

Qu'appelle-t-on « le droit » ? (*Brèves réflexions à bâtons rompus*)

« *Hora fugit stat jus* »

Il est d'usage courant aujourd'hui de ramener l'être du droit à de la réglementation, de le penser et de le définir comme constitué de règles, de règles éthiques ou de conduite d'un certain type. On parle, en ce sens, indistinctement du « droit » ou des « règles ou normes de droit », des « règles ou normes juridiques » : ces expressions apparaissent synonymes dans nos esprits ; dans la langue anglaise, le même mot, *law*, est employé pour désigner le droit et les lois juridiques. Ces manières de voir et de s'exprimer semblent, de prime abord, pouvoir se fonder sur l'étymologie même : comme l'écrit Paul Roubier, « dans le mot *droit* se trouve impliquée l'idée d'une règle (*directum*), et cette image se retrouve dans toutes les langues modernes »¹. « Le mot, souligne pareillement Jean Dabin, dérivé du bas-latin *directum* et qu'on retrouve sous une forme identique dans plusieurs langues indo-européennes (*diritto, derecho, recht, right...*), évoque simplement l'idée de rectitude. Est droit ce qui est correct, c'est-à-dire conforme, adéquat, ajusté à la règle – dans l'ordre physique et mathématique d'abord (ligne droite, angle droit, voie droite...), dans l'ordre moral et psychologique ensuite (action droite, caractère droit, intention droite...) »².

Je me suis moi-même, dans tous mes travaux de théorie juridique, constamment rallié à cette assimilation du droit à des règles et à la sémantique correspondante. Sans remettre en cause le lien étroit qui unit l'idée de droit à

¹ *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, p.5.

² *Théorie générale du droit*, Bruylant, Bruxelles, 1953, p.13.

l'idée de règle, il me paraît pourtant nécessaire d'apporter un bémol à ce sujet et de développer une vue plus nuancée, plus fine. Cette clarification, on va le voir, n'est pas de nature à remettre en cause le fond des analyses de la théorie juridique (y compris les miennes !); elle présente un intérêt intellectuel essentiellement formel, celui de faire apparaître en pleine lumière la façon adéquate de nommer les choses qui se cache derrière l'usage linguistique et, en conséquence, de mieux accorder, si je puis dire, nos violons discursifs.

I

1/ La thèse que je veux exposer ici, c'est que l'idée ou concept de droit correspond fondamentalement dans nos esprits, par-delà nos manières de nous exprimer, non pas à une certaine catégorie de règles de conduite, mais au *contenu* des règles de cette catégorie, à leur teneur, au segment de pensée ou dispositif qu'elles portent en elles, au *régime* qu'elles déclinent. Plus précisément, le droit me paraît être ce à quoi ont respectivement droit les citoyens, les membres de la Cité, c'est-à-dire les marges du possible de leur agir dans leurs relations entre eux. Ces marges sont officiellement fixées et étalonnées, en pratique, par les règles mises en vigueur par les pouvoirs publics qui sont chargés de gouverner la Cité, de diriger la conduite de ses membres : les règles qu'ils édictent, en effet, ont pour vocation spécifique de délimiter les espaces de possibilité -ou latitudes- impartis aux agissements de chacun, de les calibrer, d'en fixer le canon. Pour opérer cette délimitation, elles utilisent les grands degrés de l'échelle bipolaire du possible : elles indiquent aux intéressés ce qu'ils n'ont pas le droit de faire (figure de l'interdiction, correspondant au degré de possibilité de 0 et corrélativement au degré d'impossibilité maximale de 1), ce qu'ils n'ont pas le droit de ne pas faire (figure de l'obligation, correspondant au degré de possibilité maximale de 1 et au degré d'impossibilité de 0), ou ce qu'ils ont le droit de faire ou de ne pas faire (figure de la permission, correspondant au degré intermédiaire entre 0 et 1, entre la possibilité absolue et l'impossibilité absolue : c'est la possibilité de faire sans y être obligé, impliquant corrélativement la possibilité de ne pas faire sans y être tenu).

Au passage, une observation me paraît mériter d'être formulée : c'est bien à tort que l'on ramène les règles éthiques, les règles juridiques autant que les règles morales, à la fixation de *devoirs*. Classiquement, la morale est réduite à l'image emblématique du devoir moral, ainsi qu'il ressort tout particulièrement

