

LOGIQUE TEXTUELLE ET ÉTAT DE DROIT

Par Pierre Moor

I. LA VULGATE EPISTEMOLOGIQUE

1. Manifestement, l'activité juridique consiste à travailler avec — ou sur — des textes. Il y a des normes, exprimées sous forme générale et abstraite, au moyen des règles syntaxiques et lexicales du langage courant — pour le lexique, avec les précisions nécessaires au maniement technique; ces normes ont un sens, impératif pour le règlement de tout cas concret qui entre dans leur champ d'application. Ces normes sont des textes — elles sont écrites — mais, malheureusement, leur sens n'est pas toujours clair. Il faut alors interpréter le texte pour fixer le sens de la norme. Il y a pour cela un répertoire de méthodes usuelles.

Et, dans les facultés de droit, on enseigne ces textes, dans les interprétations — convergentes ou divergentes — que leur donnent la jurisprudence et la doctrine.

Telle est la vulgate de la théorie juridique, du moins dans les pays de droit écrit.

On sait pourtant depuis longtemps que l'équivalence entre texte et norme est problématique. L'interminable débat sur l'interprétation en témoigne, de même que le transfert de ce débat au niveau supérieur, dénommé «herméneutique». Cantonné assez souvent sur le plan épistémologique, le questionnement risque d'éluder ce qui est en jeu plus profondément, à savoir les rapports entre la méthodologie juridique et la structure postulée par les ordres juridico-politiques revendiquant la qualité d'Etat de droit. Dans les faits, on assiste plutôt à une juxtaposition. D'une part, la théorie juridique est principalement axée sur des conceptions normativistes et les problèmes logiques (qu'est-ce qu'appliquer une norme?), éthiques (quel est le bon contenu des normes?), ontologiques (quel est le fondement de l'édifice normatif?) qu'elles posent. De son côté, la théorie de l'Etat de droit porte sur les garanties spécifiques indispensables que le droit public doit apporter à sa constitution (modèle de la séparation des pouvoirs, principe de légalité, institution des droits fondamentaux). Si les deux se rejoignent, c'est sur les dimensions éthique et ontologique, avec des conceptions variées qui, souvent, fusionnent les deux aspects (ainsi les théories de la justice à partir de la catégorie d'un contrat fondamental rationnellement négocié ou de la valeur transcendante de la personne humaine, ou celles qui se basent sur l'institution démocratique, etc.). Quoi qu'il en soit, prédomine la conception d'un ensemble de normes qui sont censées déterminer, dans le même temps et en vertu de la même impérativité immédiate, les comportements humains et les actes des autorités ayant à statuer sur leur transgression.

Or, cette conception pose immédiatement la question de la logique qui est censée permettre d'«appliquer» la norme aux cas qu'elle doit régir. La conception normativiste tend à isoler deux mondes: celui que la loi ne régir pas, et qui est celui du libre-arbitre des individus (même si cette liberté est complètement niée au niveaux macrosociologique et macroéconomique, régis, eux, par des «lois» édictées comme par une «main invisible»), et celui qu'elle régir, lequel relève de l'ordre de la nécessité — puisque les normes sont impératives. Il est déjà paradoxal que deux mondes aussi différents puissent simplement coexister, puisque, en réalité, l'un a l'autre pour objet (les comportements humains). Il est ensuite certain, en tout cas pour celui qui observe la pratique du droit, que les normes ne peuvent être effectivement «appliquées» sans qu'il y ait, dans l'acte même de cette application, au moins une certaine liberté: mais comment l'admettre dans la théorie sans faire vaciller le fondement même du droit? D'où les discussions méthodologiques infinies dont la répétition démontre le caractère aporétique. On fera ici l'hypothèse que le problème épistémologique est sans solution possible précisément parce que les termes dans lesquels il est posé traditionnellement lui sont dictés par le développement d'un raisonnement qui veut résoudre *avant* les questions éthiques et ontologiques.

2. On va tenter ici cependant de suivre un autre chemin, qui commencerait avec un réexamen de l'épistémologie juridique — au lieu d'y aboutir. On pourra voir alors, paradoxalement, que la norme s'accompagne au niveau de sa logique même de toute la liberté requise pour pouvoir «dire» le droit et que la reconnaissance de cette liberté — si elle est déployée dans toutes les potentialités inhérentes à l'acte du «dire» à partir de «textes» — est la condition même de l'Etat de droit: toutes les garanties qui qualifient ce type de structure politique, non seulement sont inconcevables sans une telle logique, mais n'en sont qu'une transcription.

C'est ce chemin que les notes qui suivent vont parcourir¹. Elles sont numérotées. Mais cet ordre n'est pas le seul envisageable; une lecture dans un ordre différent ne présenterait pas forcément moins de cohérence: elle ouvrirait d'autres chemins, d'autres perspectives, qui ne sont ici qu'esquissées. Serait ainsi illustrée une idée sous-jacente. Toute lecture obéit à l'ordre unidirectionnel qui lui est imposé par le temps qu'occupe l'acte de lire. C'est ainsi qu'apparaît comme nécessité logique une succession hiérarchique des arguments, se déployant non seulement l'un après l'autre, mais aussi le suivant à partir du précédent.

¹ Des idées sont rassemblées ici qui ont figuré, séparément, dans des articles antérieurs: «Dire le droit», in: *Revue européenne des sciences sociales*, 1997, N° 107, p. 33 ss; «Herméneutique et droit administratif (la question du pouvoir)», in: *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999, p. 51 ss; «Éthique, juridique, politique: trinité laïque?», in: *Revue européenne des sciences sociales*, 2000, N° 118, p. 29 ss. Ce rassemblement n'aurait pas été possible sans la lecture de l'ouvrage de Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlin, 1993 (*Discours de la méthode juridique*, trad. fr. par Olivier JOUANJAN, Paris, 1996; on citera par la suite la traduction) et sans celle de l'oeuvre de Paul RICOEUR, *Du texte à l'action — Essais d'herméneutique II*, Paris, 1986. Et il s'est enrichi enfin des réflexions suscitées par Jacques DERRIDA, *Force de loi*, Paris, 1994, et par Giorgio AGAMBEN, *Homo sacer*, Paris, 1994.

