

## LA TENEUR INDECISE DU DROIT\*

*«La pensée est l'esclave de la vie, et la vie est le fou du temps ».*  
(Shakespeare, *Henri IV*, 1ère partie, V, 18)

*« Suivre les règles, cela n'existe pas. Il n'y a pas quelque chose qui serait "la signification du langage", il n'y a que des significations dans des contextes ".*  
(Walter Ben Michaels, *Southern California Law Review*, vol. 58-1985)

Le libellé du sujet que je me propose de traiter - « La teneur indéçise du droit » - appelle quelques précisions. En effet, je n'entends pas par là évoquer - en tout cas de manière frontale - le problème, toujours lancinant dans la théorie juridique, de l'identification même du droit, de la recension précise de ses sources, de la démarcation de son domaine et de ses confins : où commence et où finit le droit? Qu'est-ce qui, dans le champ de notre expérience juridique, peut être qualifié comme étant du droit et qu'est-ce qui n'est pas du droit ? Par exemple, les actes juridiques de droit privé comme les contrats, les testaments, les règlements d'entreprise ou encore les actes de commandement accomplis dans l'exercice autrefois de l'autorité maritale ou de la puissance paternelle, aujourd'hui de l'autorité parentale, édictent-ils des normes juridiques ou bien s'agit-il d'actes prescriptifs de normes non juridiques, d'actes d'autorité privée intervenant dans les rapports entre particuliers et simplement réglementés par le droit à l'instar d'autres catégories de conduites des citoyens ? Il n'est pas non plus de mon propos de parler des difficultés, auxquelles on se heurte constamment en pratique, pour retrouver et délimiter exactement, dans l'immense stock de la production juridique nationale et supranationale, le droit en vigueur par opposition au droit qui n'est plus en vigueur, notamment par suite d'abrogation tacite, ou qui n'est pas encore en vigueur (par exemple, dans l'hypothèse d'une loi partiellement applicable jusqu'à l'intervention des mesures complémentaires nécessaires à sa pleine application). Ce n'est pas à ces doutes que je veux m'intéresser ici, mais à des doutes plus essentiels, des doutes en quelque sorte structurels, qui sont consubstantiels à l'expérience juridique et qui tiennent à l'ontologie même du droit, à sa constitution en réglementation, en règles ou normes de conduite.

---

\*Texte d'un rapport présenté au Colloque sur « Le doute et le droit » organisé à la Cour d'Appel de Paris le 12 avril 1991 par l'Institut de Formation Continue du Barreau de Paris.

Qu'est-ce, en effet, qu'une règle ou norme de conduite ? Il me paraît indispensable de faire un bref rappel sur ce point. Comme l'indique cette appellation métaphorique, une règle ou norme constitue un certain type d'*outil*. Les termes latins *regula* et *norma* désignaient originellement des outils matériels, physiques, des équerres ou des réglettes donnant la mesure de la droiture, rectilinéarité ou rectangularité, et permettant de tracer des lignes droites ou des angles droits, ou encore de vérifier la rectitude de tracés déjà effectués : lorsqu'on applique ces instruments sur une surface, leur pourtour, leur bordure ou arête extérieure définit une sorte de bande, de marge d'espace filiforme à l'intérieur de laquelle les lignes ou les angles à tracer ou déjà effectivement tracés doivent se tenir, une marge dont ils ne doivent pas s'écarter ni en-deçà ni au-delà pour avoir la valeur de lignes droites ou d'angles droits. Par extension métaphorique, on s'est servi de ces mots règle et norme pour désigner des outils de texture purement mentale, idéale, des outils constitués de purs contenus de pensée. Ces outils, dans le cas des règles de conduite, donnent la mesure - purement abstraite, intelligible - de la droiture ou rectitude des conduites humaines en délimitant, par la configuration même du contenu de pensée dont elles sont faites, une marge de possibilité ou latitude à l'intérieur de laquelle doit se tenir la ligne de conduite à suivre ou déjà effectivement suivie pour avoir valeur de ligne droite, régulière - à l'intérieur de laquelle elle doit se tenir, bien sûr, logiquement et non pas spatialement. Cette marge de possibilité est de degré 0 dans le cas des règles d'interdiction, qui défendent de faire telle chose dans telles circonstances; elle est de degré maximal, de degré 1 (ce qui correspond en même temps à un degré 0 d'impossibilité) dans le cas des règles d'obligation qui imposent de faire telle chose dans telles circonstances; et de degré intermédiaire dans le cas des règles de permission qui offrent, par définition même, aux intéressés la latitude de faire ou de ne pas faire ce qui est permis.

Les règles juridiques sont des outils mentaux de ce type autoritairement mis en service, en vigueur, par les pouvoirs publics institués à la tête des populations humaines pour les gouverner : il s'agit de contenus de pensée finalisés, instrumentalisés, chargés de servir à diriger les conduites ; ces contenus de pensée fixent des marges de possibilité d'action en fonction des circonstances, -marges qu'évoquait précisément chez les Romains la notion même de « jus » dans son sens le plus originaire<sup>1</sup> et que traduit aussi d'ailleurs notre notion de « droit » qui dénote l'idée même de possibilité, de latitude. Ces marges servent à encadrer la volonté de ceux auxquels elles sont adressées, à lui servir de support, d'étalon de mesure pour rester à l'intérieur de la droiture, de la rectitude, dans le tracé des lignes de conduite qu'elle arrête et qu'elle fait ensuite exécuter, dont elle déclenche le passage à l'acte.

---

<sup>1</sup> Cf. Michel Meslin, *L'homme romain*, Bruxelles, Ed. Complexe, 1985, p. 23 s. ; Eugen Cizek, *Mentalités et institutions politiques romaines*, Paris, Fayard, 1990, p. 52 s.

Mais cet appareillage de texture mentale sur la base duquel vivent et se règlent les peuples humains, bien qu'on s'en soit fait traditionnellement une image de parfaite rigueur de type mathématique, constitue en vérité une étrange réalité, aux contours irrésolus, à la teneur indécise, sans fixité. Dans ses *Lettres de mon moulin*, Alphonse Daudet raconte qu'en Camargue l'affût est appelé *l'espère* : « L'espère ! - écrit-il - Quel joli nom pour désigner l'affût, l'attente du chasseur embusqué, et ces heures indécises où tout attend, espère, hésite encore entre le jour et la nuit. L'affût du matin un peu avant le lever du soleil, l'affût du soir au crépuscule »<sup>2</sup>. C'est à ce monde merveilleux à la teneur hésitante et ondoyante que fait penser le monde du droit, encore que je ne sois pas sûr que ceux qui se tiennent à son affût soient toujours à l'espère et ne cèdent pas parfois plutôt au désespoir ! C'est cet aspect, lié à l'ontologie même fondamentalement dubitable du droit, que je voudrais tâcher de dégager : j'examinerai successivement dans mon exposé la nature irrésolue de la réglementation juridique, puis - conséquemment - le chatoisement de la pratique juridique à laquelle cette réglementation donne lieu.

