

## Si le droit m'était conté

« *Nous ne voyons jamais qu'un seul côté des choses* »

(Victor Hugo, *Les contemplations*, livre IV)

La publication des actes du colloque de Toulon consacré au droit dans les œuvres de fiction m'est apparue comme une occasion rêvée d'exposer, en prologue et en contrepoint de ce thème général, une thèse qui me tient particulièrement à cœur. Je me propose, en effet, dans les brefs développements qui suivent, de défendre une idée hérétique, heurtant de plein fouet les topiques les plus profondément enracinés dans l'esprit des théoriciens du droit (et plus largement, d'ailleurs, des théoriciens de l'éthique) : il n'y a pas de hiatus, de différence et de séparation radicales entre les textes juridiques du législateur et les textes de fiction des romanciers ; ils se situent, au contraire, d'une certaine façon, dans une ligne de continuité. Sans doute le législateur fait-il autre chose que le romancier ; mais ce faisant, dans cette démarche même, il fait aussi ce que fait le romancier : c'est ce que je vais tâcher ici de démontrer, ou plus exactement de faire entrevoir.

De longue date, la tendance dominante dans la pensée juridique est à opposer catégoriquement droit et littérature. Les textes juridiques (plus généralement, les textes éthiques énonçant des règles de conduite) et les

textes littéraires relèveraient de deux registres logiques différents et inconciliables : les premiers se déclinent - depuis Hume et Kant, puis Kelsen, c'est devenu un truisme - sur le mode du « devoir être » (*ought* ou *sollen*), tandis que les seconds passent par la matrice de l'« être » (*is* ou *sein*). Ou, pour le dire autrement, les textes de droit sont de la texture directive ou prescriptive, articulant des règles ou commandements à suivre, des impératifs à respecter ; les textes littéraires, eux, sont narratifs ou descriptifs et se placent sous le signe de l'indicatif.

Ce n'est que depuis le « tournant interprétatif », amorcé par la théorie juridique dans le dernier tiers du siècle dernier qu'on a été amené à faire des rapprochements, notamment aux Etats-Unis sous l'impulsion du mouvement étiqueté précisément « Droit et Littérature ». Ces rapprochements ont été opérés essentiellement sous l'angle de l'interprétation, mais aussi sous celui du mode de production, comme il ressort des idées-phares exposées par Ronald Dworkin et qui ont occupé pendant un certain temps le devant de la scène juridique. Le droit serait comparable à un roman écrit à la chaîne, dont ses différents auteurs se trouveraient de plus en plus contraints par la double nécessité de respecter la cohérence préfigurée par ce qui a été écrit avant eux et de présenter l'ensemble du roman sous son meilleur jour. La même contrainte pèserait au niveau de l'interprétation et aboutirait à priver l'interprète des textes juridiques aussi bien que littéraires de toute marge de manœuvre : il n'y aurait qu'une seule « bonne réponse », une réponse « juste », « exacte » (*right answer*), à toutes les questions susceptibles de se poser à lui dans sa démarche herméneutique, sauf à interpréter de travers, à tort.

A la vérité, ces rapprochements sont restés très superficiels et finalement fort décevants. L'image d'un roman écrit par une lignée d'auteurs successifs, qui semble de prime abord séduisante, ne résiste guère à un examen plus approfondi : elle rend bien mal compte du droit, qui est produit en principe indéfiniment, sans perspective de clôture, par

de multiples autorités dans l'espace et dans le temps, capables à tout moment de revenir sur le droit antérieurement édicté par elles, - des autorités au demeurant non interchangeables mais hiérarchisées, les autorités supérieures ayant le pouvoir d'effacer ou de modifier les édictions des autorités inférieures. Il s'en faut, par ailleurs, que toutes ces autorités forment un attelage homogène, allant toujours dans les mêmes directions, vers les mêmes objectifs ; ce sont d'abord des considérations pratiques concrètes qui les guident, davantage que de pures visées éthérées d'ordre esthétique aux fins de créer de belles et harmonieuses constructions. Et des observations analogues peuvent être faites à propos de l'interprétation des textes juridiques. Dworkin prétend que l'on pourrait répondre de façon parfaitement objective à la question de savoir si, dans l'œuvre de Dickens, David Copperfield était ou non homosexuel, entretenant des relations avec un autre personnage du roman, et ce bien que ce point ne fasse l'objet d'aucune mention de la part de l'auteur. A supposer que l'on partage cette opinion outrancièrement optimiste, on ne saurait de toutes façons en tirer de conclusions relatives aux textes juridiques : les interprètes de ces textes ne sont pas du tout dans la même situation que celle de cercles ou de critiques littéraires se livrant à des réflexions et commentaires de caractère théorique, à des exercices de salon. J'ai proposé, à cet égard, de distinguer une « herméneutique pratique de l'action », dont participe l'interprétation des textes juridiques et plus généralement normatifs, et une « herméneutique théorique de l'écoute », qui fonctionne dans nos échanges informatifs courants et dans nos contacts avec les œuvres littéraires ou savantes<sup>1</sup>. L'herméneutique pratique a pour objectif d'éclairer et d'approfondir l'application de règles de conduite par ceux pour qui elles ont été édictées et qui ont à les observer dans leurs comportements : en l'occurrence, l'interprétation se trouve en prise directe avec l'action des intéressés, elle revient à moduler

---

<sup>1</sup> Voir mon ouvrage *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, p.491s.

le champ du possible imparti à leurs agissements ; l'interprète a partie liée avec ces conséquences pratiques que ses interprétations auront, non pas dans un monde abstrait de fiction, mais dans son propre monde, il ne peut se désintéresser du contexte social environnant dans lequel elles sont appelées à s'insérer et à produire effet.

