché. Le principe de la force obligatoire – *pacta sunt ser-*

vanda – perd de sa vigueur au profit de l'utilité économique (le contrat opération plutôt que le contrat-promesse¹¹⁸). Le droit des contrats devient le droit de ceux qui se procurent des biens et des services sur un marché intérieur. Un droit des droits contractuels dont le contenu ne se déduit pas du concept de consentement. Il s'agit parfois davantage d'un droit du désengagement¹¹⁹ (droit de rétractation, clauses abusives) plutôt que de l'engagement. Une invitation à changer «l'ordre du discours»¹²⁰. Au prix peut-être d'une alternative morale. Carbonnier le suggérait déjà¹²¹.

La possibilité de concevoir des solutions en droit des contrats sans solliciter le concept de contrat trouble la théorie générale, autant que les habitudes de la dogmatique civiliste. Répétons qu'il s'agit néanmoins d'un travail théorique. Il vise à mettre en balance les solutions dérivées de la théorie générale. À limiter leur autorité aussi. À faire échouer le système de propositions qui tire son autorité de sa généralité¹²². Au passage, l'activité théorique gagne en densité rhétorique. On ne l'utilise plus pour découvrir/

115 Voy. les «principes de solutions» exposés par Terré, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, pp. 128-129. Deux systèmes théoriques concurrents aboutissant à des solutions techniques différentes sont présentés, mais chacun d'eux est construit sur une certaine idée de la volonté contractuelle.

116 Comp. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome II, 1923, n°553 qui souhaitait voir «poser en thèse générale que la sécurité des transactions impose que l'offre ait déjà une valeur juridique» mais semble demeurer tenu par la théorie de la volonté: «Elle [l'offre] est une obligation par volonté unilatérale»; il faut lire en même temps les n°18 et s. du tome I.

117 François LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 15, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe et C^{ie}, 1878, n°423-424.

118 Sur la distinction, S. PIMONT, *L'économie du contrat*, thèse, P.U.A.M., 2004; rappr.

119 Rappr. AOLLAS, *Manuel de droit civil, Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, t. 2, 2^e éd., Paris, 1874, p. 720: «Dans l'ordre juridique, l'individu doit être laissé libre de ne pas exécuter le contrat qu'il a formé, sauf la réparation pécuniaire due au cocontractant pour le dommage que cette inexécution lui cause».

120 S. PIMONT, *op. cit.*, pp. 140-142; M. FOUCAULT, *L'ordre du discours*, Gallimard, 1971.

121 «On aurait tort, cependant, de poser la distinction en termes de plus ou de moins: la morale des affaires est marquée par des traits originaux: 1° La notion du fair play, le contractant doit être beau joueur, résister à la tentation de se retirer d'une affaire engagée qui tourne mal (opp. les droits de repentir, de dédit d'une morale pour les faibles), tous les contrats lui sont aléatoires; 2° Le calcul économique [...] Lucide, la morale des affaires constate que la charité (telle que la traduit par exemple une protection outrancièrement protectionniste des consommateurs) a un coût appréciable qui s'incorporera au contrat, et elle se demande si la meilleure morale contractuelle ne coïnciderait pas finalement avec le meilleur marché possible», Droit civil, Les biens, Les obligations, P.U.F., Quadriga, 2004, p. 1958.

122 Voir Sébastien PIMONT, *Peut-on réduire le droit en théories générales, Exemples en droit du contrat*, Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz, 2009, pp. 417-431, spéc. p. 420

enseigner la vérité du droit mais orienter l'interprétation. Pour déstabiliser la première appréhension des règles¹²³. Il faut pour cela admettre que le droit des contrats ne présente pas indéfiniment la même structure, que la force des propositions juridiques ne vient pas de leur vérité, même relative à un système. Théorie et contre-théorie du contrat s'entrecroisent à l'infini, l'une advenant en permanence comme critique de l'autre. Chacune déstabilise la hiérarchie des intérêts qui, réglée, est toujours une injustice¹²⁴. Chacune empêche que s'installe durablement l'ordre juridique de la raison ou celui du marché.

Une contre-théorie ne serait qu'un contre-pouvoir. Mais ceci veut dire que la théorie est un pouvoir.