.

. .

## I. - La nature irrésolue de la réglementation juridique

Depuis qu'est survenu au cours de ces dernières décennies ce qu'on a appelé le « tournant interprétatif » (*interpretive turn*), c'est-à-dire depuis que l'interprétation - je dirais mieux l'intermédiation - en droit est passée au centre même des recherches et réflexions de la théorie juridique, en liaison d'ailleurs avec les préoccupations herméneutiques et communicationnelles de la pensée contemporaine, des concepts nouveaux ont acquis droit de cité comme celui de « texture ouverte » (*open texture*) des règles de droit mis en circulation par Herbert Hart<sup>3</sup>, ou encore celui de « flou » (*fuzziness*) du droit<sup>4</sup>. Ces concepts traduisent une prise de conscience beaucoup plus aiguë et plus pénétrante que par le passé du fait que la réglementation juridique, telle qu'elle est mise en vigueur dans nos sociétés, est une réalité aux contours indécis, irrésolus. Cette donnée tient, plus précisément, à deux facteurs inhérents à l'essence même du droit et sur lesquels il convient de s'arrêter, à savoir la non-objectivité, d'une part, et, d'autre part, l'incomplétude des règles dont le droit est fait.

---

<sup>2</sup> Alphonse Daudet, *Lettres de mon moulin*, « En Camargue », III.

<sup>3</sup> Herbert L. Hart, *Le concept de droit*, trad. fr. Michel van de Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 155 s.

<sup>4</sup> Voir par exemple: Jerzy Wroblewski, « Fuzziness of legal system », in *Essays in legal theory in honor of Kaarle Makkonnen*, XVI-Oikeustiede jurisprudencia, 1983, p. 319s ; A. Peczenik et J. Wroblewski, « Fuzziness and transformation towards explaining legal reasoning », *Theoria* 1-1985; Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit*, Paris, P.U.F., 1986.

1) La non-objectivité, tout d'abord, est directement liée à la nature d'outils mentaux des règles juridiques, comme plus généralement de toute réglementation. Il s'agit de contenus de pensée, de choses purement intelligibles que l'on se représente dans notre esprit mais qui y restent immanentes, qui n'ont de réalité qu'à l'intérieur de nos circuits mentaux ; c'est uniquement dans ce cadre que se déploie, à travers des opérations purement intellectuelles, leur utilisation. Même si cette utilisation détermine nos comportements extérieurs, les règles elles-mêmes n'appartiennent pas au monde extérieur, au monde des choses sensibles que l'on peut regarder, toucher du doigt. Elles font uniquement partie de ce que Karl Popper appelle le *Monde 3*, c'est-à-dire le monde des produits de l'esprit. On ne peut prendre en main une règle juridique ou se la communiquer de la main à la main, comme on peut le faire pour un objet du monde sensible.

C'est une erreur, à cet égard, de penser que le législateur, par ses actes de commandement, donne directement des règles à ceux auxquels il s'adresse, comme le suggère l'étymologie elle-même (puisque commander vient du latin *mandare*, *manum dare*, mettre dans la main). Cette étymologie ne rend guère compte de ce qu'on pourrait appeler « l'insoutenable légèreté de l'être du droit ». En réalité, la communication des choses de l'esprit ne peut forcément être qu'indirecte, médiatisée : pour que le contenu de pensée immanent à mon esprit puisse passer dans l'esprit d'autrui, il faut que j'émette vers autrui des signes sensibles susceptibles d'être perçus par lui, et notamment des signes tels que des paroles proférées ou écrites. A partir de ces signes qu'il perçoit, qu'il capte, autrui va se livrer à une opération d'interprétation consistant à sauter du signe ou signifiant au sens ou signifié, c'est-à-dire qu'il va reconstituer dans son propre esprit - sur son écran intérieur- le contenu de pensée qui lui a été indirectement communiqué au moyen de signes : ainsi que l'exprime parfaitement la langue anglaise, l'interprétation est une opération mentale de *construction* ou *reconstruction*. Cette médiateté de nos communications de pensée, avec tous les risques de malentendu ou mésentente que l'on connaît, se retrouve à propos de la communication intersubjective de ces outils mentaux spécifiques que sont les normes juridiques. Le législateur (terme que j'emploierai au sens large de « jurislatureur », d'autorité chargée de poser, de mettre en vigueur des règles de droit) ne communique pas directement les contenus de pensée formant les règles juridiques qu'il a à l'esprit ; il les édicte, il émet des paroles, de la *jurisdictio*, du dire de droit, du dire porteur de règles de droit. Les modes de publication et de diffusion de ce dire n'aboutissent pas davantage - comme on le croit souvent - à une publication, à une sorte d'étalage public du droit positif lui-même. Pour qu'autrui puisse accéder aux règles ainsi édictées et publiées, il faut qu'il se livre à une interprétation des paroles du législateur, à une reconstitution de leur sens, du contenu de pensée qu'elles visent à évoquer à l'esprit. Les Anglo-saxons ont l'habitude d'opposer « *law in books* » et « *law in*

*action* » ; en réalité, il faudrait opposer le « dire de droit dans les livres » et le « droit dans les esprits » (*law in the mind*). Les édits et rescrits du droit ne sont qu'un corpus, une enveloppe matérielle, une espèce de Belle au Bois Dormant: c'est uniquement dans et par nos esprits qu'elle sort de sa nuit, qu'elle voit le jour, s'anime et prend vie, - et c'est à partir de là seulement qu'elle inspire notre action.

Il s'ensuit que, selon que l'on prête tel ou tel sens aux paroles du législateur, selon que l'on entend de telle ou telle façon ce qu'elles veulent dire, on aura présente à l'esprit telle règle ou telle autre règle, éventuellement très dissemblable. Dans la mesure où le dire du législateur peut ainsi donner lieu, de la part des acteurs juridiques, à des interprétations différentes, on risque d'aboutir à une réglementation juridique à géométrie variable, aux contours fluctuants selon l'interprétation par laquelle chacun lui donne sa consistance même dans son univers intérieur.