L'herméneutique théorique de l'écoute, elle, a pour objectif la compréhension de paroles qui s'adressent uniquement à l'entendement de leurs destinataires, qui visent à leur communiquer à différentes fins des informations, à nourrir leur esprit de données ou représentations intellectuelles, mais non à hypothéquer leur volonté dans les actes qu'elle initie : l'interprète ici est tout entier occupé à entendre ce que le texte veut dire, à explorer les implications d'arrière-plan des vues qu'il véhicule, uniquement dans le but d'éclairer le plus possible l'intelligence de ce texte, d'en tirer le plus d'informations possible.

Et cependant, malgré toutes ces différences que je viens de rappeler, je suis convaincu - et je veux faire partager cette conviction- que les textes juridiques se situent d'une certaine manière, si je puis ainsi m'exprimer, sur la même longueur d'onde que les textes littéraires de fiction ; ou, si l'on préfère, il y a entre eux un « air de famille » en dépit de tout ce qui les sépare et qu'on ne saurait assurément occulter : ainsi que Shakespeare le fait dire à Jules César, « tout ce qui se ressemble n'est pas identique ». Il existe essentiellement, à mes yeux, deux points de rencontre ou jonction du droit et de la littérature de fiction, que je me propose d'évoquer sommairement : d'une part, la teneur même des dispositifs juridiques, et plus généralement normatifs, prise en tant que telle, est d'essence narrative ; d'autre part, à l'instar des œuvres littéraires de fiction, le droit est un produit de l'imagination.

## I

### **La teneur des textes juridiques, en tant que telle, est d'essence narrative**

1 / Il y a du narratif dans les textes de droit. Avant de développer davantage ma thèse, et pour éviter toute confusion, il importe de formuler quelques mises au point liminaires, au sens où l'on parle de mises au point ou réglages de l'objectif d'un appareil de photo en vue de se focaliser exactement sur le motif recherché.

- Je ne veux pas parler, tout d'abord, du narratif qui s'exprime dans les actes d'édiction des règles juridiques : il ne faut pas confondre, comme on le fait trop souvent, ces actes, qui sont des actes humains historiques accomplis dans l'espace et dans le temps, et les textes de droit eux-mêmes, qui expriment la teneur de règles juridiques que ces actes véhiculent. Les actes d'édiction de droit ont la nature d'actes d'autorité consistant, plus précisément, à mettre en vigueur des règles dans un certain espace social, intersubjectif, à les rendre d'office obligatoirement applicables à l'intérieur de cet espace par les personnes concernées. Ils constituent le plus généralement aujourd'hui ce que, dans la théorie contemporaine du langage et depuis Austin et Searle, on appelle des « performatifs explicites », c'est-à-dire des actes de langage ou de parole (*speech acts*) - des actes sociaux effectués en parlant, avec des paroles - que le locuteur commence par étiqueter expressément, sur le modèle de l'en-tête des actes testamentaires : « Ceci est mon testament » ou tout simplement « Testament » (pour les actes purement oraux, on retrouve l'équivalent avec des formules d'en-tête du type : « j'ordonne que », « je

te commande de »). Mais en l'occurrence, les actes d'édiction de droit ne se bornent pas à indiquer simplement ce que l'autorité juridique est en train de faire, la nature de son acte de parole ; ils donnent, de surcroît, toute une série, plus ou moins détaillée selon les cas, d'autres informations dont on peut prendre connaissance en pratique dans les recueils qui en assurent la publication intégrale, tels que le Journal Officiel ou les Bulletins Officiels des ministères (recueils qu'il ne faut pas confondre, eux non plus, avec les Codes juridiques, qui sont des recueils méthodiques des règles de droit en vigueur).

En effet, après l'en-tête renseignant sur le type, la date et l'objet général de l'acte (par exemple : *Décret du... relatif à...*), suit un préambule indiquant les qualités de l'auteur de l'acte, éventuellement les références des dispositions juridiques en vertu desquelles il agit et qui fondent sa compétence pour agir (les *visa*), éventuellement aussi les raisons qui le déterminent à agir (les *motifs*), éventuellement encore les avis qu'il a préalablement recueillis, ainsi que la nature de son acte : *Le Premier Ministre, Vu l'article...de la loi du.., Considérant que..., Sur le rapport de tel Ministre, Le Conseil d'Etat entendu, Décrète : « ... »*. Suit le *dispositif* formulant la teneur des règles de droit que l'autorité met en vigueur. Il est bien évident que toutes les indications qui précèdent le dispositif n'ont pas un caractère prescriptif, un caractère de choses prescrites, de règles données à observer ; elles relèvent d'un registre narratif, informatif, descriptif : l'autorité relate les conditions dans lesquelles son acte est accompli, elle fait en quelque sorte des confidences. Ce n'est pas, toutefois, sur cette donnée, ne présentant aucun intérêt théorique original, que j'entends ici appeler l'attention.

- Je n'entends pas davantage évoquer les dévoiements à l'intérieur même du dispositif des actes d'édiction de droit, tels qu'ils se sont à maintes reprises illustrés dans la législation française au cours des dernières décennies et qui ont été abondamment dénoncés. Ces

dévoiements consistent, de la part du législateur, à s'égarer en quelque sorte, à dérapier dans l'exercice de sa fonction d'autorité et, sous couvert d'énoncer la teneur de règles de conduite qu'il met en vigueur, à faire au moins en partie autre chose, - essentiellement à justifier sa politique législative, décrire la philosophie générale qui l'inspire, exposer les objectifs qu'il poursuit, en bref à donner des indications qui devraient avoir leur place dans un exposé des motifs comme celui qui accompagne les projets ou propositions de loi soumis au Parlement, mais non dans le dispositif même de la loi. On peut citer, à titre d'exemples, les formules qui figurent sous l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne<sup>2</sup> ou encore sous l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 5 janvier 1988 relative au patrimoine monumental<sup>3</sup>. Ces énonciations incongrûment introduites dans le dispositif des actes législatifs sont couramment qualifiées de « dispositions non normatives » ou encore de « dispositions sans contenu normatif » ; il s'agit, plus exactement, pour employer la terminologie de la théorie des actes de langage, de paroles sans valeur « illocutoire » directive : le législateur en les prononçant n'a pas vraiment eu l'intention -malgré l'affichage officiel de sa démarche- de diriger des conduites, mais uniquement de communiquer certaines informations, de raconter certaines choses, de faire des commentaires. Elles relèvent bien, en d'autres termes, d'un registre narratif, et non normatif. Mais ce ne sont pas ces anomalies marginales, ces dysfonctionnements anecdotiques dans l'exercice du

---

<sup>2</sup> « La montagne constitue une entité géographique, économique et sociale dont le relief, le climat, le patrimoine naturel et culturel nécessitent la définition et la mise en œuvre d'une politique spécifique de développement, d'aménagement et de protection ».