Montréal, décembre 2011

¹²³ D. KENNEDY, *op. cit.*

¹²⁴ L'idée de contre-théorie juridique doit beaucoup à Jacques Derrida: «chaque fois qu'on applique tranquillement une bonne règle à un cas particulier, à un exemple correctement subsumé, selon un jugement déterminant, le droit y trouve peut-être et parfois son compte mais on peut être sûr que la justice n'y trouve jamais le sien. [...] Il faut savoir aussi que cette justice s'adresse toujours à des singularités, à la singularité de l'autre, malgré ou en raison même de sa prétention à l'universalité. Par conséquent, ne jamais céder sur ce point, tenir constamment en haleine un questionnement sur l'origine, les fondements et les limites de notre appareil conceptuel, théorique ou normatif autour de la justice, c'est, du point de vue d'une déconstruction rigoureuse, tout sauf une neutralisation de l'intérêt pour la justice une insensibilité à la justice. [...] Bref, pour qu'une décision soit juste et responsable, il faut que dans son moment propre, s'il y en a un, elle soit à la fois réglée et sans règle, conservatrice de la loi et assez destructrice ou suspensive de la loi pour devoir à chaque fois la réinventer, la re-justifier, la réinventer au moins dans la réaffirmation et la confirmation nouvelle et libre de son principe. Chaque est autre, chaque décision est différente et requiert une interprétation absolument unique, qu'aucune règle existante et codée ne peut ni ne doit absolument garantir», *Force de loi*, pp. 38, 44-45, 51.

L'HISTOIRE DU DROIT EST-ELLE SOLUBLE DANS L'ARCHÉOLOGIE DU SAVOIR? UNE RÉTROSPECTIVE SUR LES ÉMOTIONS ET LES INDIFFÉRENCES SUSCITÉES PAR MICHEL FOUCAULT

SACHA RAOULT*

Le rapport méthodologique qu'entretient la façon de travailler de Michel Foucault avec l'histoire du droit d'une part et l'histoire de la pensée politique d'autre part, est sans doute caricatural des particularités de la recherche en sciences humaines. L'étiquette politique des propos tenus et le choix par leur auteur de les inscrire dans un réseau scientifique plutôt que dans un autre peuvent-ils expliquer l'indifférence de certains à ce que d'autres considèrent comme des ouvrages parmi les plus importants de la seconde moitié du vingtième siècle? Ce court article met en exergue quelques-uns des points de friction récents des historiens français du droit avec l'auteur de *Surveiller et punir* avant de suggérer comment cette discipline est davantage étrangère aux enjeux de la critique postmoderne que l'histoire de la pensée.

The methodological relations between the way Michel Foucault worked and legal history on one hand, political thought history on the other, is without any doubt a caricature of what is so peculiar about Humanities. How can one explain that the same books may be so divisive, provoking feelings of admiration and indifference alike among different disciplines? Is it the political label of those works that is problematic, or their insertion in certain scientific networks instead of others? This short paper shows a few recent friction points of French legal historians with the author of Discipline and Punish, and will then suggest how legal history is more of a stranger to the preoccupations of postmodernist critical theory than is the history of thought.

* Maître de conférences – Aix-Marseille Université.

La réception et l'héritage de Michel Foucault que ce soit aux États-Unis ou en France, en dit long sur les paradoxes qui pullulent au sein des sciences humaines : absence de paradigme unique¹, flou de la ligne entre découverte révolutionnaire et charlatanisme, impossibilité d'évaluation objective des divers apports. Le cas particulier des allers retours entre les travaux de Foucault et l'histoire du droit peut servir d'illustration à ces problématiques.

Personne n'ignore que les juristes nord-américains accordent bien plus d'importance aux poststructuralistes élevés dans l'hexagone que leurs propres compatriotes, et ces auteurs à succès rejoignent en quelque sorte Montesquieu, Tocqueville et les autres, dans l'application du plus banal des lieux communs qui soutient que nul n'est prophète en son pays. Foucault représente cependant un cas à part – il fut à la fois rapidement reconnu et consacré à la plus haute chaire professorale française (le Collège de France), et suscita, notamment dans nos facultés de Lettres, un engouement prolongé qui résonne encore à ce jour, tout en restant presque ignoré de la plupart des facultés de droit. Il va donc falloir aller au-delà de tels clichés pour comprendre la disparité qui se présente à nous.