de la théorie éthique développée par Kant ; c'est la même vision réductrice qui prévaut dans la théorie juridique, notamment chez Kelsen, à travers l'idée de *sollen* ou *devoir-être*. Le chef de l'Ecole normativiste de Vienne a été conduit par là à tâcher d'éliminer la catégorie modale des permissions, difficilement compréhensible dans son mode de pensée : comment une norme pourrait-elle constituer un *sollen* ou devoir... permissif? Kelsen a tenté de démontrer laborieusement que les trois modalités normatives obligation, interdiction, permission se ramèneraient à une seule véritable, l'obligation. C'est l'unique catégorie modale évoquée dans la première édition (1934) de la *Théorie pure du droit* ; dans la seconde édition (1960)³, puis dans sa *Théorie générale des normes*⁴, il mentionne bien l'interdiction et la permission, mais s'évertue -bien vainement- à faire admettre qu'elles ne font en réalité qu'une avec l'obligation⁵. Cette focalisation sur l'idée de devoir, devoir-être ou obligation repose sur une vue tronquée et confuse induite, il est vrai, par la subtile complexité des données en cause. L'expérience juridique, et plus généralement éthique, nous met, en effet, en présence d'un double étalonnage, d'un étalonnage à double détente en quelque sorte. Les règles de conduite ont pour fonction première, la plus essentielle, de calibrer les marges du possible fixées à l'agir des personnes visées, d'en donner la mesure ; et ces marges sont ensuite appelées à jouer elles-mêmes comme des étalons de leurs conduites : lesquelles doivent entrer dans ces marges pour être validées, reconnues valables⁶. C'est cette fonction seconde qui évoque à l'esprit l'idée d'un devoir ou obligation, - devoir de maintenir son agir dans les marges du possible pour qu'il ait valeur positive, qu'il soit à la bonne mesure. Mais ce devoir, impliqué dans la notion d'étalon de conduite, ne doit pas être confondu avec ces marges elles-mêmes, et notamment avec celle de

3 Trad. fr. Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p.22.

4 Trad. fr. O. Beaud et F. Malkani, PUF, 1996,p.125.

5 Voir mes *Ecrits de philosophie du droit*, Editions Panthéon-Assas, 2019, p.345s.

6 On retrouve ce principe de double étalonnage pour tous les étalons, même à texture matérielle, appartenant comme les règles de conduite à la catégorie des étalons formels ou de capacité. Ces outils ont la nature de formes étalonnant une certaine contenance (par exemple, une pinte est un récipient donnant la mesure d'une contenance de 0,93 litre) ; la contenance ainsi homologuée permet d'étalonner à son tour les choses qu'on y fait entrer (les quantités de liquide dans le cas des pintes) : elles devront épouser la forme en question, la remplir exactement ni en deçà ni au-delà, pour être à la mesure homologuée (pour équivaloir à 0,93 litre dans mon exemple). Ces étalons formels se distinguent des étalons concrets (tels que les prototypes ou les appartements-témoins) donnant directement la mesure des choses : à la différence de ces derniers, ils n'impliquent pas une conformité-identité ou équivalence des choses qu'on leur rapporte, mais une conformité-accordance ou adéquation (les conduites qu'on rapporte aux règles ne doivent pas leur être identiques comme l'a cru Kelsen, mais être en accord avec elles, se mouler à l'intérieur des marges qu'elles fixent). Voir à ce sujet mes *Cheminelements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p.124s.

l'obligation ou degré de possibilité maximale. Et surtout, ce qui caractérise le plus fondamentalement les règles de conduite, ce n'est pas l'étalonnage des conduites, mais leur fonction première, complètement occultée en l'occurrence. Au lieu de cette focalisation classique sur l'idée de devoir, c'est plutôt l'idée de droit, de pouvoir ou possibilité qu'il convient de mettre en avant, en figure de proue, pour donner le meilleur éclairage aux règles ou normes de conduite en général : leur vocation de principe est de déterminer, à titre référentiel, les droits ou marges de possibilité impartis à l'agir de ceux qu'elles visent et à qui elles sont destinées ; il s'agit d'outils mentaux-étalons qui leur donnent la mesure du possible dans leurs actions, dans leur conduite d'eux-mêmes, pour qu'ils s'y ajustent en conséquence. Il est inexact de les identifier, comme on le fait couramment, à des modèles d'actes ; elles calibrent plus exactement des possibilités d'agir appelées à servir de guides -en quelque sorte de balises- pour l'action. Et c'est précisément cette teneur des règles juridiques qui constitue « le droit » (étiquetage on ne peut plus révélateur !), et non à proprement parler les règles elles-mêmes en tant que telles, en tant qu'entités à vocation technique spécifique appartenant à la panoplie des outils (des *objets servant à*) utilisés par l'homme. Ou, pour le dire autrement, les règles juridiques gouvernant les conduites des citoyens ne sont pas le droit, mais les outils mentaux qui font apparaître et estampillent le droit au travers des marges de manœuvre qu'elles fixent aux agissements des membres de la Cité.

2/ C'est bien ce qui ressort à l'évidence des idées romaines originaires à partir desquelles s'est formée notre pensée du droit et dont notre vocabulaire même porte de multiples traces, à commencer par le terme « juridique ». . Comme on le sait, le concept latin de *jus* s'est primitivement dégagé dans le contexte d'institutions sociales à caractère essentiellement religieux : le droit romain archaïque était oral et appliqué par des prêtres ou pontifes sur le modèle des rites du culte qui relevaient en même temps de leur compétence. Au sujet du mot *jus* lui-même (*jous* en ancien latin), dont l'origine est longtemps demeurée énigmatique, André Magdelain rappelle que « les linguistes lui prêtent une étymologie qui le fait provenir du fond le plus ancien du lexique religieux »⁷. Ce mot, en effet, est aujourd'hui généralement rattaché à l'indo-iranien *yaus*, qui exprimait un état d'intégrité optimal ou parfaite normalité -requis par un rituel religieux- à atteindre ou à restaurer par purification⁸. C'est ce sens qui a, semble-t-il, inspiré la formation du concept latin primitif de *jus* : ainsi que le

7« *Le jus archaïque* », in *Mélanges de l'école française de Rome*, année 1986, 98-1, p.306.