C'est précisément en ce sens que je parle de non-objectivité de la réglementation juridique : je veux dire par là que cette réglementation ne nous fait pas face objectivement; elle n'est présente qu'en nous-mêmes, et elle n'est présente en chacun de nous qu'au terme d'un processus intérieur de reconstitution, de décodage et d'analyse par notre esprit à partir des signes émis par le législateur. C'est par ce sas de notre propre subjectivité que l'œuvre du législateur nous est donnée. Sans doute, dans toute expérience avec le monde, notre subjectivité fait-elle aussi écran; le physicien travaille, non pas sur les choses de la nature, mais sur les vues qui lui en sont données par son appareil d'observation, de prise -on devrait dire *de donne* - de vues. Il reste que le monde qu'il observe lui est extérieur, est un déjà là en face de lui indépendamment de la conscience qu'il peut en avoir. Il en va tout autrement dans le cas de la réglementation juridique : il y a un déjà là des paroles écrites ou proférées par le législateur ; il n'y a pas de déjà là de leur sens qui se trouverait, en quelque sorte, objectivement « déposé » en tant que tel en elles sous une forme déjà constituée et qu'on n'aurait plus qu'à cueillir. C'est là une illusion qui a été longtemps entretenue par le positivisme juridique. En réalité, il n'y a jamais de déjà là du sens indépendamment du sujet qui le construit ; selon une forte formule de Paul Ricoeur, « le sens d'un texte n'est pas derrière le texte, mais devant lui »<sup>5</sup>. C'est toute la différence entre la *per-ception* des choses du monde sensible, qui consiste à saisir à travers soi ce qui est extérieur et transcendant à soi, et la *com-préhension* des choses du monde intelligible, qui consiste à prendre ou saisir en soi, au-dedans de soi, dans son esprit, quelque chose qui a une réalité purement intérieure, immanente.

---

<sup>5</sup> Cité par Michel van de Kerchove, « La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique », in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, sous ma direction, Paris, P.U.F., 1986, p.240.

On pourrait objecter que cette non-objectivité de la réglementation juridique est compensée par une situation de compétence liée de l'interprète à l'égard des textes législatifs : ne se trouve-t-il pas contraint dans sa construction de leur sens par les règles et conventions du langage ? Les règles orthographiques et orthophoniques comme les règles lexicales et syntaxiques ne sont-elles pas là précisément pour prévenir les malentendus et éviter que, dans nos rapports intersubjectifs, nos communications linguistiques ne tournent au babel ? Il s'en faut, cependant, que ces règles réduisent le rôle de l'interprète à celui d'un automate<sup>6</sup>. Sans même évoquer les limites de leur efficacité pragmatique, le « jeu » qu'elles laissent subsister (spécialement lorsque l'interprète ne bénéficie pas de la présence directe et éclairante de son interlocuteur dans un face à face oral, mais se trouve confronté seulement à un écrit objectivement autonome, coupé de la personne de son auteur et des circonstances de son émission), il convient de souligner toute la spécificité de l'interprétation donnée par les acteurs juridiques aux textes législatifs : il ne s'agit pas du tout d'une interprétation de caractère théorique dans laquelle l'interprète intervient de manière neutre, désintéressée, uniquement animé par la préoccupation d'essayer, s'il le peut, de reconstituer le sens qui occupait l'esprit de l'auteur du texte ; dans le domaine du droit, on a affaire à une interprétation pratique, intéressée, en vue de se servir de la réglementation juridique reconstruite, qu'il s'agisse pour ceux dont la conduite est visée d'y obéir, de se conformer à ses prescriptions, ou qu'il s'agisse pour les organes d'application - comme, en particulier, les tribunaux - d'exercer leurs fonctions, d'émettre des jugements de valeur ou d'édicter des dispositions particulières sur la base de cette réglementation. Dans cette interprétation qui a partie liée avec la pratique juridique et dont vont dépendre les agissements mêmes des acteurs juridiques, l'application des règles et conventions du langage ne peut être, en tout état de cause, purement mécanique, désincarnée, détachée des conditions et préoccupations en contexte; ce que les Anglo-saxons appellent le «hunch», c'est-à-dire l'accommodement du sens, du vouloir dire à ce que l'interprète veut entendre, représente le cas de figure extrême, mais en même temps le plus illustratif assurément de l'interprétation pratique.

---

<sup>6</sup> La théorie de l'interprétation tant littéraire que juridique, inspirée par les travaux de Gadamer et de Ricoeur, parle plutôt aujourd'hui d'une compétence « semi-discrétionnaire » de l'interprète (Denys Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981, p. 143), d'un processus d'interprétation « ni totalement déterminé, ni totalement libre, mais soumis à des contraintes » (Owen Fiss, « Conventionalism », *Southern California Law Review*, 58-1985, p. 183, et « Objectivity and interpretation », *Stanford Law Review*, 34-1982, p. 739 s.). Voir notamment sur cette orientation de la pensée anglo-saxonne : Françoise Michaut, « L'inscription de la décision judiciaire dans un système juridique. Réflexion sur l'évolution de la doctrine américaine contemporaine », *Rev. Dr. Publ.*, 1989, p. 1009 s.; Pierre-Andre Côté, « L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes », *Revue du Barreau*, Montréal, 50-1990, p. 347 s.

A quoi il faut ajouter que, dans l'interprétation pratique, et à la différence de l'interprétation théorique, l'interprète ne peut se borner à adopter une attitude de repli prudent et à exprimer simplement ses doutes ou son désarroi face à un dire législatif obscur, incompréhensible, équivoque, contradictoire, apparemment déraisonnable: l'acteur juridique doit en principe agir et donc interpréter, trancher en faveur d'un sens, même si ce sens ne lui paraît pas couler de source et qu'il assume ainsi un risque particulièrement élevé de divergence de vues avec autrui.

Il convient, enfin, d'observer que l'interprétation pratique ne se borne pas à restituer le sens littéral du dire législatif ; les besoins des acteurs juridiques vont bien au-delà : ils ne sont pas comparables à ceux de l'interprète-traducteur qui s'efforce de retranscrire dans une langue le sens de paroles écrites ou prononcées dans une autre langue. La pratique juridique a besoin d'approfondir le sens littéral obtenu par le décodage du dire législatif, de le mettre en perspective, c'est-à-dire d'analyser tout ce que recouvre le contenu de pensée qui forme la substance de la règle: l'on déborde nécessairement par là le terrain du langage et de ses règles ; l'on touche à l'une des particularités ontologiques de la pensée elle-même, à savoir sa propriété d'être pour ainsi dire « lourde », « profonde », d'avoir dans toutes ses séquences ou segments de l'épaisseur, des implications, des prolongements d'arrière-plan ou soubassements. L'exploration de ces soubassements, le sondage de *l'esprit* par-delà la *lettre*, n'est possible que parce que et si nous sommes en mesure (ou, en tout cas, exerçons la prétention) de nous mettre à la place de l'auteur du texte lui-même, d'assumer son univers mental, - ce qui correspond à ce que le philosophe américain George Herbert Mead appelait « l'autre généralisé » et qu'on désigne plus couramment aujourd'hui sous l'idée d'une participation à une « communauté d'interprétation » ; c'est cette condition *a priori* de connivence ou intelligence entre les interlocuteurs - entre interlocuteurs enracinés dans un même monde et, pour cela, capables de se comprendre ou d'y prétendre - que l'on appelle, depuis Heidegger, le « cercle herméneutique ». Précisément, pour les besoins de la pratique d'une règle, il faut explorer de manière approfondie les arrière-plans du segment de pensée dont elle est faite: il est indispensable de déterminer toute la portée de cette règle, tout ce qu'elle porte en elle, toute sa « charge », tout son champ potentiel, par-delà sa configuration de façade<sup>7</sup> : il est indispensable d'en faire l'« exégèse », c'est-à-dire, selon l'étymologie même du terme, d'en faire sortir tout ce qu'elle recèle en elle. Les philosophes du langage le savent bien; l'américain John Searle développe sur ce point un exemple très pittoresque que j'aime à citer. Imaginons, nous dit-il, que j'entre dans un restaurant et que je commande « Donnez-moi un hamburger à point, avec du Ketchup et