En tout état de cause, l'influence de la pensée de Foucault dans le monde a été – et est toujours – considérable. Ce n'est pas seulement qu'il fut, en 2007, l'auteur le plus cité des humanités², ou que les universités d'outre-Atlantique aient mis *Surveiller et Punir* (un livre dont tout

étudiant américain à peu près sérieux a entendu parler³) sur un piédestal, mais que de façon générale, les présupposés du poststructuralisme ont envahi si violemment notre langage et notre façon de penser que l'on a parfois du mal à comprendre la vision du monde de nos ancêtres les modernes, ces scientifiques, ces positivistes, ces idéalistes qui, il y a encore peu de temps, dominaient le paysage de la production de la connaissance, et dont le vocabulaire et les questionnements peuvent nous paraître si apparemment naïfs, si incompatibles avec les nôtres. Si la pensée du XIX^e siècle a prématurément vieilli, peut-être plus vite que toute autre pensée, c'est à cause d'auteurs comme Foucault, qui aux côtés de Nietzsche, de Poincaré, de Kuhn et de Gödel, ont participé à cette révolution intellectuelle généralisée – une révolution qui a eu tant de succès qu'il est parfois difficile de mesurer son ampleur.

« **Ne me demandez pas trop si je suis historien ou philosophe!** » disait Foucault⁴. C'est par cette ambiguïté, ce flou dans sa définition de lui-même que Foucault parvint à effectivement assimiler la transformation nietzschéenne, et notamment sa destruction de l'héritage métaphysique et moral classique. Accepter les apports de Nietzsche⁵, c'est reconnaître que l'intellectuel, le penseur universel (dont celui que Foucault qualifiera par la suite de « généraliste »⁶) est devenu inutile, puisque les questions traditionnelles de

1 C'est-à-dire de quelques consensus scientifiques fondamentaux qui nous fournissent des modèles, des points de départ, ou des hypothèses, ces cadres qui finiront évidemment par être remplacés mais qui, entre-temps, unissent la communauté scientifique – comme en disposent la physique (la relativité) ou la biologie (le darwinisme), v. T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. par Meyer, L. Flammarion, 1983.

2 Cette statistique ressort du site web consacré au recensement des citations scientifiques *ISI Web of Science*.

3 À titre d'anecdote, la librairie du campus de la prestigieuse *University of Chicago*, durant l'année 2006-2007, plaçait sur un présentoir les dix livres qui, selon les enseignants du site, représentaient le *must read* de tout étudiant. *Surveiller et Punir* était en troisième position, après *l'Illiade* et une compilation de quatre textes de Platon intitulée *Les derniers jours de Socrate*.

4 M. FOUCAULT, *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en Justice*, Presses universitaires du Louvain, 2012, p. 10. La posture d'historien de Foucault est par ailleurs discutée dans J. N. KAUFMANN, « Foucault Historien Et "Historien" du Présent ». Dialogue 25 (02), 1986, p. 223.

5 Et il ne fait guère de doute que Foucault, qui déclara dans un entretien tardif : « Je suis un nietzschéen », les avait acceptés, v. N. FARRELL FOX, « The New Sartre: Explorations in Postmodernism », *Continuum*, 2004, p. 169.

6 M. FOUCAULT, « La fonction politique de l'intellectuel », *politique-Hebdo*, 29 novembre – 5 décembre 1976, pp. 31-33.

la philosophie ne sont que les agents des volontés de puissance qui les ont mis au monde – l'âme est une invention des contempteurs du corps, la culpabilité une moralité d'esclave, la linéarité du temps ne fait que traduire notre mépris du passé, notre arrogante croyance en la supériorité inhérente de tout ce qui est actuel. Ceux qui suivirent Nietzsche durent ainsi soit prendre acte de sa pulvérisation des problèmes classiques⁷, soit minimiser au mieux son influence, quitte à feindre de l'ignorer entièrement⁸. Pour celui qui accepte les paraboles de *Zarathoustra*, il n'est plus envisageable de construire, comme on l'a fait durant plus de deux millénaires, une pensée *ex nihilo*, armé de sa seule introspection et d'un morceau de cire : le savoir post-nietzschéen n'appartient qu'au « spécifique », qu'au scientifique, et, pour les questions qui intéressaient Foucault, qu'à l'historien.