Cependant, si l'ordre juridique constitue réellement un système, il forme une unité complexe dont seule une appréhension globale — d'un seul regard, comme on voit une toile d'araignée — permettrait de rendre compte: la poésie en est capable — d'où l'utilité des métaphores. A en rester au prosaïsme des concepts, un seul moyen existe: suivre la succession donnée par la formulation du texte en restant conscient que d'autres successions renverraient à d'autres perspectives qui pourtant, précisément parce qu'on est en position de lecteur, ne peuvent être suivies dans l'instant; seules ces lectures potentielles, indéfiniment suspendues, permettent de parcourir hypothétiquement le système dans la globalité de ses sens.

3. Ce qui existe, comme phénomène, c'est le texte légal: c'est le seul objet qui soit réellement, tel quel, sujet à une appréhension commune et identique: ce sont les mêmes mots qui sont lus par chaque lecteur. Mais la norme est en quelque sorte derrière les mots du texte légal: elle est le sens de la formulation. Ce sens, il faut le fixer, et il ne peut l'être que par un autre texte qui, par conséquent, repose à nouveau la question de son propre sens. Et il faut continuer ainsi jusqu'à ce qu'on aboutisse à un texte dit clair. Cette succession part d'un texte originaire — la loi —, puis, par cascade, se termine par un jugement relatif à une situation concrète. L'interprétation de la loi aura passé, par exemple, par un règlement d'exécution et par une suite de jugements concrets constituant une jurisprudence — sans compter les apports de la doctrine.

Un texte est clair lorsque son sens ne réclame plus aucun autre texte pour être admis par n'importe quel lecteur comme applicable au cas concret. Ce déchiffrement progressif, par étapes successives, permet de constituer la majeure de ce qui est communément appelé le syllogisme juridique: les faits de la catégorie A entraînent l'effet juridique du genre B (c'est la norme déchiffrée), or le fait x rentre dans la catégorie A (c'est la situation concrète), donc x entraîne un effet du genre B (c'est la conclusion juridique concrète).

Cette vulgate épistémologique ne poserait pas de problèmes s'il était facile d'aboutir à des textes clairs. Et il en existe certes qui le sont à la première lecture: ils sont rarissimes. La plupart des textes juridiques exigent d'être déchiffrés. On pourrait penser dès lors qu'il y a une méthodologie assurée de la découverte du sens: ce n'est pas le cas. Ce qui est enseigné, c'est un catalogue de méthodes, avec l'énoncé de leurs qualités et de leurs défauts. Mais il ne se trouve pas une norme qui fixe les règles du travail d'interprétation. C'est une situation paradoxale que les normes du droit positif soient considérées comme impératives, quand bien même aucune méthode impérative n'a pu être élaborée pour la détermination de leur sens, c'est-à-dire précisément pour la fixation de ce en quoi elles sont impératives.

Ce paradoxe mérite d'autant plus explication qu'il n'échappe pas au commun des mortels — à savoir les non-juristes. Ceux-ci, en effet, accusent volontiers les juristes d'être surtout habiles à tourner la loi, ce qui revient à les accuser de donner à la loi le sens qui leur convient, et non pas le sens qui est celui de ... quoi? de son texte? — non: qui est celui qu'eux-mêmes, les «laïcs», croient être autorisés à y lire!

II. LA CONCEPTION NORMATIVE

1. Peu de philosophes — qu'ils aient ou non une formation de juriste — disent que le droit est un système de textes de normes. Pour la plupart, le droit est un système de normes, parce que le phénomène le plus apparent d'un système juridique, ce qu'il produit en propre, est son impérativité, et que celle-ci ne peut découler que de normes.

Cette conception a de multiples origines. Elle est, depuis le XIX^e siècle, à la base de la théorie la plus répandue, on dirait presque la plus officielle, qui est le positivisme. Dans sa version la plus achevée, celle de Kelsen, c'est sans doute celle qu'imagineraient les praticiens s'ils devaient disserter sur le sujet (ce qu'ils évitent d'ailleurs plutôt). Elle est l'aboutissement du mouvement constitutionnaliste issu des révolutions libérales et dont une des idées les plus profondes a été de mettre de l'ordre (ou ce qui était conçu comme tel) dans les sources du droit. Organisant l'Etat en même temps qu'il en limitait la puissance, le libéralisme, légaliste, fonde le système juridique sur une constitution, consacrant le principe fondamental de la séparation des pouvoirs: c'est à la loi qu'il appartient de régir la puissance publique — administration et pouvoir judiciaire —; et s'il a fallu admettre le pouvoir réglementaire (soit une norme aussi, mais de rang inférieur), on a posé en même temps qu'il ne pouvait reposer que sur une délégation du législateur. Les grandes codifications ont quasiment conduit le droit coutumier aux oubliettes et ont fait naître l'illusion que tout pouvait être contenu dans le droit écrit. La jurisprudence était condamnée à être l'esclave de la norme — dans une autre métaphore, Montesquieu faisait du juge «la bouche de la loi».

Le droit ne pouvait ainsi être conçu que comme un système de normes. Que la pratique ait continué à se débrouiller autrement que cette théorie le faisait paraître (et se salir les mains en les mettant à une pâte que la théorie voulait cacher sous la table) est un autre problème: celui de la fonction idéologique de la théorie. On peut soutenir en tout cas qu'elle visait à neutraliser absolument le pouvoir, en injectant dans la norme une objectivité telle qu'elle avait en elle-même tout le sens requis pour qu'aucune volonté ultérieure ne puisse l'affecter — d'où la construction du syllogisme. Un monde rationnel pouvait ainsi être postulé, dans lequel la liberté inhérente à toute lecture d'un texte était occultée au profit d'une supposée nécessité déductive d'un sens mis à l'abri à l'intérieur même de la norme.

2. Cette théorie est la cristallisation de toutes sortes de courants de pensée antérieurs. Il ne s'agit pas ici de les analyser pour eux-mêmes, ni de retracer leur histoire, mais de retrouver leurs traces actuelles telles qu'elles y ont été banalisées. Pour ce faire, il est utile de partir de la notion même de loi, puisque c'est elle qui est en question. Mais c'est une notion complexe, puisque le terme n'est pas employé seulement dans la théorie du droit ou de l'Etat, mais aussi dans les sciences. Quelles significations cette complexité véhicule-t-elle?

La «loi» est un concept organisateur qui permet de penser le mouvement des choses en faisant abstraction des apparences qu'elles prennent. Elle cherche à définir les conditions de tout mouvement quelconque, de telle sorte qu'elles soient les mêmes pour toute chose quelconque. Elle est ainsi en mesure de reconstruire une nature formalisée plus «réelle» que la nature réelle, puisque les apparences de la seconde découlent nécessairement des lois de la première. La loi scientifique met en oeuvre cette logique organisatrice, travaillant par généralité et abstraction: logique appelée «galiléenne» par commodité — mais on peut aussi évoquer la figure de Laplace, qui, s'il avait connu la localisation et le mouvement de tous les atomes, se serait fait fort de prévoir l'avenir.