8 Voir : Emile Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, t.2, Editions de Minuit, 1969, p.111s. ; Georges Dumézil, *Idées romaines*, Gallimard, 1980, p.41s. ; Michel Meslin, *L'homme romain*, Editions Complexe, 1985, p.22s.

note Michel Meslin (*op.cit.*, p.23), « à Rome...le *jus* a été compris et vécu comme l'aire d'activité et de prétention maximale » revenant respectivement à chacun dans ses rapports avec les autres, fixée au terme d'un rituel officiel.

Plus récemment, une autre étymologie, qui ne manque pas de force, a été proposée par l'historien du droit Robert Jacob ; elle procède, non pas d'une analyse purement linguistique, mais d'un éclairage anthropologique des pratiques sociales de la Rome antique. *Jus* serait un dérivé du terme homonyme *jus*, désignant originellement le jus ou sauce provenant du sacrifice, puis par extension les portions revenant respectivement, selon les règles de commensalité sacrificielle, aux participants au banquet consécutif au sacrifice ; on serait ensuite passé, par dérivation symbolique, à la distribution des portions de l'agir entre les Quirites formant alors le corps civique et au *jus* juridique⁹. Mais comme l'observe pertinemment Philippe Fabry, « si l'origine étymologique est différente, quoique le caractère rituel de la notion indo-iranienne de *yaus* explique peut-être aussi l'origine du *jus* latin au sens de 'jus, sauce', l'on constate que les deux sens se rejoignent : que *jus* désigne les droits des individus dans la société par analogie avec les droits au banquet dans le sacrifice primitif, ou avec un état de pureté rituelle donnant accès à une certaine liberté d'action légitime, c'est toujours une sphère de liberté individuelle opposable aux membres du groupe et au groupe lui-même que désigne le mot »¹⁰

Le *jus*, originellement, c'est la marge de ce que chacun peut faire en fonction de sa situation ou statut social, de la place qu'il occupe dans la communauté, le rayon à l'intérieur duquel ses activités et prétentions peuvent légitimement s'épanouir, prendre l'éclat de la pureté ; le terme connote les idées d'équilibre et de proportion adéquate. Les *jura* sont ces espaces respectifs de possibilité d'agir au sein de la Cité, ces parts de possible revenant à chacun. De là le sens du verbe *jurare*, littéralement « prononcer un *jus* » (Benveniste, *op. cit.*, p.118), c'est-à-dire « définir une aire d'action qu'on aura à remplir, généralement au profit d'un autre » (Dumézil, *op. cit.*, p.42). *Justus*, primitivement, c'est ce qui est « ajusté », ce qui rentre dans le *jus*, qui est en conformité avec lui, et *justitia* exprime cet état d'harmonie avec le *jus* ; ce n'est qu'ultérieurement que *justitia* a dérivé vers le sens moral de justice et que les rapports entre ces trois termes se sont inversés, la justice et le juste n'apparaissant plus comme fondés sur le *jus*, mais au contraire comme des fondements du *jus*, des buts à atteindre par lui¹¹.

⁹ Robert Jacob, « *Jus* ou la cuisine romaine de la norme », *Droit et Cultures*, 48/2004-2, p.11-62.

¹⁰ Philippe Fabry, « Nomen iuris est autem a iustitia appellatum », *Revue historique de droit français et étranger*, 2014-4, p.489s.

¹¹Voir Philippe Fabry, *op. cit.*

On voit, en tout cas, que dans la pensée romaine le terme *jus* ne désigne pas des règles ou commandements, mais bien ce à quoi ont droit les membres de la Cité et qui, en pratique, leur est délimité et attribué par les règles édictées par les autorités sociales : c'est ce qu'exprime la locution « *jus est quod jussum est* » (le droit est ce qui a été ordonné). Le sens de cette locution devient lumineux si l'on sait que *jussum* est le supin de *jubeo*, verbe formé par contraction de *jus* et de *habeo* : *jubeo* signifie littéralement prescrire ou ordonner le *jus*, les possibilités d'agir des citoyens, - ce qu'exprimait aussi la formule *jura dare*, donner, attribuer des *jura*, des marges de possible. Par extension, *jubeo* a pris ensuite le sens plus général de fixer des possibilités d'agir à des personnes dans le cadre de n'importe quel type de relation d'autorité (on retrouve les mêmes connotations dans l'équivalent français de *jubeo* : ordonner, c'est donner des ordres, c'est-à-dire fixer de l'ordre, un bornage ou cadrage à la conduite d'autrui auquel on s'adresse). S'éclaire en même temps la célèbre formule du jurisconsulte romain Ulpien qui figure dans les *Institutes* de Justinien et qui définit la fonction de « dire le droit » (*jus dicere*) des autorités sociales : « *suum cuique tribuere* » (attribuer à chacun le sien). On trouve d'autres échos de la même intuition relative à la nature des règles juridiques édictées, par exemple dans le terme grec *nomos* qui désigne la loi et dérive du verbe *nemein*, impartir à chacun son dû, répartir comme il convient, ou encore dans le mot hébreu *hok* qui a aussi à la fois le sens de loi et de part, portion ou ration revenant à chacun.