L'ambition de Foucault, la seule démarche intellectuelle qu'il considère acceptable pour un scientifique du XX^e siècle, est de « dessiner des configurations particulières »⁹. Étudier les moments dans leur singularité et non dans leur correspondance à une « tendance » ou à une « loi » sociologique ou historique générale, disséquer les enchaînements d'événements qui ont permis l'apparition de notions nouvelles dans le *continuum* savoir-pouvoir (la maladie mentale, la discipline, les sciences humaines, la sexualité) sont ses axes de recherche – des objectifs qui le rapprochent davantage d'un Georges Duby que d'un Durkheim. Comme un historien, il se spécialise pour une

ère, qui sera pour lui, l'âge classique¹⁰, c'est-à-dire la première modernité. À cet âge classique, l'on peut dire que Foucault réservera le même sort que Nietzsche avait servi au platonisme et au christianisme : renversement des valeurs, défiance envers le métarécit, fragilisation et dé-légitimation des axiomes. Quand, à la toute fin de sa vie et de sa carrière, Foucault s'échappe de son époque de prédilection et publie, à reculons semble-t-il, ses travaux sur l'Antiquité, c'est avec peu d'enthousiasme et le résultat est décevant¹¹. De la folie aux sciences humaines, des prisons à la sexualité, on peut soutenir que *les œuvres majeures de Foucault sont celles qui écrivent l'histoire des rapports entre savoir et pouvoir du XVI^e au XIX^e siècle*, et qu'ainsi sa bibliographie est en apparence bien plus semblable à celle d'un professeur d'histoire qu'au philosophe activiste qu'il a pu par ailleurs paraître incarner, notamment à travers ses cours et entretiens.

Après avoir présenté les choses de cette façon, un esprit non averti pourrait s'attendre à ce que l'auteur de *L'histoire de la folie à l'âge classique* s'inscrive socialement dans le « réseau » des historiens, à la fois en terme de carrière mais également de citations scientifiques. Or, cela n'est pas véritablement le cas¹² – et cette situation est, au moins partiellement, assumée par son auteur. En effet, le titre de son ouvrage apologétique, *l'archéologie du savoir*, est choisi comme une alternative à *l'histoire de la pensée*. Sémantiquement, les deux expressions semblent synonymes, mais socialement, la différence est lourde d'implications. L'histoire de

7 Deleuze, Camus, Derrida et bien d'autres encore prendront cette destruction comme point de départ – la relecture épistémologique de Nietzsche étant même un des seuls dénominateurs commun de la *French Theory*.

8 Ainsi Jean-Paul Sartre, dont il est malaisé de savoir si et quels ouvrages de Nietzsche il avait lu, expliquait que pour lui l'auteur du *Crépuscule des Idoles* « était un poète qui avait eu le malheur d'être pris pour un philosophe », v. C. DAIGLE, « Sartre and Nietzsche », *Sartre Studies International*, Volume 10, Issue 2, 2004, p. 197.

9 M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Gallimard 1996, p. 62.

10 *Histoire de la folie à l'âge classique, Les mots et les choses, Surveiller et punir, Histoire de la sexualité, tome 1* – La volonté de savoir, ces études influentes de Foucault portent tous sur les mêmes thèmes et la même période.

11 Les deux derniers tomes (publiés, car un quatrième n'a jamais vu le jour) de l'histoire de la sexualité, portant sur la Grèce et Rome, sont ainsi particulièrement décevants.

12 Un bref examen des bases de données disponibles montrera que ce sont principalement les chercheurs en philosophie et en sociologie – puis en histoire (mais non en histoire du droit ou de la pensée) qui citent Foucault. Il existe évidemment quelques contre-exemples, on pensera notamment aux travaux de Jean-André TOUTIER ou d'Édouard TILLET qui présentent tous deux un intérêt marqué pour la sociologie historique.

la pensée, notamment politique qui empiète partiellement sur l'histoire du droit public, est une discipline relativement ancienne et évoluant en vase clos. Ses méthodes présentaient des spécificités (focalisation sur l'auteur et l'unité supposée de sa doctrine – d'où les interminables débats consistant à vouloir dénicher la véritable intention de Machiavel¹³ – et priorité donnée aux éléments biographiques) dont Foucault cherchait à s'extirper en démystifiant le rôle des «grands auteurs» et en se concentrant sur l'apparition spontanée des champs discursifs au mépris de ce qui s'identifie comme mouvement ou école.