<sup>3</sup> « La présente loi a pour objet de permettre : 1/ la restauration et la mise en valeur des monuments classés ou inscrits sur l'inventaire supplémentaire des monuments historiques, ainsi que des objets mobiliers qu'ils contiennent, dont l'état nécessite des travaux importants : édifices civils, militaires et religieux, en particulier les cathédrales, parcs et jardins historiques ; 2/ la mise en valeur de grands sites archéologiques classés ou inscrits. Elle doit également permettre d'engager et de poursuivre les programmes généraux de travaux sur les monuments classés ou inscrits et sur le patrimoine rural non protégé ».

pouvoir de commandement que j'ai en vue : je veux démontrer que les dispositions proprement « normatives », à authentique valeur illocutoire directive, présentent en tant que telles, envisagées en elles-mêmes et pour elles-mêmes, une analogie profonde avec les textes littéraires de fiction.

**2** / Pour bien faire comprendre ma thèse, je la développerai schématiquement en trois étapes, au travers de trois arguments successifs et progressifs.

- *Premier argument : contrairement à une opinion très généralement répandue, ce n'est pas par leur teneur même que des dispositions se donnent à nous comme des règles ou normes de conduite, revêtent dans notre conscience une nature directive ou normative, mais par la finalité instrumentale sous-jacente qui leur a été assignée du dehors et que nous décelons derrière elles.* Les règles éthiques, en effet, ne sont rien d'autre que des outils mentaux, confectionnés avec du matériau intelligible, idéal, avec de la pensée qu'exprime leur énoncé, avec du sens ; il s'agit de contenus de pensée finalisés, instrumentalisés, qu'on a voués à « servir à », à rendre certains services spécifiques. Plus précisément, ils ont pour fonction d'encadrer la volonté de ceux à qui ils sont adressés et qui sont appelés à les utiliser, en leur donnant la mesure de ce qu'ils peuvent faire, en leur servant d'indicateurs de leurs marges de manœuvre, d'indicateurs du possible de leur agir<sup>4</sup>.

Emettre des règles de conduite, c'est énoncer des contenus de pensée que l'on prédestine à cette utilisation par les adressataires. Et corrélativement, identifier des contenus de pensée comme des règles, c'est reconnaître - reconstituer dans notre esprit sur la base d'indices ou de présomptions - la fonction directive dont ils sont porteurs et que leur a

---

<sup>4</sup> Pour des développements plus approfondis, voir mon ouvrage précité, p.53s. et 85s.

impartie une intention humaine transcendante sous-jacente ; c'est, en quelque sorte, regarder ces contenus de pensée non pas en eux-mêmes, mais en plaquant par-dessus leur finalité instrumentale, les considérer au travers de cette lorgnette. Laquelle nous oriente automatiquement vers un mode d'interprétation, d'analyse et d'approfondissement, très particulier : elle nous porte tout naturellement à voir dans le contenu de pensée en cause un gisement potentiel de permissions, d'obligations ou d'interdictions, et à rechercher toutes les marges de possibilité d'action que ce contenu de pensée est susceptible de renfermer et que l'on peut en extraire.

Ainsi, et à l'instar des autres catégories d'outils, ce par quoi une règle apparaît comme telle à notre conscience ne se trouve pas dans le matériau ou corpus même dont elle est faite, dans le segment de pensée énoncé qui constitue sa teneur, mais dans une donnée extérieure qui le transcende : la fonction que l'on a affectée à ce segment de logos, - son « être pour » comme disait Heidegger. C'est ce qui explique que les modes de formulation du droit importent peu et que le législateur puisse s'exprimer aussi bien en prose qu'en vers, ou encore que les dispositions juridiques édictées par lui puissent être transposées en stances, comme fit du Code Napoléon en 1811 un juriste et homme politique dénommé Benoît-Michel Decambrouse<sup>5</sup>. Et c'est ce qui explique aussi qu'on puisse être amené à constituer en règle un contenu de pensée inapte en pratique à rendre les services correspondants, c'est-à-dire à diriger la conduite. On en a vu précédemment un exemple avec les énonciations, insérées dans le dispositif de lois, que l'on appelle « dispositions non-normatives ». Il s'agit bien, en réalité, de dispositions normatives, officiellement constituées en règles par le législateur ; simplement, elles ne sont guère aptes à rendre les services attendus de règles de conduite, elles ne se prêtent pas à jouer ce rôle, comme dans le cas d'un créateur de meubles

---

<sup>5</sup> Cf. André Laingui, « La poésie dans le droit », *Archives de philosophie du droit*, 1995-40, p.135s.

qui proposerait au public des chaises molles insusceptibles de porter le poids d'un corps humain ou bien comportant un siège d'à peine quelques millimètres de profondeur. On pourrait évoquer, d'ailleurs, dans un sens analogue, bien d'autres hypothèses d'édications de normes juridiques impraticables, « ratées », dépourvues de valeur pragmatique, ne permettant pas aux intéressés de se régler sur elles, en raison du caractère obscur, incohérent, antinomique de leur teneur, voire de son caractère complètement farfelu (cas d'un législateur qui prétendrait, par exemple, imposer des obligations extravagantes, humainement impossibles à remplir).