---

<sup>7</sup> Ce qu'exprime, dans le domaine du droit lui-même, l'idée de « jurisprudence » ou prudence juridique : le *juris-prudent* (du verbe latin *pro-videre*), c'est littéralement celui qui sait voir en avant, faire des avancées dans le champ de la réglementation juridique et ainsi pourvoir aux besoins de la pratique juridique.

de la moutarde, mais pas trop de cornichon». « Supposons, poursuit Searle, que le hamburger qu'on m'apporte soit encasté dans un mètre cube de matière plastique transparente rigide, si dure que je doive l'ouvrir au marteau-piqueur ; ou bien encore, supposons que le hamburger fasse un kilomètre de long, et qu'on doive pour me le livrer abattre le mur du restaurant afin qu'on me le glisse de côté. Est-ce que mon ordre a été obéi ou satisfait dans ces deux cas? Je suis tenté de dire non; il n'a été ni satisfait ni obéi, parce que ce n'est pas ce que je voulais dire par l'énonciation littérale de la phrase ». C'est que le sens littéral d'une phrase, conclut-il, « ne s'applique que relativement à un ensemble d'assomptions d'arrière-plan qui ne sont pas réalisées dans la structure sémantique de la phrase, et qui, d'ailleurs, pour une majorité d'entre elles, ne peuvent jamais l'être »<sup>8</sup>.

Cette donnée ne concerne pas, du reste, uniquement le secteur des activités pratiques, mais aussi celui des activités théoriques et scientifiques : dans un ouvrage récent, Raymond Boudon, s'inspirant du philosophe allemand Georg Simmel, a montré que beaucoup des idées douteuses, fragiles ou carrément fausses véhiculées par la pensée scientifique le sont de manière purement insidieuse et clandestine, dans le non-dit d'arrière-plan du discours de la science et des lois qu'elle formule, - ce non-dit étant, en l'occurrence, d'autant plus perfide qu'il ne fait pas quant à lui, comme dans le cas des règles juridiques et plus généralement pratiques, l'objet d'investigations systématiques et peut donc bénéficier pendant un temps plus ou moins long d'une sourde complicité dans la communauté scientifique avant d'être débusqué, explicité<sup>9</sup>. En tous cas, cette exploration des fonds et tréfonds de la pensée exprimée du législateur ne peut pas ne pas être plus ou moins aventureuse : ce qui peut paraître clair à l'interprète à la surface du dire législatif peut devenir beaucoup moins net et plus aléatoire à mesure qu'il est amené à sonder davantage en profondeur<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> John R. Searle, *Sens et expression*, trad. fr. Joëlle Proust, Paris, Ed. de Minuit, 1982, p. 177 s. Sur cette ontologie de la pensée, cf. mon étude « Le droit dans les esprits », in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, sous ma direction et celle de Christophe Grzegorzczak, Paris, P.U.F., 1989, p. 46 s.

<sup>9</sup> Raymond Boudon, *L'art de se persuader des idées douteuses, fragiles ou fausses*, Paris, Fayard, 1990.

<sup>10</sup> On pourrait illustrer cette relativité par bien des démarches interprétatives des tribunaux, manifestement très « libres » par rapport à la lettre même des textes en cause. Citons, par exemple, la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, à partir de textes n'admettant formellement « aucun recours » contre certains actes juridictionnels ou administratifs, a estimé que cette formule n'excluait pas, dans son esprit, des recours aussi fondamentaux que le recours en cassation ou le recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Et. 7 février 1947, « d'Aillères », *Lebon*, p.50 ; 17 février 1950, « dame Lamotte », *ibid.* p.110). De même, à partir de la formule –inscrite non pas dans le dispositif lui-même mais dans le préambule de la Constitution de 1958 –selon laquelle « le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale, tels qu'ils sont définis par la déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 », le Conseil Constitutionnel a été conduit à considérer que le Constituant avait ainsi entendu incorporer aux règles constitutionnelles mises en vigueur par lui les principes énoncés par la déclaration de 1789 et par le préambule de la Constitution de 1946 (Cons. Const. 27 décembre 1973, *Rec.* p.25, et 25 janvier 1975, *ibid.* p.19).



Par toutes ces caractéristiques, le monde du droit apparaît comme un monde flexible, à l'image de celui qu'évoque la théorie de la relativité, avec la différence qu'à notre échelle la relativité du monde physique est peu perceptible alors que la relativité est, pour ainsi dire, le pain quotidien de l'expérience juridique.

2) Mais la nature irrésolue de la réglementation juridique tient, non seulement à sa non-objectivité, mais aussi, en second lieu, à son incomplétude. Il est, en effet, impossible au législateur de tout régler, de tout prévoir, même implicitement : comme Shakespeare l'exprime par la bouche d'Hamlet, « il y a plus de choses sur la terre et dans le ciel que la sagesse humaine n'en peut rêver ».