Cette logique a monopolisé ce que pouvait et devait être la Rationalité. Il y a certes eu des tendances contraires, travaillant à une logique «indiciaire»: l'art de repérer au moyen de signes concrets la trace d'un événement également concret et en reconstituer ainsi la réalité. Elles ont été rares, recouvertes qu'elles ont été par le courant dominant. Carlo Ginzburg — qui a mis l'opposition de ces deux types de logique en évidence² — ne cite comme figures célèbres que celles de Sherlock Holmes et de Sigmund Freud. Peut-être pourrait-on aussi attribuer à la logique indiciaire la casuistique des Jésuites. Et sans doute également la pratique des juristes.

3. La doctrine du Droit naturel participe de la logique galiléenne. Elle aussi voit dans la Nature une oeuvre rationnelle qui ne peut être telle que s'il y a aussi des lois d'organisation sociale. A vrai dire, son argument doit se lire dans l'ordre inverse: il y a des lois rationnelles d'organisation sociale parce qu'il y a dans la Nature une Rationalité que les découvertes de la science révèlent. Comment l'Homme pourrait-il y faire exception? Certes, chaque jour apporte son lot d'injustices: c'est que les hommes ne s'ouvrent pas à la Raison, d'où la lutte pédagogique quotidienne des Lumières contre l'obscurantisme.

A son tour, Kant, bien que distinguant nature et culture et, par suite, la différence de rationalités entre l'appréhension de l'une et de l'autre, a lui aussi soumis le jugement éthique à la loi de la loi: le jugement de la raison pratique se vérifie par le passage à l'universel, ce qui maintient la norme (le devoir-être) dans la logique générale et abstraite de la loi³. La prise en considération de facteurs de décision qui relèveraient du concret des choses et des situations ferait intervenir des accidents, lesquels sont sans pertinence, puisqu'ils

² Carlo GINZBURG, «Traces — Racines d'un paradigme indiciaire», in: *Mythes, emblèmes, traces — Morphologie et histoire*, trad. fr., Paris, 1989, p. 139 ss.

³ Voir la formulation du devoir moral (*Fondements de la métaphysique des moeurs, Oeuvres complètes*, t. 2, Paris, La Pléiade, 1985, p. 285): «Agis comme si la maxime de ton action devait être érigée par ta volonté en loi universelle de la nature»; cf. *Critique de la raison pratique, ibid.*, p. 692 s.

pourraient aussi bien se produire que ne pas se produire: ils ne peuvent donc mettre en cause la rationalité de la norme⁴.

L'assimilation — philosophiquement plus ou moins correcte, telle n'est pas la question — de cette construction du jugement éthique dans la pensée sur le droit et plus particulièrement dans le moule institutionnel de la séparation des pouvoirs a permis de distinguer loi scientifique et lois morale ou juridique, les secondes travaillant avec les concepts d'obligation, de transgression et de sanction. Mais la logique à l'oeuvre dans la première et les deux autres reste la même: celle qui ignore la problématique du concret par rapport à l'abstrait, parce que le concret, s'il veut être rationnel, doit nécessairement être absorbé par l'abstrait.

III. TEXTE ET NORME

1. Et ce n'est pas un hasard si, en même temps que le concret était dévalorisé au niveau de l'accident, la construction normative a également occulté la problématique du texte. En effet, celle-ci n'est que le revers de l'autre. Soit un texte raisonnable: il sera parfaitement clair à son niveau d'appréhension — la généralité et l'abstraction; par exemple, s'agissant d'une norme qui prescrit qu'«il est interdit de construire à moins de trente mètres de la lisière d'une forêt», chacun sait ce qu'est une forêt (ou plutôt: ce que signifie le terme de forêt). On pourra disputer de l'opportunité de la prescription, mais on ne pourra pas dire que la norme qui la pose n'est pas claire. Les choses iront différemment lorsque, en présence de tel ou tel peuplement d'arbres, il s'agira, dans son rapport à la norme, de le catégoriser comme forêt, ou comme bosquet, ou encore comme simple cordon boisé tout au long d'une rivière. C'est à ce moment qu'on s'apercevra que la notion légale de forêt se définit par un ensemble de paramètres, qui forment ensemble son sens mais sans que l'abstraction puisse définir de manière invariable quelles sont les relations que ces paramètres entretiennent entre eux. Or, il est sûr qu'il y a un certain nombre de peuplements d'arbres pour lesquels tous les paramètres sont à l'évidence réalisés. Mais il y en a d'autres pour lesquels seulement certains d'entre eux le seront, et cela plus ou moins: seront-ce des forêts ou non «au sens de la loi»? Ce problème de qualification est celui qui est le plus souvent posé dans la pratique des juristes et qui est leur travail quotidien. Mais c'est aussi celui qui démontre que l'abstrait n'absorbe immédiatement le concret que dans un monde où les dimensions de l'espace et du temps sont singulièrement appauvries. Si ces dimensions sont enrichies, un processus d'élaboration, effectuée sur le cas individuel à l'aide des éléments fournis par la notion «légale», permet seul de décider si ce concret peut revêtir la signification de l'abstrait

⁴ Voir Paul RICOEUR, p. 274 ss. On peut rappeler ici le fameux casus du bandit, dont il est dit quelques mots dans Pierre MOOR (2000), p. 36 ss.

(c'est une forêt «au sens de la loi»); et c'est un processus créatif, parce que, ainsi, c'est aussi l'abstrait qui sera déterminé par le fait même de la fixation de sa signification individuelle.

Dans un monde plus complexe à appréhender, il faut donc nécessairement distinguer norme et texte de la norme⁵, parce que c'est le sens même du texte qui sera nécessairement en cause dans les situations concrètes — et cela non pas du fait de soi-disant «accidents»: il ne pourra être établi que dans son rapport à elles, et la norme n'apparaîtra que par un processus d'élaboration à partir de leur individualité⁶. Il y aura norme lorsqu'à l'aboutissement d'un processus de décision argumentée, le juge aura élaboré un texte⁷ qui, pour le cas qui est porté devant lui, lui permettra de rendre immédiatement le dispositif de son jugement. Cette norme peut être dite individuelle⁸ parce qu'elle est issue d'un travail qui a pour objet, moyennant le programme donné par un ou quelques textes, l'ensemble des circonstances concrètes du cas; elle sera elle-même évidemment un texte — clair —, formulable en termes généraux et abstraits, qui viendra enrichir tous les autres textes concernant la «forêt» et, parmi ces textes, surtout le premier d'entre eux, celui qui permet et exige la succession des autres, à savoir celui qui énonce en premier la prescription.