On retiendra, en tout cas, que c'est leur fonction qui donne aux contenus de pensée énoncés par le législateur un relief directif, qui leur imprime dans notre esprit leur dimension « normative » avec tout ce qu'elle implique ; c'est par elle qu'ils revêtent à nos yeux l'allure caractéristique d'un tissu de « droits » et « obligations » auxquels les adressataires ont à conformer leur conduite, - ce que l'on vise à traduire par l'idée emblématique de *sollen* ou *devoir être* qu'on leur accole classiquement.

- *Deuxième argument : si nous fermons les yeux sur la fonction assignée aux contenus de pensée énoncés par le législateur, si nous mettons cette fonction en veilleuse dans l'attention que nous leur portons, ces segments de logos ne nous apparaissent plus comme « normatifs » mais bien comme narratifs, au même titre que la littérature de fiction.* Pour parvenir à retrouver dans toute sa pureté l'*eidos* ou structure typique des choses à notre conscience, la phénoménologie husserlienne nous invite à pratiquer l'*epochè*, c'est-à-dire la mise entre parenthèses des données touchant à leur existence, à leur historicité, de façon à ne se concentrer que sur leur essence, sur les données intemporelles de leur pur mode d'être. C'est à une expérience analogue que je pense ici, une expérience consistant à considérer en elles-mêmes et pour elles-mêmes les

séquences de pensée dont sont faites les règles juridiques, en mettant entre parenthèses dans notre esprit l'utilisation à laquelle ces séquences sont préaffectées, en faisant abstraction de leur nature utilitaire, de leur nature d'outils servant à diriger la conduite de ceux auxquels s'adresse le législateur. En procédant à une lecture de ce type, les dispositions juridiques revêtent un tout autre relief et arborent l'apparence d'une narration : le droit devient soudain, comme par enchantement, une histoire racontée par le législateur ; « dire le droit » prend le sens, non plus d'« édicter », mais de « conter le droit », conter une histoire se déroulant dans une sorte de monde parallèle de fiction, un monde imaginaire qu'on peut appeler -on le fait, du reste, couramment- « le monde juridique ». Voici, à titre d'exemples, deux séries de dispositions respectivement extraites de la Constitution du 4 octobre 1958 et d'un décret du 13 septembre 1989 relatif aux cérémonies publiques, préséances, honneurs civils et militaires (j'ai supprimé à dessein leur fractionnement formel en articles, marquage des discours prescriptifs rendant plus malaisée la lecture que je propose) :

« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée...La langue de la République est le français. L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge. L'hymne national est '*La Marseillaise*'. La devise de la République est 'Liberté, Egalité, Fraternité'. Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple...Le président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat... ».

« A l'occasion de leurs voyages, le président de la République et les membres du Gouvernement sont reçus au lieu de leur arrivée dans les communes où ils s'arrêtent ou séjournent par le préfet ou par le représentant de l'Etat dans la collectivité territoriale ou le territoire, le sous-préfet, le maire et ses adjoints. Les corps et autorités reçus par le président de la République ou un membre du Gouvernement à l'occasion de son séjour dans un département, dans une collectivité territoriale ou un territoire d'outre-mer sont admis dans l'ordre des préséances...Lorsque le président de la République ou un membre du Gouvernement a séjourné dans une commune, les autorités qui l'ont reçu à son arrivée se trouvent à son départ pour le saluer... ».

Si l'on s'en tient uniquement à la teneur de ces diverses dispositions, amputée de la finalité instrumentale qui lui a été historiquement assignée et de tout le contexte sociopolitique dans lequel ces dispositions ont été énoncées, on a bien l'impression de se trouver en face d'un discours descriptif, d'un récit comparable à ceux que l'on trouve dans les romans, en dépit de son caractère plus fragmenté. Cette proximité du droit et des œuvres littéraires de fiction ne tient-elle pas tout simplement au fait qu'en édictant des règles sur lesquelles les adressataires auront à ajuster leurs comportements, leurs faits et gestes, le législateur, d'une certaine manière, préfigure les péripéties de leur histoire ? Il écrit et décrit, non pas bien sûr leur histoire réelle (qu'elle se déroule dans la réalité véritable ou dans une réalité de fiction), mais une histoire *à réaliser*, plus exactement des séquences d'histoire à réaliser. De sorte que, si l'on occulte la dimension directive du discours du législateur, il ne reste que de l'histoire racontée. N'est-ce pas, du reste, une expérience similaire que nous faisons lorsque nous lisons une pièce de théâtre comme s'il s'agissait d'un roman, du simple récit un peu particulier d'une histoire, sans nous attacher à la nature directive du texte que retiennent, au contraire, les metteurs en scène et les acteurs ?<sup>6</sup>

Qu'il y ait ainsi deux lectures possibles des dispositions juridiques, une lecture authentique, « normative », utilitaire ou pratique, et une lecture tronquée, purement narrative, abstraite, théorique, voilà qui explique sans doute une confusion souvent commise : bien des auteurs, en

---

<sup>6</sup> Dans son ouvrage intitulé précisément *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique* (Odile Jacob, 2004), François Ost est l'un des rares auteurs à avoir perçu avec autant de force la dimension narrative des textes juridiques. Mais il n'en a guère fait une analyse approfondie, reconnaissant d'ailleurs expressément que l'objet de son livre n'était pas « de proposer une théorie du droit raconté » (p.34). Il s'est contenté d'opposer le « droit raconté » au « droit analysé » auquel s'adonne la dogmatique juridique dans les Facultés de droit et qui serait « d'inspiration étato-légaliste et de méthode positiviste » (*ibid.*) : il est plus exact de distinguer la nature narrative des textes juridiques et l'utilisation normative à laquelle ils sont destinés, l'usage qu'on en fait comme règles, pour le réglage des conduites.