À quelques exceptions près, les rapports entre Michel Foucault et les historiens du droit se limitent généralement et bilatéralement à l'indifférence, à l'ignorance volontaire ou involontaire. Dans l'organisation de ses recherches bibliographiques, Foucault ne fait pas une part importante, ni même significative aux travaux d'histoire du droit, comme si les productions de ce champ étaient secondaires dans la recherche conduite sur l'histoire des discours sur le droit. Il ne s'intéresse pas à l'actualité de la discipline, ni aux débats qui y prennent part. Ainsi, pour *Surveiller et punir*, son point de départ académique est *Punishment and Social Structure* de Rusche et Kirchheimer (1939) – un travail sociologique et marxiste fondateur de la vision conflictuelle moderne du droit pénal – mais certainement pas un travail historique. Quant à ses sources, elles sont presque exclusivement de première main : correspondances, textes de lois, discours politiques, articles ou ouvrages de doctrine de l'époque. Ce n'est qu'exceptionnellement que Foucault se référera au travail d'un (autre)

historien¹⁴, ce qui, conjugué à son utilisation plus que parcimonieuse des notes de bas de page, renforce cette impression d'exogénéité : si Foucault veut être un historien scientifiquement, il ne cherche pas à l'être socialement – il ne se soumet pas aux rites, ne s'acculture pas au vocabulaire, et, finalement, ne paie pas ses droits d'entrée¹⁵. Que penser de cette approche méthodologiquement iconoclaste ?

La réception par les historiens du droit de Foucault est, en général, à la mesure de cette indifférence, bien qu'elle bascule parfois vers une hostilité moins subtile qu'elle ne pourrait l'être. Faut-il en blâmer l'auteur de *Surveiller et Punir* qui n'a pas pris le temps de se faire comprendre par ceux qui ne voulaient pas de ses contributions ? Sans chercher à désigner le coupable de cet impossible dialogue, quelques réactions suscitées par Foucault chez les historiens du droit sont particulièrement riches en apprentissage.

Il y a d'abord l'accusation de faire fi du haut Moyen Âge¹⁶, un réquisitoire qui est adressé de façon récurrente à tous les sociologues et philosophes¹⁷. Ce type de reproche, lorsqu'il est dirigé à l'encontre de Foucault est à la fois justifié sans l'être totalement. En effet, il est vrai que cette période fut et est toujours terriblement ignorée et que les réflexions du type sociologique auraient sans doute à s'enrichir de leur intégration. Mais d'un autre côté, chaque auteur n'a pas pour mission, pour responsabilité ou pour vocation de traiter toutes les périodes possibles et imaginables, d'autant plus qu'on pourrait, au contraire, lui reprocher alors de s'aventurer sur des champs qu'il connaît mal.

13 Pour un résumé de la controverse, v. T. F. MAYER, «Mysterious, Hellacious Machiavelli», *Sixteenth Century Journal*, XXI, n° 1, 1990, pp. 105-109 qui nous explique comment le Machiavel antichrétien et amoral dépeint dans un premier temps par l'histoire de la pensée est par la suite devenu sujet à un nombre croissant d'interprétations, au point que ce jeu devienne «un des plus vieux sports des historiens de la pensée».

14 Par exemple, Foucault citera dans le premier chapitre de *Surveiller et Punir*, Jean-Philippe LEVY lorsqu'il aura besoin d'une source sur le droit de la preuve au Moyen-Âge.

15 Foucault a d'ailleurs passé sa thèse avec, comme rapporteur, un philosophe et un psychiatre – celle-ci ayant été refusée par un professeur d'histoire des idées en Suède.

16 J.-P. POLY, *Le chemin des amours barbares – Genèse médiévales de la sexualité européenne*, Perrin, 2002 p. 11.

17 Régine Pernoud a même consacré tout un ouvrage de vulgarisation, intitulé *Pour en finir avec le Moyen Âge*, à cette argumentation.