Ce texte premier («il est interdit de construire à moins de trente mètres de la lisière d'une forêt») n'est donc pas, en lui-même, une norme générale dans le sens où la définition du genre serait *a priori* identique à celle des individus qui le composent à la seule exception du fait même de leur individualité. La norme générale est bien plus que ce texte initial: c'est l'ensemble des textes produits à partir de ce texte premier; en élaboration permanente, elle est générale en ce sens qu'elle forme le système de toutes les normes individuelles décidées en rapport avec le texte premier pour être raisonnablement conformes avec celui-ci.

2. La logique textuelle implique ainsi l'autonomisation des textes⁹ par rapport à la subjectivité de leur auteur: celui-ci les décide comme des messages — or, les messages, dès lors qu'ils sont formulés, rendent non pertinent ce que leur auteur peut avoir voulu y mettre sans y avoir réussi — sinon, ils reprendraient immédiatement ce qu'ils semblaient vouloir donner, à savoir ce «quelque chose» précisément qui est communiqué et donc destiné par le seul moyen du texte à être compris. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils soient ouverts à

⁵ Sur la distinction entre texte et norme, cf. Friedrich MÜLLER, p. 45 s., 105 s., 187, 209.

⁶ Pour Friedrich MÜLLER, les circonstances de fait déterminantes au regard du programme normatif sont appelés «champ normatif» («Normbereich») (p. 46, 195).

⁷ Et, puisque le juge aussi est l'auteur de textes, les considérations qui suivent sont également applicables au *case law*.

⁸ Friedrich MÜLLER l'appelle «Entscheidungsnorm» («norme-décision» dans la traduction). Avec Paul RICOEUR (p. 171, 187), on peut parler de ce travail comme «exécution» du texte.

⁹ Sur ce qui suit, Paul RICOEUR, p. 124 ss, 122.

la subjectivité de leurs lecteurs — et cela pour des raisons évidemment inverses: les lecteurs prendraient ce qu'on n'a pas voulu leur donner — à savoir autre chose que ce «quelque chose» qui a été communiqué. Autrement dit, les textes sont les instruments d'une médiation sans laquelle on ne pourrait concevoir de construire des normes générales par la production de normes individuelles. Cette médiation implique nécessairement la double distanciation, et par rapport à l'auteur du texte, et par rapport à son lecteur: le texte doit avoir cette double autonomie pour pouvoir être «appliqué» (en termes juridiques traditionnels) sans référence ni à la volonté intime du législateur (qui s'épuise dans l'acte de poser le texte) ni à celle du juge (dont précisément la subjectivité est transcendée par le travail sur le texte).

Et c'est ainsi dans et par le texte que pourront premièrement s'établir les paramètres pertinents, le programme normatif, «la dynamique interne qui préside à la structuration de l'oeuvre» et que celle-ci contient par elle-même. Secondement, au fur et à mesure qu'avec ces paramètres sont produites des normes individuelles, on pourra construire à partir du texte la norme générale — «la puissance de l'oeuvre de se projeter hors d'elle-même et d'engendrer un monde qui serait la "chose" du texte».10

3. Il est ici intéressant de constater que — paradoxalement dans une conception normativiste —, les textes les plus fondamentaux sont ceux qui nécessitent le plus la production de normes individuelles: par exemple, «La liberté personnelle est garantie», «L'égalité de traitement est garantie». La preuve en est fournie par les milliers de pages qui sont écrites pour commenter ce qu'il advient de ces textes dans l'ordre juridique.

Il y a même des textes qui sont posés uniquement pour permettre la production de normes individuelles, voire pour l'exiger — qu'on pense par exemple au principe de la bonne foi, ou à celui de la prohibition de l'abus de droit. Ces textes ne font que mentionner une pure valeur. La norme individuelle que ces principes autorisent, voire obligent à adopter s'écartera explicitement d'autres textes dont le contenu, pourtant pertinent, conduirait manifestement, dans les circonstances concrètes du cas, à protéger une personne de mauvaise foi. L'ensemble de ces normes individuelles est quasi impossible à formuler en norme générale autrement que par l'énoncé d'une casuistique, précisément parce que ces principes sont là uniquement pour prévoir la possibilité de faire prédominer la justice individuelle sur la référence aux textes.

Un cas intéressant est aussi celui d'un texte posant le principe de la prohibition de l'arbitraire — ainsi qu'on le nomme en droit suisse, mais on le trouve autrement systématisé dans différents systèmes juridiques: soit un principe selon lequel tout acte d'autorité doit reposer sur des motifs pertinents. On peut l'interpréter comme une norme générale exigeant

10 Les citations sont de Paul RICOEUR, p. 36.

la production de textes rationnellement justifiés au fondement de tout exercice de la puissance publique.

Mais ce sont des cas exceptionnels. La plupart des textes ont — et doivent avoir — une certaine «densité normative», selon une terminologie usuelle, sans quoi précisément ce ne seraient pas des «textes» à partir desquels la rationalité de normes individuelles peut être construite. Leur contenu sémantique constitue un ensemble articulé de paramètres — un programme normatif¹¹ — auxquels le juge devra impérativement se référer pour qualifier les faits de la cause et, ce faisant, élaborer à leur sujet une norme individuelle. Les publicistes ont mis en évidence, dans les législations actuelles, une diminution de la densité normative: les textes comportent de plus en plus de concepts juridiques indéterminés — soit des concepts (tels que moralité, beauté, etc.) qui ne permettent aucune déduction parce que leur sens réel ne peut être constitué qu'à partir d'une situation concrète. Lorsqu'elle comporte une connotation péjorative de l'«indéterminé», cette approche reste collée à l'idéal syllogistique, pour laquelle, évidemment, les concepts doivent être déterminés — c'est-à-dire permettre une déduction sans aucune opération préalable de fixation du sens concret. Toutefois, il est intéressant qu'elle ait été le fait de publicistes. Car, régissant les activités publiques, donc attentif non seulement à leur conformité à l'ordre juridique mais aussi à leur efficacité — donc à leur adéquation aux circonstances concrètes —, le droit administratif a dû prendre en compte la nécessité de laisser aux autorités l'espace de liberté requis pour la mise en oeuvre de leurs tâches. Et cet espace est précisément celui que laisse tout texte. S'il a été mis en évidence par les publicistes, c'est parce qu'ils ont dû problématiser les rapports de pouvoirs entre l'administration active d'une part et le juge administratif appelé à la contrôler de l'autre: cette liberté appartient-elle en propre à l'administration, le contrôle judiciaire devant s'arrêter là où elle commence, ou, au contraire, le juge peut-il aussi s'en prévaloir? C'est mettre le doigt très précisément sur le point sensible, parce que rien, dans une «norme» (au sens classique), ne devrait justifier des différences d'impérativité selon qui est appelé à l'appliquer.