effet, venus d'horizons les plus divers, ont été amenés à se concentrer exclusivement sur la seconde lecture au détriment de la première et à prétendre ainsi que les dispositions édictées par le législateur ne seraient pas vraiment des règles, mais seulement des descriptions, du tissu narratif. Typique à cet égard est la position défendue au début du siècle dernier par le sociologue Jean Ray dans sa thèse de Lettres *Essai sur la structure logique du Code civil français* (Alcan, 1926) : prenant appui notamment sur la rédaction à l'indicatif de ce Code, il avait expliqué que ses articles n'énonçaient pas les normes elles-mêmes du droit civil, mais plutôt « la description d'un ordre idéal », qu'ils racontaient des institutions ou usages sociaux comme font les explorateurs de mondes humains archaïques. On retrouve le même travers dans les différentes écoles de pensée qui présentent les dispositions juridiques comme la description d'états de choses existants (voir en particulier la conception développée par Michel Villey, « De l'indicatif dans le droit », *Archives de philosophie du droit*, 1974-19, p.33s.) ou bien comme des pré-visions, des vues anticipées, ainsi que le soutient le réalisme juridique américain ou scandinave. C'est aussi, pour prendre un autre exemple, la même lecture tronquée des dispositions juridiques qui inspire à Jean-Louis Gardies l'idée qu'elles formeraient un ensemble hétéroclite, relevant tantôt du registre normatif, tantôt du registre descriptif (« Système normatif et système de normes », *Archives de philosophie du droit*, 1974-19, p.83s.).

Mais il me paraît nécessaire d'aller encore plus loin dans l'analyse.

- *Troisième argument : le caractère narratif que présentent en tant que tels, à notre conscience, les segments de logos dont sont faites les règles juridiques, se rattache à l'ontologie même de la pensée. Comme les phénoménologues l'ont mis en lumière à la suite de Franz Brentano, la pensée, dans son essence, est « intentionnelle », « tournée vers », « ouverture sur », à la manière des images ou des clichés photographiques à la différence près qu'il s'agit d'images purement intelligibles, ne se*

donnant pas à notre regard, même intérieur, mais à notre entendement. Tout contenu de pensée a ainsi la nature d'une vue, ce qu'exprime originairement dans la langue grecque l'« idée » ou *eidos*, de *idein*, voir : un contenu de pensée est une vue de l'esprit, une exposition ou représentation intelligible, un « tableau » (*Bild*) comme disait Wittgenstein, un « tableau logique » (*Tractatus logico-philosophicus*, trad. fr. P. Klossowski, Gallimard, 1961, §2.1 et suiv.) ; « ce que le tableau représente, précisait-il (§2.221), constitue son sens ». La pensée discursive a, en quelque sorte, une nature iconographique.

Il s'ensuit que les contenus de pensée en tant que tels, en tant que purs segments de logos, revêtent un caractère que l'on peut qualifier de fondamentalement narratif : dans leur principe même, ils montrent, exposent, relatent, font voir des choses, - ils « disent », ils sont « indicatifs ». Penser, c'est se raconter intérieurement des choses et lorsque sa pensée est exprimée par la parole à autrui, c'est les lui raconter. Et donc, quand elles sont abstraitement réduites à leur seule teneur, coupée de la fonction normative dont on l'a chargée et qui la transforme en outil spécifique, les dispositions juridiques ne peuvent pas ne pas laisser briller cette essence narrative qui est en elles. C'est, du reste, parce qu'elles participent de cette ontologie de la pensée, parce qu'elles sont des « tableaux » ouvrant, à l'instar des fenêtres ou des clichés photographiques, sur des champs de perspective, que l'on peut se livrer sur elles à des explorations exégétiques des arrière-plans plus ou moins éloignés ou cachés qui se profilent derrière ce qui est exposé au premier plan. En ce sens, les séquences d'histoire racontées par le législateur sont virtuellement extensibles, susceptibles de se prêter à des extensions plus ou moins libres, à une sorte d'« interactivité » -comme on dit aujourd'hui- avec les autres acteurs de l'expérience juridique.

En définitive, toutes les paroles que prononce le législateur lorsqu'il édicte du droit apparaissent relever du registre narratif. On peut étendre

cette observation à l'ensemble des actes d'autorité que nous accomplissons. Celui qui dit « je t'ordonne de ... » (comme, d'ailleurs, celui qui dit « je te préviens que... » ou « je te conseille de ... ») raconte ce qu'il est en train de faire (un acte de commandement, de donation d'une réglementation à observer, ou bien un acte d'avertissement ou encore de conseil) et il expose ensuite la teneur de ce commandement, de cet avertissement ou de ce conseil, les « vues » dont elle est faite : tout ce qu'il dit est de l'ordre du narratif, de l'indicatif. Parler c'est toujours raconter, quelles que soient les données de contexte sous-jacentes auxquelles ces paroles renvoient, quels que soient les processus mentaux qui accompagnent et prolongent ce dire chez les interlocuteurs en présence. A cet égard, la distinction que font couramment les positivistes à la suite de Kelsen entre les dispositions juridiques édictées par le législateur (*Rechtsnormen*) et leur exposition par les juristes (*Rechtssätze*) n'a pas du tout la portée radicale qu'ils prétendent lui prêter (et qu'ils éprouvent, d'ailleurs, bien du mal à faire admettre) : sans doute le juriste n'est-il pas une autorité juridique, il ne met pas des normes en vigueur ; mais lorsque le législateur dit la teneur des règles qu'il prescrit d'appliquer, il se trouve bien sur le même registre indicatif que le juriste reprenant et exposant cette teneur.

J'irai même plus loin à rebours des idées reçues : les commandements formulés à l'impératif se placent eux aussi, d'une certaine manière, sous le signe de l'indicatif ; par l'emploi de ce mode verbal, je donne une indication, j'indique -à l'instar de « l'indicatif » sonore d'une émission radiophonique- que je suis en train d'accomplir un acte de commandement (l'impératif, en l'occurrence, est un succédané d'en-tête, un marquage équivalent à « je t'ordonne de ») et j'indique dans le même temps la teneur des règles à observer.