Je rappelle, par ailleurs, qu'initialement *fas* était chez les romains synonyme de *jus* ; cette notion a ensuite été cantonnée aux choses sacrées et a représenté le droit établi dans l'univers par les dieux, l'harmonie générale du monde voulue par eux et hors d'atteinte des hommes, tandis que *jus* s'est progressivement laïcisé et appliqué plus spécialement à la justice humaine et aux rapports des hommes entre eux¹². A l'instar de *jus*, *fas* ne désigne pas lui non plus, à proprement parler, des règles : le *fas*, c'est plus exactement ce qui est admis par les dieux, ce qu'ils agrément, qui leur est agréable ; de là, l'expression *fas est*, ainsi est le permis, ce qu'on a le droit de faire ou de dire (par opposition à *nefas*, ce qui ne peut être accompli, ce qui déplaît aux dieux). Le même type de locution était employé avec *jus* ; André Magdelain relève, notamment, que « le code le plus ancien de Rome, la loi des XII tables, [était] composée à l'origine de sentences formulant l'état de *jus* et prononçant : *ita jus esto* [qu'ainsi soit le droit] »¹³. Et l'éminent spécialiste du droit romain de souligner que « par rapport à la loi, [le *jus*] n'en est que le contenu, au sens abstrait de droit »¹⁴.

12 Cf. Michel Brial, *Mémoire sur l'origine des mots fas, jus et lex*, Mémoires de l'Institut National de France, année 1891, 32-2, p.1s.

13 *Op.cit.*, p.307.

3/ Le mot français « droit » lui-même est, au demeurant, tout à fait éclairant et apparaît, quand on s’y arrête, en parfaite concordance avec le *jus* romain ; lequel perdure en quelque sorte en transparence à travers lui (c’est le sens que j’ai entendu donner -très librement- au dicton latin cité en exergue de cette étude). Ce terme « droit » est, sans doute, dans la même lignée étymologique que le mot règle : il provient de *directus*, du verbe *dirigere* (tracer en ligne droite), lui-même dérivé de *regere* (faire aller en ligne droite, guider, régir) auquel se rattache *regula* ; mais cette appartenance à la même famille n’équivaut pas à une équivalence de sens des deux termes. *Directus* signifiait littéralement ce qui est en ligne droite, rectilinéaire, sans courbure ou torsion. La *regula* était primitivement un instrument du monde physique servant, à travers la configuration de son corpus, à indiquer et étalonner objectivement le droit, la droiture. Ce sens concret a été conservé par le mot français « règle » et cet instrument matériel est toujours utilisé pour tracer des lignes droites ou vérifier la rectilinéarité de lignes tracées. Appliquée sur une surface, la règle sert de support à l’accomplissement de ces opérations : sont des droites, ont valeur de droiture, les lignes tracées ou à tracer qui s’alignent sur sa bordure extérieure, qui s’inscrivent exactement dans sa marge, sans dévier ni au-delà ni en-deçà ; cette marge filiforme à la lisière de la règle, c’est l’espace calibré du droit, de la droiture.

De cette idée de droiture ou rectitude dans l’ordre physique, on est ensuite passé, par transposition fruit d’une fulgurante et lumineuse intuition métaphorique, à l’idée de droiture morale, de rectitude des conduites humaines. Il faut souligner au préalable que cette notion de « conduite humaine » correspond elle-même à une métaphore qui s’est enracinée très tôt dans nos esprits : celle de l’homme qui, à l’image de la conduite d’un char ou d’un navire, « se conduit », pilote ses mouvements, est auto-conducteur du véhicule de sa propre personne. Sur la toile de fond de cette imagerie naïve, on a été amené à considérer comme « droite » la « ligne de conduite » à tracer et à suivre, ou déjà tracée et suivie, qui « file droit », qui se tient dans le droit chemin, qui ne s’en écarte pas, qui « ne sort pas des clous », comme on dit aujourd’hui ; le droit ou droiture au sens moral, c’est ce qu’on a le droit de faire. Cette droiture est étalonnée par des règles de conduite, dont la teneur -la configuration logique de leurs dispositions- fixe des marges de possibilité à l’agir des intéressés ; leurs lignes de conduite devront se tenir à l’intérieur de ces marges pour avoir valeur de droiture (ici il s’agit, bien sûr, d’un remplissement purement logique). La

14 Ibid., p.316 ; cpr. son ouvrage *La loi à Rome. Histoire d’un concept*, Les Belles Lettres, 2^e éd., 2009, p.86-87 : « les mots *lex* et *jus* de bonne heure accouplés sont dans la relation de contenant à contenu ».

droiture ne se confond pas pour autant avec les règles. Pas plus que la droiture des lignes ne se confond avec les règles-outils matériels : dans notre expérience physique, il ne viendrait à l'idée de personne d'assimiler le droit ou droiture à la règle qui sert à le calibrer.