Ce problème se pose avec beaucoup moins d'acuité en droit privé ou en droit pénal, tout juge — de première instance, d'appel ou de cassation — ayant par apport aux textes légaux une responsabilité de nature identique et «appliquant» la «norme» avec le même pouvoir. Il n'y était donc pas indispensable de rendre visible ce qui pouvait être ignoré — que les textes permettent par fonction de décider de normes que parce que, pour la plupart, ils sont constitués de ce que les publicistes ont appelés, faute de mieux et à cause de la référence qu'ils jugeaient obligatoire à l'idéal syllogistique, des concepts indéterminés.

¹¹ Terme repris de Friedrich MÜLLER («Normprogramm»); notamment p. 45, 107, 325).

V. LE TRAVAIL SUR LES TEXTES

1. Reprenons autrement la relation entre texte et norme: en en restant à l'«interprétation» du texte et en laissant de côté le rapport au concret sur lequel nous nous sommes arrêté il y a un instant. Il peut y avoir une correspondance point à point: la situation est tout à fait exceptionnelle. Dans la plupart des cas, il est nécessaire d'«interpréter». Par exemple, si, pour reprendre simplement l'exemple trivial précédent, il est dit qu'«il est interdit de construire à moins de trente mètres de la lisière d'une forêt», le texte ne dit pas ce qu'est une forêt. Il faut donc ajouter un autre texte pour avoir, entre ce nouveau texte et la norme individuelle à produire, correspondance point à point. La forêt est une «grande étendue de terrain couverte d'arbres», dit le *Petit Larousse*. Mais qu'est-ce qu'une «grande étendue»? Un texte pourrait la chiffrer — par exemple 800 m² (laissant d'ailleurs de côté la question de savoir si, pour être en présence d'une «forêt», la superficie peut être déterminée indépendamment de la forme de l'«étendue»). Resterait de toute manière la définition d'«arbre»: «grande plante ligneuse vivace dont la tige, ou *tronc*, fixée au sol par des *racines*, est nue à la base et chargée de *branches* et de *feuilles* à son sommet» — toujours le *Petit Larousse*. Qu'en est-il des repousses? Ces «futures grandes plantes» doivent-elles être considérées déjà comme des «arbres», ce qui, à la lisière, où elles sont nombreuses, augmente la surface forestière? Un nouveau texte est nécessaire. Et que signifie «couverte» d'arbres? Dans quelle mesure la densité de la population de végétaux «grands» et «ligneux» est-elle déterminante?

Tout texte est nécessairement le point de départ d'autres «textes»; ou, plus précisément, exige la formulation d'autres textes. Cela signifie que, sous cet angle aussi, aucune norme générale ne correspond au texte légal: toute norme est un système de textes arborescents (la métaphore suit l'exemple) à partir d'un texte de base — le texte «premier». Le travail juridique consiste précisément à créer cette arborescence, et c'est ce travail sur chaque norme qui en même temps y conserve l'indéterminé dans le déterminé et y réserve le déterminé dans l'indéterminé¹².

Il est important de souligner qu'il est vain de tenter de clore ce système sous forme d'un ensemble exhaustif de textes écrits sous forme générale et abstraite. Est-ce même possible? On pourrait par exemple écrire: «tout peuplement de plantes vivaces ligneuses, occupant une surface de 800 m², avec une densité d'une plante par 10 m², les plantes de moins de 50 cm de hauteur n'étant pas prises en compte, est une forêt» — mais, même sous cette forme,

¹² C'est ce travail qui est supprimé dans le décisionnisme schmittien auquel AGAMBEN se réfère, p. 185 s. (lorsqu'il cite la catégorie du «concept indéterminé» pour caractériser «la théorie nationale-socialiste, qui place la source immédiate de la loi dans la parole du Führer»), et dans lequel, autrement exprimé, on se trouve en présence d'«une norme qui décide le fait qui décide de son application» — c'est-à-dire plus du tout un *concept*.

on peut toujours douter que le système soit complet — ainsi, qu'est-il d'une pluralité de groupements distants entre eux de quelques mètres? A partir de quelle distance forment-ils simplement un certain nombre de bosquets dont aucun ne réunit la condition de la surface minimale?

Tout texte est donc — exception faite de quelques exemples rarissimes — incomplet. Si les textes sont des textes de normes, cela signifie que toute norme est ouverte de manière permanente à la nécessité d'être complétée. On dit parfois qu'elle fait l'objet d'un processus permanent de concrétisation — mais le terme est ambigu, car il laisse penser que le concret est simplement la forme matérielle de l'abstrait. Il faut bien plutôt entendre par là que l'élaboration des normes individuelles (c'est-à-dire, si l'on veut, le droit dans sa dimension concrète) amène nécessairement à l'enrichissement de la norme générale (le droit dans sa dimension abstraite).

Le problème est à ce stade de savoir quelles règles régissent de tels complètements. C'est ici que se situe la question herméneutique.

2. L'image la plus communément répandue est que les complètements apportés au fur et à mesure des besoins ne sont qu'un dévoilement: le sens apporté se trouve déjà dans la norme, et il faut le retrouver. Mais on sait — par la pratique de la jurisprudence — qu'il n'y a pour cela aucune méthode et que, par conséquent, le problème posé est insoluble. En effet, plusieurs méthodes sont proposées, ce qui a pour effet que plusieurs résultats sont toujours possibles. Ce n'est donc pas par une méthode d'interprétation que le sens est donné, mais par le choix auquel l'interprète aboutit: il est le fruit d'une décision (argumentée — on reviendra là-dessus) prise à partir de l'ensemble des sens possibles, tels qu'ils sont indiqués et par l'analyse du texte et dans les différentes individualisations accessibles dans les cas concrets. On peut dire à ce point que la norme (en tant que distincte de son texte) n'existe qu'au moment de la lecture que fait l'interprète du texte, dans la situation à partir de laquelle il lit.