## II

### **Comme les œuvres de fiction, le droit est un produit de l'imagination**

Le discours juridique envisagé en tant que tel, indépendamment de sa vocation utilitaire, comme du simple tissu de logos, apparaît d'autant plus s'apparenter à la littérature de fiction qu'il correspond comme elle, sur le fond, à une création de l'esprit humain et plus précisément, et par excellence, à une œuvre d'imagination. On connaît la formule flamboyante de Jean Giraudoux dans *La guerre de Troie n'aura pas lieu* : « Nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité ». Il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'une simple formule de style, mais d'une observation tout à fait pertinente, à prendre au premier degré. Le législateur ressemble à l'auteur d'un roman de fiction créant un monde dans lequel il introduit son lecteur : c'est bien, en effet, à la création d'un monde que procède le législateur au travers de ses découpages de concepts et de leur étiquetage. Et ce monde juridique sorti de son imagination, il a même le pouvoir de lui imprimer une dimension de merveilleux ou fabuleux au moyen des présomptions, métaphores et autres fictions qu'il lui est loisible de faire jouer.

1 / Le peintre Wassily Kandinsky, le père de l'expressionnisme abstrait, disait que « créer une œuvre, c'est créer un monde ». Cet éclairant aphorisme ne me paraît pas valoir uniquement pour les œuvres de peinture, mais pour toutes les œuvres de l'esprit, au premier plan pour ces « icônes verbales » -comme on a pu les appeler<sup>7</sup>- que sont les œuvres littéraires et spécialement, bien sûr, pour les romans de fiction. Leurs auteurs font entrer de plain-pied les lecteurs dans un monde imaginaire dont ils sont maîtres de camper les décors, les personnages, les intrigues qui s'y déroulent. Ce faisant, d'ailleurs, ils n'arrachent pas ces lecteurs à un monde réel qui se donnerait naturellement à eux, par opposition au monde artificiel de la fiction : la réalité dans laquelle nous vivons (le *Lebenswelt* dont parlait Husserl) est elle-même une construction ou reconstruction humaine, participant du culturel et non du pur naturel. C'est que, pour reprendre une jolie formule employée par Georges Duhamel dans l'un de ses romans, « le monde est créé pour être recréé »<sup>8</sup>. Non seulement nous ne voyons le monde qu'au travers de nos appareils sensoriels de prise de vues, mais cette perception du monde est en outre organisée et filtrée au travers de notre logos, de nos modes de penser et de parler, de nos découpages conceptuels des choses, des classements du « mobilier du monde » -avec les étiquettes correspondantes- en usage dans nos sociétés et qui se sont historiquement établis en fonction du contexte, des besoins ou de la sensibilité ressentis et du génie propre aux différentes nations. C'est ce qu'exprime la notion, devenue classique en linguistique et plus largement en science humaine, de « vision du monde » (*Weltansicht*) mise en circulation par Wilhelm von Humboldt et selon laquelle les différentes langues humaines sont autant de visions originales du donné du monde. « La langue, commente Louis Vax, constitue un second univers que l'homme interpose entre celui des choses et notre

---

<sup>7</sup> Cf. notamment William Kurtz Wimsatt et Monroe Beardsley.

<sup>8</sup> *Deux hommes*, Mercure de France, 1924.

intériorité... Toutes les langues considérées dans leur ensemble sont à l'image d'un prisme dont chaque face montre le même univers, mais sous une coloration différente. Les langues sont les instruments que l'humanité, au cours de son histoire, s'est forgés pour transformer le pur donné en un monde humain »<sup>9</sup>.

Les œuvres de fiction font ainsi pénétrer dans un monde construit, imaginaire, parallèle à ce monde humain, apprivoisé par l'homme, lui-même construit à partir et en figuration des données du réel. Les dispositions juridiques édictées par le législateur nous font « voir » encore un autre monde parallèle sorti de notre imagination comme celui des romans de fiction et qui n'a rien à leur envier, - un monde balisé avec ses propres catégories, ses propres classements des choses et des événements, ses propres appellations, et à l'intérieur duquel les comportements des acteurs sont virtuellement dessinés par les sortes de scénarios du possible écrits par le législateur. On ne peut s'empêcher de comparer, à cet égard, ce monde juridique aux mondes des jeux. Tout jeu, en effet, introduit aussi les joueurs (tous ceux qui sont assujettis aux règles du jeu en question, y compris les arbitres), à partir du déclenchement de la partie et pendant toute sa durée, dans un univers parallèle, provisoirement déconnecté du monde réel ordinaire pourrait-on dire, qui a aussi ses concepts et ses qualifications propres, dans lequel sont appelées à se dérouler des histoires, des péripéties spécifiques préfigurées et encadrées par le contenu des règles de ce jeu, un univers construit par l'imagination des créateurs du jeu. C'est ce monde parallèle que donne à voir en représentation (à la manière d'une représentation théâtrale, spécialement du genre *commedia dell'arte*), par exemple, un match de football sur un stade, et c'est ce monde que racontent (à la manière d'un récit) les commentateurs sportifs en direct à la radio ou à la télévision. A la

---

<sup>9</sup> *Encyclopédie philosophique universelle*, vol. III *Les Œuvres philosophiques*, sous la direction de J.F. Mattéi, P.U.F., 1992, p.1888s.

différence du droit, cependant, le monde d'un jeu est clos, en principe définitivement figé par les règles qui le définissent. Au contraire, l'imagination du législateur ne rencontre pas ces limites ; il garde une possibilité illimitée d'innovation, d'inventivité, de changement des scénarios et d'introduction, dans ce monde juridique dont il est le démiurge, des plus grands bouleversements : on en trouve une illustration dans les législations édictées suite à des révolutions ou à d'autres situations exceptionnelles.