Toujours aussi peu significatif sur le plan scientifique mais plus riches sur le plan social, on apercevra également des remarques faites « en passant », des oublis réciproques dans les bibliographies, des accusations de faire preuve de mauvais goût pour avoir débuté son ouvrage par la description des supplices de Damiens¹⁸.

Et puis il y a les incompréhensions pures et simples dont on a du mal à cerner exactement la cause et le sens. Pour un grand spécialiste l'histoire pénale française, Michel Foucault se trompe sur le moment de l'adoucissement des peines : « C'est donc au XVII^e siècle (et non un siècle après comme le dit Michel Foucault dans *Surveiller et Punir* [...]) que commence un processus régulier de modération de la pénalité ». L'historien du droit pense ici pointer du doigt une inexactitude factuelle alors qu'il démontre en fait une incompréhension (ou un manque d'intérêt) total pour l'objectif de l'ouvrage qu'il critique – ce qui, admettons-le, est plus que banal.

Pour comprendre l'objet du conflit entre Jean-Marie Carbasse et Michel Foucault sur ce sujet, il faut avant tout rappeler que toute discussion sur l'histoire de la sévérité des peines confond en réalité deux problématiques distinctes. La première de ces problématiques est la **cruauté de la répression**. On y examine la nature des peines, des supplices infligés, leur intensité, la douleur qu'ils provoquent et l'horreur qu'ils suscitent. De ce point de vue, l'adoucissement plus ou moins continu de la cruauté des peines aurait débuté clandestinement au XVI^e siècle avec le *retentum*, cette clause secrète ordonnant aux bourreaux d'étrangler les condamnés au bûcher avant l'exécution publique¹⁹, mais il n'est devenu volonté publique officielle qu'avec l'inven-

tion et la généralisation de la guillotine²⁰. Ensuite, la question de savoir si le remplacement progressif de la peine capitale par les travaux forcés ou l'enferment perpétuel est un progrès en terme de cruauté peut être débattue. Beccaria, par exemple, soutenait que « *transform[er le criminel] en bête de somme* » était plus sévère et plus dissuasif que le condamner à mort²¹. En tout et pour tout, il n'y a donc pas tant d'éléments qui permettent de parler d'adoucissement de la cruauté des peines. Le seul point incontestable dans l'évolution de la cruauté des peines est la disparition des supplices, dont la signification est convenons-en sans équivoque – et au sujet de laquelle il ne fait guère de doute que les derniers tourments furent infligés au XVIII^e siècle.

La seconde problématique est la **prévalence de la répression**. Ici, c'est le nombre de condamnés qui intéresse les chercheurs. Durkheim soutenait ainsi, à partir de sources douteuses, que l'Égypte des pharaons était aussi sévère qualitativement que quantitativement²². Cette histoire de la sévérité des peines est tout à fait différente : le nombre de condamnés à mort sous l'Ancien Régime ne cesse de décroître à partir du XVI^e siècle et c'est, au contraire, l'avènement du droit moderne qui est accompagné de la répression la plus massive. La terreur aurait ainsi fait plus

18 Un bon exemple de ces trois pratiques est le *Que sais-je* de Jean-Marie Carbasse sur la peine de mort. Les exécutions poursuivies durant la terreur « que Foucault appelle « quelques flamboiements » ! », expression qui sous-entend que l'auteur sous-estime ou ignore l'importance de la terreur, J.-M. CARBASSE, *La peine de mort*, PUF, 2002, p. 54.

19 *Ibid.*, p. 50.

20 Qui fonctionna pour la première fois en 1792 et étendit ainsi à tous les citoyens le droit auparavant réservé aux nobles de ne mourir que la tête tranchée.

21 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Guillaumins et C^{ie} 1760, XXVIII.