Pour reprendre - plus prosaïquement - les termes de l'article 4 du Code Civil, tantôt il y a « insuffisance » de la loi, lorsque manquent des éléments complémentaires indispensables à son application, lorsque son dispositif est inapplicable tel quel, lorsqu'elle définit incomplètement les cas qu'elle envisage et les marges de possibilité qu'elle entend fixer : c'est le cas, par exemple, lorsque la loi utilise des standards, des notions délibérément floues, à contenu ouvert et variable, sans les accompagner d'une définition fixe et précise; ou encore lorsqu'elle pose le principe d'une institution générale ou d'un mécanisme particulier (d'une élection, par exemple) en omettant d'en préciser les modalités d'organisation ou de fonctionnement. Encore faut-il bien distinguer, dans ces cas, les lacunes proprement dites et les simples « creux » de la loi, selon la terminologie qui a été proposée par le doyen René Savatier<sup>11</sup> : il se peut, en effet que l'imprécision du législateur corresponde à une volonté implicite de sa part de laisser à ceux dont il régit la conduite un choix discrétionnaire des modalités d'application de ses prescriptions. Il convient également, bien entendu, de distinguer les lacunes de la loi des cas dans lesquels elle diffère au moins partiellement son entrée en vigueur et renvoie, explicitement ou implicitement, à une autre autorité jurisprudentielle le soin d'édicter les mesures complémentaires nécessaires à son application, - ce qui correspond à une hypothèse de division, et non d'inachèvement, du travail législatif. Sous ces réserves, dans ces cas d'insuffisance de la loi, on n'est plus en présence d'un problème d'interprétation, même si continuent d'être interpellés à travers eux, on va le voir, les intermédiaires ou médiateurs du droit: il ne s'agit plus de difficulté de reconstitution de la pensée du législateur, mais de la constitution floue, incomplète, lacunaire de cette pensée elle-même, - le passage de l'une à l'autre de ces deux hypothèses pouvant évidemment, par la force des choses, manquer de netteté en pratique.

---

<sup>11</sup> René Savatier, « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », in *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 521 s. Cpr. Chaïm Perelman, *Ethique et droit*, Ed. de l'Université de Bruxelles. 1990, p.771 s.

Tantôt il y a « silence » de la loi, lorsqu'elle ne règle pas certains cas, et notamment lorsqu'elle n'encadre pas encore tel ou tel secteur nouveau d'activité humaine, telle ou telle nouvelle « forme de vie ». On en fait, depuis quelque temps déjà, l'expérience dans le domaine dit de la bioéthique, c'est-à-dire de l'utilisation des technologies médicales et biologiques modernes.

On a parfois prétendu nier l'existence de ces lacunes du droit en soutenant que l'insuffisance ou le silence de la loi équivaldraient toujours, automatiquement, à une marge de pouvoir discrétionnaire laissée aux sujets du droit, et ce en application d'un prétendu principe général selon lequel « tout ce qui n'est pas interdit par le législateur est permis par lui ». C'est une théorie qui, comme on sait, a notamment été soutenue par Kelsen. Elle est, à la vérité, totalement irréaliste<sup>12</sup>. Elle invoque un principe qui s'imposerait logiquement, par la raison, et qui, bien que n'ayant pas été posé par le législateur, emporterait des conséquences nécessaires au plan du droit positif, - ce qui est déjà assez suspect chez un positiviste convaincu ; et en fait, à l'analyse, on se rend vite compte que sous ce principe s'exprime une simple prise de position idéologique, l'idéologie politique libérale de type classique à laquelle Kelsen adhère et qui veut réduire la compétence des pouvoirs publics à l'édition de simples mesures négatives d'interdiction (par opposition aux mesures positives, imposant des obligations de faire, frappées de l'anathème de « constructivisme », comme dit Friedrich Hayek<sup>13</sup>), et de mesures d'interdiction limitées au strict minimum, le principe devant être la non-intervention autoritaire artificielle dans les affaires des citoyens-agents économiques, le libre jeu des lois naturelles et la libre éclosion des ordres naturels spontanés. Il est étrange de confondre ainsi une maxime de doctrine politique, concernant le rôle même de l'Etat, avec une espèce de principe logico-juridique qui réglerait le problème technique des lacunes de la loi. Et surtout, il est finalement paradoxal de ramener cette théorie qui prône le maximum de non-droit à un principe qui aboutirait, au contraire, à supprimer les lacunes du droit et à assurer la complétude et l'hégémonie parfaite de ce dernier, la non-intervention du législateur étant transformée ipso facto en intervention présumée, en permission juridique avec toutes les conséquences que cela peut comporter : la permission du législateur n'est évidemment pas moins artificielle et perturbante que l'interdiction ou l'obligation légales.

---

<sup>12</sup> Voir à ce sujet mon étude « A propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », *Archives de philosophie du droit*, 33-1988, p. 283 s.

<sup>13</sup> Friedrich A. Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, vol. 2, « Le mirage de la justice sociale », trad. fr. Raoul Audouin, Paris, P.U.F., 1981, p. 42 s. Notons, au passage, combien cette discrimination est superficielle, d'autant qu'elle méconnaît le relativisme qui affecte la distinction même entre règles positives imposant de faire et règles négatives imposant de ne pas faire : une même règle peut être formulée aussi bien sous une forme que sous l'autre dans la mesure où l'obligation de faire quelque chose équivaut à l'interdiction de faire le contraire; ainsi la règle « les magasins doivent être fermés le dimanche » est pratiquement identique à la règle « il est interdit d'ouvrir les magasins le dimanche ».

En tout cas, les données de l'expérience juridique sont bien loin de cette théorie de l'absence de lacunes et elles montrent, là encore, un rôle actif dévolu aux acteurs juridiques : dans l'hypothèse d'insuffisance ou de silence de la loi, en effet, ils se trouvent contraints de se mettre à la place du législateur et d'imaginer eux-mêmes les prolongements ou compléments qu'appelle son œuvre. Les tribunaux, en cas de litiges, devront statuer comme le leur impose expressément chez nous l'article 4 du Code Civil, et donc pour dire le droit ils seront au préalable obligés de le fabriquer. Mais, de leur côté, ceux dont la conduite est directement concernée se trouvent eux-mêmes condamnés à des anticipations plus ou moins hasardeuses. Cette autre sorte de non-dit de la loi que constituent ses lacunes, est donc aussi, on le voit, un facteur d'indécision de la teneur du droit.