Dans le secteur de notre expérience juridique, l'idée de « droit » (ce qu'on pourrait étiqueter, de manière plus expressive, la « droiture citoyenne ») correspond essentiellement, de semblable façon, à ce que les citoyens ont le droit de faire, aux possibilités d'agir qui leur reviennent respectivement et qu'ont vocation à étalonner et fixer officiellement les règles édictées par les pouvoirs publics de la Cité. Les règles de droit ne sont pas le droit, mais les règles ou réglage *du* droit. C'est par extension que le mot « droit » a été utilisé pour désigner les règles elles-mêmes.

II

A quelles conclusions amènent les réflexions qui précèdent ? Elles mettent en lumière, dans l'usage terminologique, ce qu'on appelle en rhétorique une métonymie, c'est-à-dire la pratique langagière par laquelle on exprime une entité conceptuelle au moyen d'un terme désignant une autre entité qui est en lien avec elle ; l'un des cas les plus courants de cette sorte de glissement de sens consiste à désigner un contenant par son contenu (comme, par exemple, lorsque l'on dit « boire un verre » ou « une bouteille », ou encore quand on parle à propos d'un spectacle des « applaudissements de la salle »). C'est précisément ce cas de figure qu'illustre l'emploi du terme « droit » pour désigner, non pas ce à quoi ont droit les membres de la Cité, mais les règles en vigueur qui fixent ces marges de manœuvre respectives.

Je suis tenté d'écrire qu'en l'occurrence cette métonymie a parfaitement réussi puisqu'elle a fini par entrer purement et simplement dans le lexique courant, à l'instar de ce qu'on appelle depuis Derrida et Ricoeur les métaphores « blanches » ou « démonétisées »¹⁵, c'est-à-dire dont la nature métaphorique -l'image qu'elles affichaient au départ- s'est effacée avec le temps dans nos esprits et ne retient plus notre attention (la métaphore de la « conduite

¹⁵ Jacques Derrida, « La mythologie blanche », in *Marges de la philosophie*, Editions de Minuit, 1972, p.247s. ; Paul Ricoeur, *La métaphore vive*, Seuil, 1975, p.362s.).

humaine » en est un exemple topique): pareillement, on n'a guère conscience en pratique de la nature métonymique de cet usage linguistique, on n'y prête pas attention. Il conviendrait, pourtant, d'en retrouver toute l'épaisseur. Sans doute, appeler « droit » les règles qui l'étalonner, paraît soulever une simple question d'étiquetage ne remettant pas fondamentalement en cause les vues théoriques développées par les juristes : le périmètre du droit reste le même qu'on le ramène aux règles ou à leur contenu, aux espaces de possibilité d'agir qu'elles délimitent ; les analyses des règles juridiques ne sont pas non plus affectées par le fait qu'elles sont mal dénommées.

Il n'empêche que le glissement de sens que représente une métonymie est, dans son principe même, quelles que soient les vertus pragmatiques ou poétiques qui peuvent s'y attacher par ailleurs, une espèce d'abus de langage que traduit l'étymologie grecque (*meta-onuma* évoque l'idée d'être à côté de la plaque) et qui, comme telle, n'est pas sans conséquence ; c'est pourquoi, du reste, elle a longtemps suscité des réserves en rhétorique. « Mal nommer un objet, c'est ajouter au malheur de ce monde », disait pertinemment Albert Camus. En l'occurrence, l'usage métonymique en cause emporte des effets non négligeables. Le premier, c'est justement de faire passer à la trappe dans nos consciences ce qu'est véritablement le droit et qui ne se confond pas avec les règles de droit qu'on lui substitue et qui viennent le masquer à nos yeux. En reprendre résolument et pleinement possession revient à purifier notre regard et permet, en même temps, de renouer avec les origines, de retrouver en toute clarté la tradition de la pensée romaine du droit. Et c'est aussi nous mettre d'accord avec nous-mêmes, car l'idée de droit authentique est toujours présente, même voilée, dans nos esprits : on le voit par exemple lorsque, à propos d'un cas particulier, on se pose la question « quel est exactement le droit en la matière ? », « qui a droit à quoi ? » (le « *quid juris ?* » Kantien), ou encore lorsque les juges, qui n'ont pas en principe le pouvoir d'édicter les règles juridiques qu'ils appliquent, nous apparaissent « dire le droit », dire ce à quoi ont droit les parties. En revanche, c'est une conception incohérente, schizophrénique, du droit que nous nourrissons, sans bien nous en rendre compte, lorsque nous prétendons distinguer le « droit subjectif », c'est-à-dire ce à quoi a droit le citoyen, et le « droit objectif » désignant les règles en vigueur : ce binôme est devenu classique chez les juristes en dépit de son caractère manifestement bancal puisqu'il prête simultanément deux identités différentes au droit.