22 Durkheim cite des rumeurs et anecdotes rapportées par Diodore de Sicile pour affirmer que le nombre des condamnés à mort de l'Égypte ancienne était considérable, mais la fiabilité de telles observations est probablement douteuse, E. DURKHEIM, *Deux lois de l'évolution pénale*, L'année sociologique, 1990, I. Parmi ces rumeurs, Diodore rapporte que suite à une grâce collective de condamnés à mort relégué dans un désert, ces derniers auraient été tellement nombreux qu'ils avaient pu fonder une ville. Autre anecdote : un roi d'Égypte en convertissant la peine de tous les condamnés à mort en travaux forcés avait pu faire construire digues et canaux.

de 17 000 victimes, sans compter les immenses massacres en Vendée²³.

Or, non seulement Michel Foucault avait conscience de l'évolution divergente de ces deux facettes de la sévérité, mais il en fit même le thème principal de la première partie de son étude : plus les peines sont cruelles, moins elles sont appliquées, et le désir d'efficacité peut et doit expliquer l'apparente humanisation de la peine²⁴. La chute de la cruauté s'accompagnerait donc d'une étendue de la répression ce qui ne facilite pas le traitement du sujet, mais il est déconcertant que cette subtilité ait échappé, et échappe toujours, à ses critiques. Autrement dit, Foucault et les historiens du droit pénal sont d'accord sur plus de choses qu'ils ne le croient, et il se peut qu'un aveuglement lié à guère plus que des considérations politiques empêche cette partie du dialogue de s'établir.

L'histoire du droit a-t-elle à gagner à une lecture de Foucault? Rétrospectivement, si l'histoire de la pensée politique est encore partiellement restée ancrée dans les paradigmes vieillis de ce qu'on pourrait appeler son positivisme, il n'est pas certain que l'histoire du droit à proprement parler eut véritablement besoin de la révolution post-moderne, car la discipline avait assimilé par anticipation, bien avant *L'archéologie du savoir*, certains des apports les plus essentiels du mouvement qu'elle incarnait : méfiance envers la réalité sociale décrite par le discours officiel, le danger permanent d'instrumentalisation des faits historiques par le sens que le locuteur voulait leur donner. En fait, les disciplines sont moins isolées qu'elles ne le semblent à première vue : c'est également au XX^e siècle que ces tendances vont s'inscrire en histoire du droit. Dès 1920, un

auteur critique et déconstruit la lecture classique du fameux « *secare partis* », cette inscription mythique attribuée à la loi des Douze tables qui aurait autorisé la répression du créancier par démembrement, et montre en quoi la lecture communément admise est erronée²⁵. Mais c'est surtout – peut-être par coïncidence – dans les années 1970 que la discipline entreprit ses grandes déconstructions, dans les divers mouvements de révisionnisme historique. Ainsi, revisiter l'histoire de l'Inquisition²⁶ ouvrit un champ d'étude au succès mondial – une approche qui partage cet axiome nietzschéen qui hanta toute l'entreprise foucauldienne : la narration est un enjeu politique. Or, cet axiome, étiqueté comme « de gauche » quand il conduit à réviser le mythe progressiste libéral, mais qui semble si naturel aux historiens du droit s'il permet de corriger les affabulations anticléricales, n'est rien autre que la pierre angulaire de l'historiographie contemporaine.

23 D. GREER, *The incidence of Terror during the French Revolution*, Peter Smith Pub, 1935. *Contra*, v. R. LOUIE, « The incidence of the Terror: a critique of a statistical interpretation », *French Historical Studies*, Vol. 3, n°3, 1964, pp. 379-389.

24 L'humanisation aurait donc eu pour but un quadrillage plus serré du corps social, que seule répression systématique peut atteindre, une idée que Durkheim avait déjà rapidement brossée dans l'article précité – et dont les sociologues ont donc conscience depuis plus d'un siècle.

25 M. RADIN, « *Secare Partis*: The Early Roman Law of Execution against a Debtor », *The American Journal of Philology*, Vol. 43, n° 1, 1922 pp. 32-48.

26 Le révisionnisme de l'inquisition s'est attaché à démontrer que l'image sanguinaire qui est restée de cette institution était plus symbolique que réelle, et surtout, plus politique que juridique. Le lecteur qui est intéressé par ce mouvement peut lire E. PETERS, *Inquisition*, 1988 et H. KAMEN, *The Spanish Inquisition: An Historical Revision*, 1997.

Achevé d'imprimer en novembre 2012
Imprimerie Présence Graphique
2 rue de la Pinsonnière
F - 37260 MONTS