Récemment, le philosophe du droit anglo-saxon Ronald Dworkin a développé une théorie très en vogue outre-Atlantique, encore que sous ses allures de modernité elle s'apparente beaucoup, dans son principe même, à la vieille théorie de la « plénitude logiquement nécessaire de la législation écrite » qui a prévalu autrefois dans l'école française de l'exégèse<sup>14</sup>. Selon Dworkin, le juge aurait une compétence strictement liée dans sa démarche supplétive : il serait en effet possible, à partir des règles posées par le législateur, de remonter par induction à des principes sous-jacents inspirant cette législation et dont elle ferait application, et ces principes généraux permettraient ensuite par déduction de prolonger et de compléter les accomplissements du législateur. Aucune démarche inventive ne serait nécessaire - ni légitime - de la part des juges et des autres acteurs juridiques : il suffirait, comme dans le cas d'un bon roman écrit à la chaîne par plusieurs auteurs successifs (ou même, d'ailleurs, par un seul auteur travaillant à la page ou au feuilleton), de savoir dominer et préserver le fil de cohérence inhérent à la législation déjà édictée ; un juge surdoué aux capacités mentales appropriées, juge que Dworkin appelle plaisamment *Hercule*, y parviendrait infailliblement et sans aucune difficulté. Cette conception, pour ainsi dire, unidimensionnelle du droit ne saurait être sérieusement retenue ; elle exprime non pas la réalité, mais un rêve, un « noble rêve » peut-être comme le dit Hart<sup>15</sup>, mais un rêve impossible: le droit n'est ni une œuvre littéraire (encore qu'il y aurait beaucoup à dire sur la prétendue linéarité de la « cohérence narrative »), ni une œuvre de purs logiciens construisant une espèce d'axiomatique et qui - le rêve tournant en vérité au cauchemar - seraient entièrement pris dans l'engrenage de

---

<sup>14</sup> Théorie que François Gény s'est particulièrement attaché à combattre : cf. *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, L.G.D.J., 1919, t. I, p. 193 S.

<sup>15</sup> H. L. A. Hart, "American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream", *Georgia Law Review*, 11-1977 (cité par Ricardo Guastini, "Théorie et ontologie du droit chez Dworkin", *Droit et Société*, 2-1986, p. 15).

leurs prémisses; il s'agit d'un ensemble complexe, disparate, entremêlé, rapiécé, de commandements conçus aux époques les plus diverses, sous des inspirations les plus variées et le cas échéant parfaitement contradictoires, par des autorités législatives multiples, changeantes, souvent collégiales, les contours de ces commandements édictés n'étant pas, au surplus, eux-mêmes fixes et étant susceptibles de varier, ainsi qu'on l'a vu, dans une plus ou moins large mesure selon l'interprétation des acteurs juridiques sous l'empire de leurs propres inspirations et préoccupations. Dans un tel contexte de luxuriance et de flexibilité de la réglementation juridique, il s'en faut que la continuation de l'ouvrage législatif, aussi bien d'ailleurs par le législateur lui-même que par les acteurs juridiques, se trouve strictement pré-tracée, contrainte par une espèce de déterminisme structurel : dans l'expérience juridique, les seules exigences pragmatiques absolument contraignantes sont des exigences de compatibilité non pas téléologique, mais logique, postulant la non-contradiction entre les contenus des règles à appliquer; ces exigences laissent encore un champ fort important à la créativité juridique, d'autant que les incompatibilités logiques elles-mêmes peuvent se résoudre, en pratique, par des accommodements de sens appropriés.

En définitive, on le voit, la réglementation juridique, tant par sa non-objectivité que par son incomplétude, apparaît bien dans son essence même comme une réalité aux contours irrésolus, à la « texture ouverte ». Un pareil support ne peut donner lieu qu'à une pratique juridique très chatoyante : c'est ce chatolement de la pratique juridique que je voudrais maintenant aborder très rapidement dans la seconde partie de mon exposé.

.

. .

## **II. - Le chatolement de la pratique juridique**

Reconstitué et complété par l'entremise des acteurs juridiques eux-mêmes dont il vise à encadrer les activités, le droit édicté par le législateur fait un peu penser à une auberge espagnole : il est l'auberge espagnole des intermédiaires par qui il paraît et est mis en œuvre ; il est ce qu'en font ceux qu'il régit, chacun agissant dans son propre contexte. Dans ce scintillement aux sources multiples, la pratique juridique revêt des allures ondoyantes, chatoyantes ; elle ne tourne pas, toutefois, au babel pur et simple. C'est qu'en fait chaque acteur juridique n'est pas entièrement libre dans ses opérations d'intermédiation, dans ses démarches de reconstruction et de complèment des contenus de pensée législatifs : la pratique juridique se développe sur la toile de fond d'une espèce d'équilibre des forces en présence, un équilibre qui opère une certaine régulation

d'ensemble. C'est sur lui que l'expérience juridique repose, et cependant il laisse subsister autour de cette dernière une aura de mystère : que l'expérience juridique soit possible sur une base aussi incertaine et fragile a quelque chose de prodigieux. Cet équilibre présente, en effet, la double caractéristique d'être fondamentalement subtil et instable, fluctuant.

1) Dans les représentations du droit applicable que chaque acteur juridique, à partir des édicitions législatives, est susceptible de se forger et de se donner pour base de son action, il s'opère un subtil équilibre régulateur par le fait que certains se trouvent en situation de faire prévaloir leur représentation et de l'imposer aux autres. On peut, à cet égard, distinguer schématiquement deux hypothèses, - en gardant par ailleurs à l'esprit que les acteurs juridiques (ceux qui ont à régler leurs actes sur le droit en vigueur) peuvent être aussi bien ceux qui ont à obéir au droit, à y conformer leur conduite, que ceux qui ont à appliquer le droit, à édicter des dispositions particulières sur la base de la réglementation déjà édictée. Ou bien les acteurs juridiques échappent exceptionnellement à tout contrôle de leur pratique juridique, cette immunité assurant par hypothèse même un succès pragmatique à leurs opérations de reconstruction et de complètement du droit applicable: c'était le cas, par exemple, de la pratique des pouvoirs publics en France à l'époque où le contrôle de la constitutionnalité de leurs actes n'existait pas ou était très limité; c'est encore le cas de la pratique administrative dans le secteur dit des « actes de gouvernement ». Ou bien les acteurs juridiques sont soumis dans leur pratique juridique à un contrôle, voire à une superposition de contrôles : dans ce cas, l'organe de contrôle ou l'organe de contrôle suprême se trouve, en principe, en position de faire prévaloir et d'imposer ses propres représentations du droit applicable. Tel est, en particulier, le cas des organes juridictionnels auxquels je me limiterai dans la suite de mon exposé en raison à la fois du cadre même de ce Colloque et de l'importance considérable du rôle régulateur et uniformisateur des tribunaux dans notre expérience juridique.