Il me paraît surtout intéressant de m'arrêter sur un double intérêt heuristique qui s'attache à la pleine clarification de l'idée de droit.

1/ L'usage métonymique que j'ai évoqué a, de toute évidence un lien avec un travers très généralement répandu en éthique, tant dans la théorie juridique que dans la théorie morale, et que j'ai proposé d'appeler « logicisme ». Il consiste à ramener les règles de conduite au logos ou segment de pensée codée en langage dont elles sont faites. Il y a un demi-siècle, le philosophe du langage britannique John Austin a magistralement dénoncé la tendance alors courante (et d'ailleurs non complètement disparue) dans les sciences humaines à réduire les actes de langage -les actes sociaux accomplis en parlant, à l'aide de paroles adressées à autrui (félicitations, remerciements, menaces, avertissements, commandements, etc.)- à leur simple « locutoire », à ce que dit le locuteur-agent, aux paroles qu'il prononce, occultant ainsi complètement derrière elles l'acte humain intersubjectif réalisé (le « performatif »), avec tout le relief spécifique qu'il implique¹⁶. La théorie éthique laisse, de longue date, percer une tendance similaire à propos, non pas seulement d'actes mentaux, d'actes de pensée extériorisés à autrui avec des paroles, mais aussi d'objets mentaux confectionnés avec de la pensée : les règles de conduite ne seraient rien de plus que les séquences de pensée discursive constitutives de leur teneur ; c'est là que résideraient l'ensemble complet des données de leur être. Ce seraient ainsi les particularités syntaxiques de ces séquences qui leur confèreraient leur nature même de règles de conduite, par exemple l'emploi de l'impératif ou encore l'articulation de « foncteurs » normatifs ou déontiques (des expressions du type : « il faut », « on doit », « on peut », « il est interdit de »). Dans le prolongement de ces errements, au sein des règles de conduite, les règles juridiques se caractériseraient et se distingueraient des autres règles par des éléments plus pointus de leur teneur qui leur seraient propres ; selon la conception la plus couramment admise, elles auraient pour teneur typique de fixer des obligations assorties de sanctions, spécialement sous forme d'actes de contrainte, - comme si, en pratique toutes les règles juridiques avaient cette teneur et en tiraient leur juridicité même. En même temps, considérées comme du simple logos, et non comme des choses, des *res* ou réalités présentes dans notre esprit et qu'on peut utiliser mentalement comme on utilise physiquement les outils matériels, les règles se trouveraient en conséquence sous l'empire direct de la logique formelle ou « police de la pensée », en l'occurrence sous l'empire d'une « logique normative » ou « déontique » : les règles juridiques édictées seraient ainsi soumises au principe de non-contradiction et les juristes devraient les tenir pour nulles et non avenues au cas où elles feraient apparaître des conflits entre elles ; ou encore, par application du principe logique d'inférence, il serait possible de déduire d'une règle juridique édictée d'autres règles juridiques, prenant place à

16 J. L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, trad. fr. Gilles Lane, Seuil, 1970.

côté d'elles, et ainsi d'enrichir le droit en vigueur par un simple processus de raisonnement. Le juriste serait, en d'autres termes, habilité à se comporter à l'égard du législateur patenté en justicier ou en législateur parallèle.

Le logicisme correspond à des vues floues et peu approfondies, à une schématisation de surface qui passe à côté de l'essentiel : les règles juridiques, et plus généralement éthiques, sont des outils mentaux, des étalons de texture intelligible et non pas sensible, mais ils ne se réduisent pas à ce matériau de pensée dont ils sont faits, qui constitue leur substance ou corpus ; il s'agit de séquences de pensée chosifiées, instrumentalisées par une intention humaine sous-jacente et transcendante qui les a constituées en outils à vocation spécifique, servant à étalonner les espaces de possibilité d'agir des personnes appelées à les utiliser. Le logicisme manifeste une conceptualisation défectueuse comparable au cas du « psychologisme » professé par le positivisme logique dans le sillage du Cercle de Vienne et qui prétendait ramener les règles de conduite à l'expression d'émotions, de sentiments d'attraction ou de répulsion.