Qui a qualité d'«interprète»? Le premier est évidemment celui qui y est autorisé par l'ordre juridique — donc par un autre texte, qui pose sa fonction, c'est-à-dire la définit dans la structure des pouvoirs tels qu'ils sont aménagés les uns par rapport aux autres: pour simplifier, on dira le juge (mais ce pourra être aussi une autorité administrative, le gouvernement, etc.).

Mais à côté de cette autorité, il y a tous ceux à qui l'ordre juridique confère également, de manière différenciée, certaines positions de lecteurs.

Dans l'ordre de la séparation des pouvoirs, par exemple, ce sera l'auteur du texte; certes, celui-ci ne pourra pas intervenir directement sur la lecture du juge (c'est-à-dire casser le jugement), mais il pourra reformuler le texte au regard de lectures qu'il estime indésirables. Le juge est responsable de sa lecture, le législateur de la formulation qui a permis cette lecture.

On trouvera aussi tous les auxiliaires de la justice: non seulement ceux qui ont une fonction dans la procédure (avocats, greffiers), mais encore ceux qui sont appelés à former aussi bien les juges que les auxiliaires.

Enfin, sinon surtout, dans l'ordre de l'Etat de droit, seront aussi des lecteurs tous ceux à qui le texte s'adresse: l'exigent les principes de la publicité du droit, de sa prévisibilité et de la légalité.

Existe donc — et c'est propre à tout texte qui n'est pas efficace par lui-même — une communauté de lecteurs qui sont nécessairement d'accord sur l'état de la formulation d'un texte, mais non pas sur son sens (la norme). La pluralité de lecteurs ne peut qu'engendrer des divergences; la fonction de l'ordre juridique est de fixer, dans la pluralité des lectures possibles, celle qui va faire autorité — être impérative. Il n'en reste pas moins que chaque catégorie de lecteurs instituée par un ordre juridique détient une part de légitimité et, par conséquent, sa part de détermination dans les critères de rationalité. Ceux-ci au moins doivent être partagés, de telle sorte que les figures argumentatives employées apparaissent légitimes. S'il y a désaccord sur le sens, il proviendra de différences dans la pondération respective de ces figures et de la pesée finale de leur ensemble, pesée qui, fixant le sens du texte, mène à la décision judiciaire — dans le jargon juridique, à son dispositif.

Il ne saurait donc y avoir de «méthodes d'interprétation» «orthodoxes» inhérentes à tout ordre juridique quel qu'il soit, découlant en quelque sorte de la nature des «choses» juridiques (en particulier d'une «essence» des normes). L'«interprétation» d'un texte est toujours le travail d'une communauté. Les «méthodes» légitimes vont découler de la définition, variable, que chaque ordre juridique donne du cercle des lecteurs autorisés et du système des valeurs que véhicule à son tour tout système de figures argumentatives reconnues; elles vont ainsi délimiter les sens qui peuvent faire l'objet d'une discussion légitime, mais sans aucun ordre de nécessité quant au choix définitif. Celui-ci ne peut être fait que par le lecteur «autorisé», qui exerce à cette étape toute la liberté résultant de la pondération respective des arguments et de leur évaluation globale par rapport au cas concret. C'est précisément ce à quoi, sous le nom de compétence, l'ordre juridique l'autorise.

Autrement dit, toute lecture est faite en situation: chaque lecteur se trouve quelque part. L'illusion du positivisme a été de donner à croire qu'on pouvait lire à partir de nulle part, d'un point zéro: condition nécessaire pour la conception d'un texte contenant exclusivement et exhaustivement un même sens universellement déterminant, d'un texte donc parfaitement identifié à la norme. Mais, s'il y a autant de lectures que de lecteurs, il faut, dans un système juridique qui vise à produire des décisions incontestables, des règles de coordination sur les procédures de sélection des lectures reconnues. Ici se situent des problèmes très variés, tels que l'organisation de la succession des instances, l'institution de recours extraordinaires, la centralisation des contrôles de constitutionnalité, le régime des revirements de jurisprudence.

3. On pense parfois que la liberté est la moins garantie dans les ordres juridiques où les textes légaux sont les plus imprécis, les concepts juridiques les plus indéfinis; et on cite volontiers, comme exemple extrême, le code pénal stalinien, tellement vague qu'il donnait le «droit» d'envoyer au goulag n'importe qui sous n'importe quel prétexte. Mais on pense parfois aussi que les textes les plus précis sont les plus rigides, ignorant dans leur mécanique impersonnelle la liberté créatrice des individus. D'un côté, le pouvoir illimité que confèrent des textes trop incertains; de l'autre, le pouvoir inflexible que confèrent des textes trop fermés.

En fait, dans les deux cas, les textes sont défailants à créer la possibilité d'une logique textuelle. Dans le premier, ils sont trop pauvres pour pouvoir générer une norme générale: ils ne permettent que la juxtaposition arbitraire de normes individuelles. Dans le second cas, c'est la voie de la production de normes individuelles qui est fermée, et règne l'arbitraire des décisions abstraites. Dans aucun des deux cas, n'est ouverte la possibilité de la constitution progressive, ouverte, constamment en discussion, de la norme générale à partir de normes individuelles produites en fonction d'un programme normatif textuellement posé. Dans les deux cas, est exclue la circulation de messages dont la rationalité est contrôlable au moyen d'un stock d'arguments communs dont la relative indétermination crée la liberté aussi bien qu'elle la limite. C'est ici la dimension politique du droit: si la logique textuelle donne à l'autorité l'autonomie inhérente à toute lecture — et autonomie est un concept politique —, elle est en même temps la condition nécessaire pour que d'autres lecteurs puissent à leur tour exercer leur propre autonomie. Le droit peut être alors, par le même mouvement, dialogique entre liberté et contrainte, ce qui crée le pouvoir public et limite la liberté des citoyens et ce qui limite le pouvoir public et crée la liberté des citoyens.

VI. LA LOGIQUE TEXTUELLE

1. Le droit est maintenant un système de textes dont la fonction spécifique est d'autoriser la production de normes individuelles et l'élaboration de normes générales et, en même temps, par leur sémantique, d'en limiter les contenus possibles. C'est dans ce sens qu'on peut dire que le droit fonctionne pleinement — c'est-à-dire dans un Etat de «droit» — à la condition que cette logique textuelle soit pleinement mise en oeuvre.