L'on se demande classiquement si les tribunaux sont des législateurs, s'ils ont le pouvoir de mettre en vigueur des règles juridiques. La réponse ne fait pas de doute : en tant qu'autorités publiques d'application du droit, ils édictent des règles ou normes juridiques particulières, ils mettent en vigueur un règlement juridique des litiges qui leur sont soumis ; c'est le sens même du dispositif de leurs actes juridictionnels. Le juge est en ce sens, pour reprendre l'heureuse expression du doyen Ripert, le « législateur des cas particuliers ». Par contre, il n'a pas le pouvoir d'édicter, de mettre en vigueur les règles elles-mêmes qu'il applique et qui sont en principe édictées par d'autres législateurs, par d'autres autorités publiques qualifiées. Mais il a, en revanche, le pouvoir d'imposer aux autres acteurs juridiques, en tant que justiciables potentiels devant lui, ses représentations de ce droit applicable, telles qu'il les formule dans les motifs de ses actes. Ces représentations du droit ne s'imposent pas en vertu d'une procédure officielle d'édition,

de mise en vigueur par voie d'autorité qui viendrait concurrencer et, en vérité, réduire à néant la compétence du législateur originaire<sup>16</sup>; elles s'imposent parce que, dans le contexte des rapports de forces et d'influences qui sous-tendent la pratique des différents acteurs juridiques, elles font autorité, elles font « jurisprudence » : on se trouve en présence ici d'une espèce de processus de sélection, non pas naturelle, mais institutionnalisée. C'est là un aspect fondamental de la fonction des tribunaux : leur rôle ne se réduit pas à celui de simples justiciers chargés de réprimer les comportements s'écartant du droit et de faire ainsi régner l'ordre dans la Cité; il est d'abord de faire régner l'ordre dans le droit lui-même, dans les représentations qu'on s'en fait. Il s'agit, par l'autorité même qui s'attache caractéristiquement à leur magistrature, de préserver l'expérience juridique du chaos et de la cacophonie dont elle se trouve virtuellement menacée.

Toutefois, l'équilibre de régulation qui s'opère par ce biais, est subtil à bien des égards. A partir de quand les représentations juridiques des tribunaux font-elles autorité et peuvent-elles être assimilées par les autres acteurs juridiques au droit effectivement en vigueur, s'imposant objectivement ou « positivement » à eux ? « Quand une solution résulte en France d'un ensemble convergent d'arrêts de cours d'appel, mais non encore approuvés par la cour suprême, ou quand elle ne résulte que d'un arrêt isolé et ancien de cette dernière juridiction, fortement mis en cause par l'évolution des circonstances économiques et sociales, la question de positivité se résoud-elle par oui ou par non ? », demandait dubitativement le doyen Batiffol<sup>17</sup>. A quoi il faut ajouter les possibles contrariétés de jurisprudence au sein d'un même ordre juridictionnel tant que la cour suprême n'est pas intervenue (ou, si ses chambres elles-mêmes ne sont pas en harmonie, tant que la formation la plus haute de la cour suprême n'est pas intervenue), mais aussi - ce qui est plus grave - entre juridictions ou cours suprêmes d'ordres juridictionnels différents. Autre aspect de cette subtilité : il faudrait évoquer les risques de dissonances dans l'interprétation elle-même, par les différents acteurs juridiques, des dires interprétatifs et supplétifs des tribunaux. Cette intermédiation au second degré ne va pas parfois sans soulever d'âpres difficultés et controverses, notamment lorsque le juge reste plus ou moins sibyllin par prudence délibérée, pour ne pas se lier lui-même. On ne peut s'empêcher de penser, en présence de cette sorte de jeu de miroirs dans

---

<sup>16</sup> On doit rappeler, à ce propos, une distinction qui figurait expressément dans le projet de Code Civil de l'an VIII (article 2 du titre V du Livre Préliminaire « Du droit et des lois ») et qui fut développée par Portalis dans son Discours Préliminaire, - distinction entre, d'une part, l'interprétation des lois par voie de doctrine, qui est la seule permise au juge et qui consiste à déterminer le sens d'une loi dans son application à un cas particulier, et, d'autre part, l'interprétation par voie d'autorité, réservée au législateur et consistant à « résoudre les doutes par forme de disposition générale et de commandement ». Ce Livre Préliminaire, jugé trop théorique, n'a finalement pas été repris dans le Code Civil de 1804 à l'exception des dispositions devenues les articles 4 et 5 qui sont, précisément, la mise en œuvre de cette distinction.

<sup>17</sup> Henri Batiffol, *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1960, p. 91.

l'expérience juridique - qui imprègne en fait l'ensemble de notre expérience de cohabitation ou convivialité intersubjective - à la remarque à la fois railleuse mais profondément lucide de Montaigne : « il y a plus affaire à interpréter les interprétations qu'à interpréter les choses et plus de livres sur les livres que sur autre sujet : nous ne faisons que nous entregloser »<sup>18</sup>.

Il faudrait aussi évoquer, en dernier lieu, la subtilité de l'effet même d'autorité qui s'attache aux actes juridictionnels et aux représentations du droit applicable qu'ils véhiculent. La sanction susceptible de frapper les pratiques juridiques fondées sur des représentations différentes peut, en effet, ne pas être suffisamment dissuasive; ou encore la réglementation juridique édictée par le législateur peut apporter elle-même des limitations à la prééminence de l'intermédiation juridictionnelle, ainsi qu'on le voit, par exemple, avec l'article L80A du Livre des Procédures Fiscales (ancien article 1649 quinquies E du Code Général des Impôts) qui permet aux interprétations des lois fiscales formellement admises par l'administration et favorables aux contribuables de prévaloir sur celles du juge de l'impôt tant qu'elles ne sont pas rapportées. Ou bien encore, les acteurs juridiques peuvent ne pas être incités à s'aligner sur la doctrine des juges si s'offre à eux la perspective de la faire censurer par le législateur et de voir triompher leur propre intermédiation: il n'est pas rare par exemple, pour rester dans le domaine de la fiscalité, que la Direction Générale des Impôts maintienne formellement dans une telle stratégie son interprétation des lois fiscales condamnée par le juge de l'impôt et cette fois défavorable aux contribuables et qu'elle prescrive à ses services de continuer à la mettre en œuvre. Cette espèce de référé législatif officieux vient rappeler que le juge n'opère lui-même qu'en circuit fermé, sous le contrôle distant mais réel du législateur, et que ses intermédiations des dires législatifs ne prévalent jamais que sous la réserve d'une ratification implicite présumée de l'autorité législative, comme l'avait fort bien vu Marcel Waline<sup>19</sup>. Encore qu'il faudrait réserver le cas du juge constitutionnel qui, lui, se trouve placé dans une situation relativement privilégiée dans la mesure où la remise en question de ses intermédiations des textes constitutionnels ne pourrait résulter que d'une intervention du Constituant lui-même, autorité - comme on le sait - discrète, dont les manifestations ne se déclenchent pas facilement : le Constituant est un peu l'imam caché du monde juridique ; en son absence, les fidèles doivent se fier aux interprètes patentés de sa parole.

---

<sup>18</sup> Montaigne, *Essais*, III-XIII.