Rapproché de l'usage métonymique que j'ai précédemment relevé, ce travers logiciste apparaît mettre en oeuvre une démarche intellectuelle inverse. La métonymie en cause consiste à appeler « droit » les règles juridiques au lieu de la teneur qu'elles portent en elles, c'est-à-dire la fixation de marges de manœuvre ; on désigne le contenu par le contenant. A l'opposé, le logicisme revient à réduire complètement les règles à leur teneur. Ces deux démarches se soutiennent en quelque sorte et poussent vers le même résultat : obscurcir la distinction du droit et des règles de droit. Si l'usage d'appeler « droit » les règles juridiques s'est si bien implanté, n'est-ce pas surtout parce qu'on ne sait pas trop au fond ce que sont exactement les règles éthiques ni quel est précisément leur mode de fonctionnement ? N'est-ce pas parce qu'aujourd'hui encore on n'en a toujours pas une idée très claire à l'esprit ? La métonymie ne cache-t-elle pas finalement, au moins en partie, des flottements conceptuels ? Il est vrai, encore une fois, que les règles de conduite sont des réalités particulièrement ardues à élucider, en raison tant de leur nature d'entités du monde opaque de l'esprit que de la complexité déroutante des données de leur ontologie, à la fois choses et non pur logos, outils dont la vocation utilitaire est seulement sous-jacente et transcendante à leur substance, instruments enfin d'un subtil double étalonnage.

2/ L'idée de droit ne se confond pas avec l'idée de règle : cela ne veut pas dire qu'elle est sans lien avec elle, comme il a pu être soutenu par certains courants de pensée. Le droit est, en effet, inséparable de l'expérience historique sociopolitique des hommes, de leur vie en peuples ou sociétés politiques ayant à leur tête des gouvernants pour diriger leurs membres, pour encadrer leur gouverne. Le droit, c'est ce à quoi ont droit les citoyens, les membres de la Cité,

les marges de manœuvre qui leur reviennent dans leurs relations entre eux. Mais il s'agit, plus précisément, de marges conçues comme étalonnées, homologuées, dont chacun est admis à se prévaloir vis-à-vis des autres, et non de marges que chacun aurait le pouvoir de définir lui-même et de revendiquer discrétionnairement : résonne, on l'a vu, dans le *jus* originaire l'idée de légitimité, de pureté résultant d'une procédure officielle. Le concept de droit s'est dégagé, non pas d'une manière purement abstraite, éthérée, mais à partir des institutions sociopolitiques vécues, spontanément expérimentées ; il connote l'idée d'une direction d'ensemble des conduites, d'une répartition des droits de chacun, par des dirigeants publics ayant pour fonction d'établir des règles homologuant officiellement ces droits respectifs de chacun et de les mettre en vigueur, de les rendre autoritairement applicables à l'égard de tous. Le droit est inséparable de cette idée de pouvoir public, de direction publique des conduites.

Dans le monde physique, les lignes droites sont des objets géométriques indépendants des règles utilisées pour les étalonner ; elles n'en nécessitent pas moins, en pratique, ces outils pour guider leur tracé et lui donner aux yeux de tous une valeur indiscutable de droiture. Il en va pareillement, dans l'expérience juridique, pour la « droiture citoyenne ». C'est une droiture qu'il convient de penser comme dotée de légitimité dans le contexte social et donc inséparable pratiquement d'outils lui conférant cette légitimité, c'est-à-dire des étalons que fixent précisément les règles de conduite -les règles de droit- en vigueur dans la Cité : *jus est quod jussum est...*

C'est un leurre de croire qu'on peut se passer des règles pour rendre compte du droit et de l'expérience juridique. On le voit, par exemple, à propos des professions de foi du « réalisme juridique » américain ou scandinave. Ces écoles ont prétendu n'accorder aucune importance aux règles édictées par le législateur, les tenir pour quantités négligeables : le droit serait uniquement ce que décident les tribunaux, leurs décisions potentielles dans les différents cas dont ils sont susceptibles d'être saisis ; et le travail des juristes serait seulement de l'explicitier en prédisant ces décisions potentielles. Selon la célèbre formule d'Oliver Wendell Holmes, « les prophéties sur ce que les tribunaux feront en réalité, et rien de plus prétentieux, voilà ce que j'entends par *droit* »¹⁷. Tout au plus, d'après une autre formule connue de Karl Llewellyn, « les règles sont importantes dans la mesure où elles vous aident à prédire ce que les juges vont faire. C'est en cela que réside toute leur importance, mis à part le fait qu'elles constituent de beaux jouets »¹⁸. Ces « réalistes » ne se sont pas rendu compte

17 « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, vol.10, p.466.

18 *The Bramble Bush. On our Law and its Study*, Oceana Publications, New-York, 2^e éd. , 1951, p.14.

qu'à supposer que les juges -notamment les juges de Cour Suprême, très représentés parmi les réalistes américains- puissent effectivement ne tenir aucun compte des règles édictées par le législateur ordinaire ou constituant, leur propre rôle est de « régler » les conflits portés devant eux, c'est-à-dire d'édicter un règlement, des règles, fixant aux parties ce qu'elles pourront ou devront faire ou ne pas faire ; tel est l'objet du « dispositif » du jugement. En formulant sa sentence, le juge n'éprouve nullement le sentiment de donner des vues personnelles sur les marges de manœuvre des parties, mais bien d'en fixer autoritairement l'étalon, le calibre officiel. S'il est exact de qualifier de droit ces marges prescrites par le juge, on ne peut dire qu'elles n'ont pas de lien avec des règles ; chez les réalistes, le législateur n'est pas absent, il est seulement évincé et suppléé par le juge.