Pour qu'elle le soit, il faut que les textes soient pris aussi pour ce qu'ils sont à un autre niveau: une communication de la société à elle-même. C'est dans ce sens qu'il existe une communauté de lecteurs, qui ont tous le droit d'exprimer leurs divergences dans la lecture qu'ils font les uns et les autres. La logique textuelle ne remplit ses potentialités que si elle

fonctionne dans un espace public de communication où peuvent être librement mises en question les rationalités argumentées à partir de textes communs¹³.

La logique textuelle est ainsi par définition ouverte, puisque, du texte à la norme individuelle et de celles-ci à la norme générale, il y a constamment de nouveaux échanges de sens, dont l'argumentaire est de manière permanente sujet à discussion publique. C'est ce qui fait la richesse intellectuelle du monde juridique, et en même temps une garantie — parmi d'autres — de liberté politique. Mais elle est, aussi par définition, en même temps fermée: car elle présuppose qu'il y ait un accord nécessaire sur ce qui est ou non un texte pertinent — qu'il s'agisse de textes législatifs ou jurisprudentiels; ce qui n'est possible que si la compétence et la procédure de formulation sont clairement fixées, de telle sorte que le stock des textes pertinents soit exhaustivement défini. S'il pouvait y avoir divergences sur ce point, ils ne seraient pas en mesure de remplir leur fonction, qui est de servir de médiation.

2. Il y a donc bien quelque chose comme une «Grundnorm», mais non pas au sens d'un fondement hiérarchique de tout le système, conçu, selon la célèbre métaphore, comme une pyramide. Il y a bien une «norme» (sans texte!) indispensable, mais qui accompagne tout texte du système et définit son appartenance même au système, «norme» selon laquelle les décisions produites par le système sont obligatoires — incontestables — aux modalités et conditions posées par le système lui-même. Plutôt que de «norme», on parlera alors de qualité spécifique du système. Les décisions de puissance publique sont des signes au fonctionnement particulier, dont le signifié porte sur un devoir-être, lequel est incontestable à l'intérieur du système qui les produit, ou, si l'on préfère, définitif — contre lequel il n'y a pas de recours possible¹⁴. Et le contenu propre de ce devoir-être est fixé par la décision qui, dans l'occurrence du cas concret, opère la jonction d'une norme individuelle et d'une norme générale.

Il n'y a en ce sens aucun autre fondement qui soit requis que celui qui est nécessaire au système en lui-même et dans son ensemble. Et ce fondement est un fait collectif, à savoir la

¹³ On trouvera les références à Jürgen HABERMAS, mais aussi, dans un autre contexte, à Chaim PERELMAN, dans Pierre MOOR (1997).

¹⁴ C'est aussi ce caractère que Kelsen met en évidence (Pierre MOOR [1997], p. 45). Pour éviter le malentendu, il est utile de préciser que l'argumentation qui fonde la norme individuelle (la motivation juridique) est, elle, par définition, contestable: c'est même le propre de la logique textuelle. Cette division interne (incontestabilité/contestabilité à l'intérieur du même acte) se substitue, lorsque et aussi longtemps que la logique textuelle prévaut, à celle de souveraineté et d'«état d'exception» que Giorgio AGAMBEN voit comme continuellement à l'oeuvre dans l'état social (spécialement p. 119 s.); suivant sa terminologie, on pourrait dire que la logique textuelle bannit le «ban», ou que, par elle, la «vie nue» se dépasse comme vie parlée, ou enfin que l'état d'exception — normalement la règle — devient l'exception, — ces relations contradictoires d'inclusion/exclusion montrant en même temps sa fragilité (à ce sujet, AGAMBEN, p. 137 ss, sur les réfugiés; p. 179 ss, sur les camps de concentration).

(re)connaissance commune que ce qui est incontestable à l'intérieur du système l'est dès lors aussi — et pour cette raison précisément — à l'extérieur, c'est-à-dire pour tout acteur de cette société-là qui (re)connaît ce système pour le sien. Ce fait ne peut avoir aucune justification juridique normative (mais il peut en avoir une dans le fonctionnement textuel du système juridique — on reviendra sur ce point): c'est un pur fait de pouvoir de l'appareil étatique (ou autre) qui produit les textes.

De même, la contrainte prévue dans les normes est le fait du système politico-administratif; c'est aussi un pur fait de pouvoir. Le droit ne pose rien d'autre à ce sujet qu'un devoir-être de tous les sujets de droit autres que la puissance publique, devoir-être qui porte sur l'abstention de tout acte de contrainte privée.

3. Ces textes ont diverses origines: constitutionnelles, légales, réglementaires, jurisprudentielles. Ce sont des origines procédurales: elles se définissent par la compétence de l'autorité qui pose le texte et la procédure qu'elle suit. Compétence comme procédure sont l'objet de textes. Cette organisation est nécessaire au système: s'il doit produire des signes incontestables matériellement, il faut que soient précisées les autorités qui sont légitimées à émettre des textes et celles dont la lecture de ces textes est définitive.

Seule la constitution a à cet égard un statut problématique, non par rapport aux revisions faites conformément à ce qu'elle prévoit elle-même, mais quant à son «adoption» initiale. La question du pouvoir constituant originaire n'a pas obtenu de réponse satisfaisante: peut-être parce qu'elle est mal placée. Il est clair que si la constitution est conçue comme l'acte fondamental, la «constitution initiale» ne peut reposer logiquement que sur un vide juridique, qui s'appelle une révolution; et pourtant, même cette constitution-ci est un acte juridique et par conséquent devrait présupposer — non pas chronologiquement, mais logiquement — qu'il y ait un ordre juridique¹⁵. Ou bien on admet alors qu'elle crée elle-même l'ordre juridique qui en fait un acte juridique — c'est une autofondation. Ou bien on considère que cette nouvelle constitution s'intègre — en violation des règles de compétence antérieures — dans l'ordre juridique préexistant, dont la plupart des éléments subsistent de toute manière malgré le changement. Cette dernière hypothèse ne peut valoir que si la constitution est placée non comme le fondement de l'ordre juridique, mais elle aussi comme l'un de ses éléments; et il n'y a dans cette configuration aucune différence, quant à la structure logique du raisonnement, entre la «révolution» en quoi consiste l'adoption d'une constitution initiale et le maintien en vigueur d'une quelconque loi qui souffrirait du vice d'anticonstitutionnalité, loi qui est à son niveau tout autant «révolutionnaire»: dans les deux situations, le système juridique n'offre aucune

¹⁵ La «révolution» s'oppose ainsi au «coup d'Etat»: bien que le «fait» — à savoir l'emploi de la force — soit le même dans les deux cas, la première a pour sens d'introduire de nouveaux textes, le second pour but d'exercer le pouvoir sans recours à aucun texte. Il n'est pas certain que, dans son analyse du pouvoir constituant, orientée à partir de la notion d'état d'exception, et influencé qu'il est par la pensée de Carl SCHMITT, Giorgio AGAMBEN fasse la différence (p. 49 ss).

compétence qui puisse décider de manière incontestable qu'il y a un vice qui fait perdre toute pertinence de droit au texte en cause.