Une autre différence est à souligner par rapport aux mondes des jeux : ceux-ci ne prêtent guère à confusion avec le monde réel ; les joueurs savent que tout ce qui se passe pendant la partie, tout ce qu'ils font, ce n'est qu'un jeu, une sorte de parenthèse ou espace interstitiel (du « jeu » précisément) introduit à titre ludique dans le monde réel. On ne joue plus avec le droit, et la vision du monde qu'il nous inspire comporte nécessairement un risque de perverse confusion : on est facilement porté, et de plus en plus avec le temps, à croire que le monde à réaliser qu'il montre est l'image du monde réel lui-même tel qu'il se donne ou devrait se donner directement à notre conscience. Un exemple particulièrement topique est fourni par les législations racistes du type de celle qui a été édictée en France sous le gouvernement de Vichy. Danièle Lochak a consacré à ce sujet de fines et pénétrantes analyses, soulignant la tendance du législateur à occulter, d'une manière générale, ce que ses découpages catégoriels et sa reconstruction du monde environnant ont d'arbitraire et à les présenter comme inhérents à l'ordre naturel des choses, les faisant bénéficier par là, au travers de l'autorité même de la loi et avec la banalisation produite par l'accoutumance, d'une particulière crédibilité : « la réalité légale se donnant pour la réalité naturelle, observe-t-elle, chacun apprend à voir le monde à travers le prisme (déformant) des catégories et des propositions juridiques, et l'image de l'ordre social qui s'en dégage s'impose imperceptiblement à la conscience des individus

comme évidente et nécessaire...La légalisation de l'antisémitisme, son inscription dans la loi, officialisait l'idée que les Juifs n'étaient pas des Français comme les autres, ni même des hommes comme les autres. Les lois raciales... imposaient une vision du monde fondée sur le partage de la société en deux catégories, en deux 'races' distinctes et inégales : les Juifs et les aryens ; et en même temps qu'elles organisaient l'exclusion des Juifs de la société, elles présentaient cette exclusion comme normale, nécessaire, conforme à l'ordre naturel des choses »<sup>10</sup>. On observera qu'un effet pervers, exactement similaire, de confusion de l'imaginaire et du réel peut être produit par la littérature de fiction, spécialement par les fictions à relents racistes accréditant pareillement certaines visions du monde.

2 / Pour donner une couleur poétique au monde du droit, le législateur n'a pas besoin de versifier ses dispositions juridiques comme ce fut souvent le cas chez les législateurs antiques (à propos de la loi des XII Tables, formulée principalement en vers adoniens, Cicéron disait même qu'elle était un *carmen*, c'est-à-dire à la fois poésie et chant) et comme cela reste encore le cas aujourd'hui à travers les nombreux adages, dictons ou brocards toujours en usage dans la pratique juridique. De cette poésie dans l'expression du droit, inspirée surtout par des raisons mnémotechniques, on a pu dire, d'ailleurs, qu'elle « est à la poésie ce que la musique militaire est à la musique »<sup>11</sup>.

Le législateur peut user -et use couramment- de moyens moins formels et plus opérants pour faire du monde créé par lui un monde

---

<sup>10</sup> Danièle Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Les usages sociaux du droit*, P.U.F., 1989, p.252s.

<sup>11</sup> Xavier Thunis, « Droit et poésie : des mots pour le dire », in *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, François Ost et autres (dir.), Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001, p.368.

enchanté, susceptible de rivaliser avec le merveilleux des fictions littéraires les plus imaginatives : si la fiction (du latin  *fingere* , inventer) consiste à feindre, il dispose, en effet, de possibilités infinies de truffer les dispositions juridiques qu'il édicte de faux-semblants. Ainsi, on connaît le mot resté célèbre de Jean-Louis de Lolme, le disciple genevois de Jean-Jacques Rousseau : « le Parlement anglais peut tout faire sauf changer une femme en homme ». Le législateur français a récemment montré qu'on pouvait y parvenir d'une certaine manière, par une simple manipulation catégorielle : il suffit d'ouvrir le mariage, institution conçue et établie dans son essence même comme l'union d'un homme et d'une femme, à « deux personnes de sexe différent  *ou de même sexe*  » (article 143 du code civil modifié par la loi du 17 mai 2013) pour qu'une femme puisse remplacer désormais le mari ou un homme la femme ! Les qualifications fictives sont légion dans le monde du droit. On connaît, parmi les plus pittoresques, le rangement de principe des animaux sous l'étiquette « meubles par leur nature », au même titre que du mobilier inanimé (ancien article 528 du code civil) et, par dérogation, lorsqu'ils avaient été placés par le propriétaire d'un fonds pour le service et l'exploitation de ce fonds, le classement des pigeons des colombiers et des lapins des garennes dans la catégorie des « immeubles par destination » (ancien article 524) , c'est-à-dire des choses inanimées insusceptibles de se transporter d'un lieu à un autre. Récemment, la loi du 16 février 2015 a rebaptisé les animaux « êtres vivants doués de sensibilité » ; elle n'a, en vérité, rien changé puisqu'elle les a laissés soumis comme auparavant et de façon rigoureusement identique au régime juridique des biens mobiliers ou immobiliers, mais on a salué en elle une importante avancée de la législation dans le traitement des animaux. Comme si ces derniers avaient été jusque-là réellement réduits à la triste condition de choses inanimées : ce qui montre, on ne peut mieux, toute la puissance des fictions sur les esprits !

Par ses qualifications illusoires, le législateur a ainsi le pouvoir de peupler le monde juridique des créatures les plus étranges. L'exemple sans doute le plus topique est celui des « personnes morales », notion inspirée par des vues métaphoriques organicistes selon lesquelles les organisations humaines sont assimilées à des êtres vivants collectifs, des sortes d'agglomérats humains constitutifs de sur-êtres fabuleux, composant les « sujets » du monde juridique aux côtés des individus humains personnes physiques et partageant avec eux les mêmes attributs ontologiques, les mêmes capacités, les mêmes facultés de décider et d'agir.