C'est uniquement dans l'univers métaphysique des jusnaturalistes qu'on peut envisager du droit se passant de règles. Il me paraît, à cet égard, particulièrement intéressant de rappeler, au moins succinctement, les idées de celui qui a été la figure de proue de la pensée contemporaine du droit naturel en France, - je veux parler de Michel Villey. En romaniste éclairé, Villey a parfaitement mis en lumière que le *jus* romain désignait ce qui revient à chacun, sa juste part. Il n'a guère approfondi, il est vrai, cet élément central de la pensée juridique romaine, confondant la répartition du possible agir de chacun avec un partage de choses : pour lui, « le droit vise au partage des biens », plus précisément « des biens extérieurs », qu'il s'agisse de biens corporels et d'avantages matériels, ou de choses ou valeurs « négatives » telles que des dettes, des désagréments ou désavantages ; ainsi, par exemple, les dispositions du code pénal ne correspondraient pas à une variété de règles de conduite, mais à une simple répartition des peines (« à chacun la peine qui lui revient »)¹⁹. En tout cas, et c'est ce que je veux souligner, il n'y aurait nul besoin, à ses yeux, de règles pour fixer les parts de chacun. Les prétendues règles de droit édictées en pratique par de prétendus législateurs ne seraient que des trompe-l'œil inspirés par une confusion des genres, une regrettable confusion du droit avec la morale qui remonterait à la pensée biblique : « notre actuelle idée du droit est l'héritage de la pensée judéo-chrétienne plus que du droit romain ».²⁰ C'est, en effet, la morale qui, s'attachant à la vertu et à la responsabilité subjectives de l'individu, lui prescrit des règles de conduite. Le droit, lui, opère sur un tout autre plan, sur un plan social, dans la perspective d'une répartition d'ensemble harmonieuse entre tous les membres de la Cité de ce qui revient respectivement à chacun ; on

19 Michel Villey, *Philosophie du droit*, tome 1 « Définitions et fins du droit », Dalloz, 1975, § 33s. et 40.

20 *Ibid.*, § 54.

n'est plus ici au niveau de l'individu, mais au niveau d'une « ingénierie sociale » pour reprendre l'heureuse formule de Roscoe Pound. Et surtout, dans cette expérience juridique, il n'intervient pas de règles de conduite ; « le droit n'est pas un *ensemble de règles* », claironne Villey²¹. C'est que la répartition des droits de chacun se trouverait déjà inscrite dans la nature des choses ; il n'y aurait pas lieu de la prescrire, mais de la découvrir par l'observation aidée de la raison et de la consigner dans des propositions indicatives dépourvues de toute dimension normative. Ceux qui se prétendent des législateurs ne sont, en réalité, que des observateurs qui s'ignorent, de piètres observateurs officiant en mauvaise connaissance de cause. Villey a cru pouvoir tirer notamment argument en ce sens de l'emploi fréquent de l'indicatif tant dans la *lex* romaine que dans la législation moderne (en particulier, le code civil français)²², occultant qu'un autre distingué romaniste aurait pu lui rappeler sur ce point qu'originellement, à l'instar des rituels religieux et des versets sacerdotaux, « l'impératif est la langue du *jus* »²³.

Par-delà toutes les observations critiques qu'on pourrait lui adresser, la théorie exposée par Michel Villey présente, dans son principe, une incontestable cohérence : le droit conçu comme ce à quoi chacun a droit dans la Cité n'a effectivement nul besoin, pour se prémunir du danger de babélisation, d'une homologation officielle au moyen de règles édictées par les dirigeants de la Cité ; il se trouve déjà calibré par la Nature et ce calibrage naturel, objectivement donné, possède une autorité indiscutable vis-à-vis de tous. Encore faut-il, toutefois, accepter le lourd tribut intellectuel de ce saut dans la métaphysique, à savoir l'admission, au rebours du sens commun, de cette extravagante inscription de marges de possibilité de l'agir humain dans le monde observable. Depuis Aristote, on sait que la possibilité n'a pas de référent extérieur, elle ne fait pas partie du « mobilier du monde » ; il s'agit d'une notion forgée et utilisée par notre esprit et qu'il surimpose de l'intérieur sur le monde dans le cadre et pour les besoins propres de ses opérations et constructions mentales. Lui reconnaître une réalité au-dehors de nous revient à se laisser berner par les mirages de l'hypostase. L'aphorisme d'Ulpien *suum cuique tribuere* invoqué par Villey ne fait pas référence à un partage de biens ; il ne fait pas non plus référence à l'exercice d'une fonction de connaissance, mais d'une fonction d'autorité.

²¹ *Ibid.*, § 52.

²² « De l'indicatif dans le droit », *Archives de Philosophie du Droit*, 1974-19, p.33s.

²³ André Magdelain, *La loi à Rome* précité, p.86.

Paul AMSELEK

Professeur Emérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)