<sup>19</sup> Marcel Waline, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de G. Scelle*, t. II, Paris, 1950, p. 624 s. Le législateur a, du reste, la possibilité d'encadrer par avance l'interprétation de ses textes en édictant des règles juridiques d'interprétation, générales ou de circonstance, - règles qui passent elles-mêmes, il est vrai, par l'intermédiation de ceux à qui elles sont adressées ...

2) Mais cet équilibre régulateur qui s'opère par l'office du juge n'est pas seulement subtil, diffus, incertain : il est, par ailleurs, instable, précaire, changeant. C'est un autre aspect de ce chatoisement de la pratique juridique. On ne peut jamais tenir les représentations juridiques d'une juridiction, fût-elle cour suprême unique, comme l'état officiellement fixé et définitivement cristallisé du droit applicable. Il y a toujours une possibilité pour les autres acteurs juridiques de la convaincre de se rallier à d'autres intermédiations et de consacrer d'autres représentations juridiques.

C'est que, contrairement aux vues classiques en circulation en France depuis leur formulation caricaturale par Montesquieu puis par les hommes de la Révolution et prétendant réduire l'essentiel de la fonction du juge à une opération syllogistique purement mécanique et déductive, contrairement au même rêve encore caressé aujourd'hui par des penseurs de renom comme Dworkin, la reconstitution et le complètement des contenus de pensée législatifs ne constituent pas un terrain de logique formelle, de logique productrice de certitudes absolues, étayées sur des raisonnements démonstratifs décisifs obligeant implacablement et une fois pour toutes à les admettre. Les intermédiations juridiques, par lesquelles sont fixées les prémisses mêmes du syllogisme judiciaire et plus généralement pratique, sont, par leur nature, toujours sujettes à discussion et controverse ; avec elles, on n'opère jamais sur un plan de savoir certain, mais de doctrine ou dogmatique, c'est-à-dire d'opinion<sup>20</sup>. De ce fait, et comme l'ont magistralement montré Toulmin et Perelman<sup>21</sup>, on est ici dans le domaine d'élection de la logique non formelle (de la logique « fonctionnelle », comme on l'appelle parfois), productrice seulement d'arguments plus ou moins persuasifs, étayés sur des raisonnements dialectiques qui ne peuvent emporter que des convictions relatives en fonction des données circonstanciées et, en particulier, de l'auditoire même auquel on s'adresse. On ne peut démontrer en quelque sorte la « véracité » ou « exactitude » de la représentation que l'on se fait du droit applicable à partir des textes législatifs ; on peut seulement présenter des justifications au soutien de cette représentation et à l'encontre de représentations différentes, des justifications poussant à faire admettre sa position mais n'y contraignant pas purement et simplement<sup>22</sup>. Des justifications dont la force persuasive

---

<sup>20</sup> Reprenant cette opposition classique depuis la philosophie grecque entre *savoir* et *opinion*, Kant définit cette dernière, rappelons-le, « le fait de tenir quelque chose pour vrai avec la conscience d'une insuffisance subjective aussi bien qu'objective de ce jugement », par différence avec le savoir qui procure subjectivement la conviction et objectivement la certitude (*Critique de la raison pure*, « Théorie transcendantale de la méthode », chap. II, sect. 3, A822/B850).

<sup>21</sup> S.E. Toulmin, *The uses of argument*, New-York/Londres, Cambridge University Press, 1958 ; Chaïm Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, P.U.F., 1958, 5<sup>ème</sup> éd. 1988.

<sup>22</sup> La différence qui sépare la logique démonstrative de la logique argumentative n'est pas sans rappeler d'une certaine façon, quoique dans un registre évidemment tout autre, la différence qui sépare en science les lois de type classique dites « déterministes » (qui fixent le mode certain de production d'un phénomène) des lois probabilistes (qui fixent un mode seulement probable et ne permettent donc pas à



est variable selon le contexte et selon les variations du contexte, -selon l'évolution des faits, des idées, de l'état général du droit lui-même, selon aussi le changement des hommes à qui ces justifications sont destinées.

Il y a, par là, toujours une incertitude pour les acteurs juridiques contrôlés par le juge, mais en même temps toujours une possibilité de faire revenir ce dernier sur ses intermédiations antérieures, d'obtenir un revirement de jurisprudence consacrant leurs propres représentations juridiques ou des représentations s'en rapprochant ; il est, de même, toujours possible à des juridictions inférieures d'entrer en dissidence calculée avec la jurisprudence de la cour suprême et d'espérer parvenir, à travers cette fronde, à convaincre cette cour de donner son aval à de nouvelles représentations juridiques. Le chatolement de la pratique juridique n'est ainsi pas moins remarquable quand on passe du synchronique au diachronique : à partir des mêmes textes législatifs, les représentations du droit faisant autorité peuvent osciller considérablement d'une époque à une autre; le monde du droit n'est pas simplement à géométrie variable, il est à géométrie négociable.

.

. .

Au terme de mon analyse, je suis tenté d'emprunter ma conclusion au poète-philosophe allemand Hölderlin : « c'est poétiquement que l'homme vit sur la terre ». Nous sommes aujourd'hui surtout sous le charme des visions poétiques du monde de la nature, telles qu'elles nous sont dessinées par les microphysiciens et les astrophysiciens, par la théorie de la relativité ou par la théorie quantique ou subquantique. Mais on ne doit pas oublier cet autre Pays des Merveilles qu'est le monde de l'esprit, et spécialement le monde du droit et de l'expérience juridique : c'est aussi un monde de la complexité et de la relativité, un monde où le souverain législateur se trouve contraint de composer constamment avec ses sujets, où la teneur des lois passe, comme par enchantement, par le prisme de la subjectivité de ceux à qui elles s'adressent, - lesquels, au demeurant, ne se plient jamais à ces commandements venus d'en haut que par le canal de leur propre volonté et donc, nécessairement avec son consensus ; c'est aussi un monde reposant sur des « structures d'équilibre dissipatives », pour reprendre la

---

leurs utilisateurs de prévoir avec certitude les manifestations du phénomène en question). Il est, au demeurant, remarquable qu'on ait tendance à contester le caractère de véritables lois scientifiques aux lois probabilistes (en dépit des applications tangibles considérables auxquelles elles ont donné lieu) comme on a tendance à contester que la logique non formelle soit de la logique authentique.

formule du chimiste russe Prigogine<sup>23</sup>, c'est-à-dire des structures d'équilibre ouvertes en permanence à des fluctuations aléatoires susceptibles de les faire bifurquer vers de nouvelles structures d'équilibre. Et le parallèle même qui nous est ainsi suggéré, ne laisse pas d'être lui aussi, en fin de compte, profondément énigmatique et fascinant.

Paul AMSELEK

---

<sup>23</sup> Ilya Prigogine et Isabelle Stengers, *La nouvelle alliance*, Paris, Gallimard, 1979.