Voisinant avec les qualifications fictives, on peut évoquer également les assimilations fictives décrétées par le législateur à titre de présomptions. Il peut s'agir, on le sait, de présomptions susceptibles d'être écartées à certaines conditions, dans certaines situations : c'est le cas, par exemple, de la présomption de paternité de l'article 312 du code civil qui dispose que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ». Il s'agit surtout des présomptions péremptoires et irréfragables, des présomptions dites *juris et de jure*, comme celle selon laquelle l'enfant simplement conçu est considéré comme déjà né chaque fois qu'il y va de son intérêt, ou encore, en droit public, celle par la vertu de laquelle le silence gardé par l'administration sur une demande d'un administré se transforme au bout d'un certain temps, comme par miracle, en une décision de rejet ou, au contraire, d'admission de cette requête, - sans parler de ces autres miracles par lesquels, dans le monde juridique, des choses peuvent naître ou disparaître rétroactivement par l'effet présumé que, dans ses scénarios, le législateur prête à tel ou tel évènement.

La fiction est aussi présente, pour ainsi dire, au second degré, non pas dans les dispositions juridiques, mais derrière elles, dans les explications qu'en donnent le législateur ou la doctrine et qui orientent

leur interprétation. On peut citer, pour illustration, la théorie de l'exterritorialité à travers laquelle est analysé le statut des ambassades et des agents diplomatiques, ou encore la théorie de la représentation selon laquelle c'est le représenté lui-même, en personne, qui est censé agir à travers le représentant, théorie qui sert de toile de fond pour rendre compte de bien des dispositions juridiques, en droit privé comme en droit public, un peu à la manière des « théories » imaginées par les savants derrière les lois scientifiques qu'ils élaborent.

Cette omniprésence de la fiction dans l'expérience juridique fait penser à la philosophie du « comme si » (*als ob*) développée il y a une centaine d'années par Hans Vaihinger. Dans le prolongement de la pensée kantienne, ce philosophe a soutenu l'idée que la fiction -le raisonnement « comme si »- joue un rôle fondamental dans notre contact avec le monde : ce que nous prenons pour le monde réel, ce ne sont que des représentations produites par notre esprit ; dans ce contexte constructiviste, nous sommes constamment amenés à utiliser des fictions heuristiques, des fictions qu'il est utile, pour notre entreprise de connaissance et de maîtrise des phénomènes, de considérer « comme si » elles étaient vraies. Ainsi, les notions de « substance », de « grandeur infinitésimale » ou encore de « cause » agissante, provoquant des effets, sont purement fictives, mais nous en retirons des avantages ; elles aident la science dans sa systématisation théorique du monde qu'elle observe. Ce pragmatisme, souligné dans le domaine de la connaissance par la théorie fictionnaliste de Vaihinger, paraît tout à fait transposable dans le domaine du droit et du monde, non pas réel, mais à réaliser que vise le législateur : dans ce secteur aussi il est fait une utilisation rationnelle des fictions, par commodité, pour répondre à des besoins. La poésie, disait Lautréamont, doit avoir pour but la vérité pratique : le raisonnement « comme si » aide le législateur à mieux faire comprendre, de manière plus imagée et plus percutante, les arrière-plans des dispositions qu'il édicte, les intentions qui

l'animent et qui doivent présider à l'interprétation et aux approfondissements exégétiques de ses textes. On observera, au passage, que les théoriciens du droit ne sont pas pour autant autorisés à se servir de fictions à n'importe quelle fin, et notamment pour apporter des réponses illusoires à leurs conceptions extravagantes. Kelsen a fait les frais de ce dérapage en prétendant, sous la caution de Vaihinger, que pour que le droit posé dans un Etat soit vraiment du droit, c'est-à-dire d'après ses étranges conceptions un ensemble de normes « valables » et par là obligatoires, il fallait imaginer une norme fondamentale fictive, édictée par une autorité tout aussi fictive, prescrivant d'obéir à la Constitution et fondant ainsi sa validité et, par suite, celle de l'ordre juridique dans son entier.

.

. .

Le législateur n'est pas un romancier et l'acte de langage qu'il accomplit lorsqu'il édicte du droit n'est assurément pas un acte de diffusion d'une œuvre littéraire de fiction. Il reste, cependant, que si l'on occulte cet acte de commandement du législateur, cet acte formulant la teneur de règles de conduite données à observer, et si l'on occulte cette vocation elle-même d'outils directifs assignée par lui aux contenus de pensée ainsi énoncés, on voit s'évanouir des dispositions juridiques tout le juridique, tout ce qui en fait des textes de droit ; il ne reste plus qu'un résidu éthéré, sorte de substantifique moelle, constitué par ces contenus de pensée, par ce tissu de pensée. Et à ce niveau, le législateur apparaît ressembler à un narrateur, à un auteur de fictions contant des séquences

d'histoire inventées par lui, des histoires à réaliser, comme des scénarios ou des pièces de théâtre, qui ne seront pas toutefois réalisés sur des plateaux de tournage de films ou sur des scènes de salles de spectacles, mais dans nos vraies vies, avec nous-mêmes pour acteurs. Se dévoile par là l'espèce d'enchantement, de charme, qui caractérise le déroulement de notre existence dans un monde réel hanté par les productions de notre esprit, un monde sensible doublé d'un monde invisible entièrement créé par nous, que nous ne « voyons » qu'au travers d'un ordonnancement sorti de notre imagination et dans lequel nous n'évoluons que par le truchement de processus mentaux intérieurs à nous-mêmes. Se dévoile, en même temps, toute la vertigineuse liberté dont les hommes disposent pour écrire leur propre histoire et qui fait aussi partie du merveilleux de leur être au monde. « Qu'est-ce que la littérature ? Le récit indéfini des possibles humains ». Cette jolie définition de Michel Serres<sup>12</sup> me paraît parfaitement convenir aux textes juridiques du législateur.

Paul AMSELEK

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

---

<sup>12</sup> *Le gaucher boîteux*, Editions Le Pommier, 2015, p.190.