A vrai dire, le débat ressemble étonnamment à la discussion sur l'origine des langues: il fallait savoir parler pour pouvoir écouter, et réciproquement. La question ne serait-elle pas de déterminer comment le document acquiert le statut de texte, c'est-à-dire devient ou non un élément utilisable et utilisé par la logique textuelle? Rechercher si l'ordre juridique actuel se fonde sur un acte légitime, lequel à son tour s'est fondé sur un acte légitime, etc., consiste à vouloir asseoir la légitimité nécessaire dans le présent sur une légitimité qui aurait existé dans le passé. C'est cohérent dans une conception normativiste — même si, logiquement, cela renvoie à une régression infinie, donc dans un cul-de-sac: qui dit norme, dit fondement, et si la constitution est le fondement de l'ordre juridique dans la dimension synchronique, il lui faut à elle aussi, à son tour, un fondement dans la dimension diachronique. Si, au contraire, c'est l'emploi d'une logique spécifique qui est au fondement du droit, il ne lui faut pas d'autre fondement que sa propre pratique effective: la légitimité assurée dans le présent par la pratique de la logique textuelle se suffit à elle-même.

Ainsi donc l'événement historique fait naître une situation trouble dans laquelle le statut juridique du nouveau document constitutionnel sera tranché. Et ce sont uniquement les faits qui le feront. A travers cette crise¹⁶, la société reconnaîtra ou non le nouveau document constitutionnel comme un texte juridique, c'est-à-dire s'y référera ou non pour produire des normes. En d'autres termes, c'est la pratique juridique qui en assurera l'intégration dans le système juridique; et par pratique, il faut entendre aussi bien la référence à cette constitution comme texte grâce auquel les autorités peuvent élaborer d'autres textes juridiques, que l'utilisation par les acteurs sociaux des significations ainsi produites comme les seules qui soient incontestables à l'intérieur du système juridique. C'est par ce double processus que le système peut restaurer une unité que l'introduction d'un nouvel élément, d'abord contradictoire, lui a fait perdre le temps d'une crise historique.

VII. L'ÉTAT D'UN DROIT RELATIF

1. La logique textuelle n'est pas un donné: il ne suffit pas d'écrire pour créer du texte. Il n'y a à proprement parler texte que pour les écrits qui ont pour but la communication — qui ont donc des destinataires qui ont le droit (terme employé à dessein) de lire, de comprendre, de réagir, de répondre¹⁷. Dans les États communément appelés États de droit,

¹⁶ Ce terme pour ne pas oublier que la révolution s'accompagne de violence tout comme un coup d'Etat (cf. n. précédente).

¹⁷ Paul RICOEUR, p. 206 ss.

cela se marque par un certain nombre de principes, situés de manière différenciée dans l'ordre juridique — et chacun d'eux conquis au prix de luttes politiques mémorables. On les rappelle brièvement. Il y a d'abord les principes de publicité: celle des textes eux-mêmes (aucun texte ne peut produire de normes s'il n'est pas officiellement publié), celle des travaux parlementaires, celle de la justice (y compris la publication de la jurisprudence). Il y a les principes qu'on nommera d'argumentation: on peut y ranger ceux de publicité (puisque celle-ci permet l'exercice d'un contrôle extérieur); il y a aussi, sous cet aspect, les garanties des libertés idéales (le droit à la critique); il y a enfin les principes et droits de nature procédurale: obligation pour les autorités de motiver les décisions, droit des particuliers d'être entendus (c'est-à-dire de disposer d'une position d'acteurs dans les procédures — notamment d'y apporter leurs arguments et de les voir examinés), institution de voies de recours. Il y a enfin le principe de légalité, selon lequel le contenu de tout acte de puissance publique doit pouvoir se fonder raisonnablement sur une norme.

Dans les États de droit, tous ces principes sont consacrés par des textes, soit constitutionnels, soit légaux, soit jurisprudentiels. On pourrait dire qu'ils sont indispensables à un fonctionnement pleinement productif de la logique textuelle. Mais il faut aller plus loin: ce sont les implications nécessaires d'une logique textuelle déployée dans toutes ses potentialités, et c'est elle qui est au fondement de la possibilité même d'un Etat de droit, et non pas ces principes.

C'est en même temps aussi relativiser l'Etat de droit. Car la logique textuelle de l'Etat de droit ne fonctionne que par un travail continu de communication au sein de l'ensemble de la communauté — de tous les «lecteurs». Le «Droit» n'est pas le produit d'une essence quelconque — de la Norme, de l'Homme, etc. C'est la mise en oeuvre d'une conception ouverte du pouvoir et de sa rationalité. Puisque — ou plutôt: dans la mesure où elle permet l'élaboration ouverte des normes — du devoir-être social —, la logique textuelle est elle-même un devoir-être (autrement dit: un *travail*) qu'une société choisit de se fixer — c'est-à-dire qu'elle est comprise dans le champ de *la* politique¹⁸.

2. Un questionnement semble cependant avoir été évacué, celui qui a de tout temps occupé la pensée sur le droit: celui de la justice. Or, on ne peut simplement dire qu'une logique, quelle qu'elle soit, permettre d'en faire l'économie. A l'inverse, on ne peut pas davantage la mettre au fondement de la règle de droit sans lui donner un contenu *a priori* qui prive de sens l'adoption libre et responsable des textes juridiques. Faudrait-il alors penser que la justice est ce qui est en suspens tout au cours de l'élaboration d'un texte juridique — suspension qui se révèle toujours, au moment même de la décision, attente déçue? Et cela du fait même de ce que la justice ne peut pas être — c'est-à-dire réalisée: justice «infinie»,

¹⁸ Cette notion (son genre y compris) étant reprise de Cornelius CASTORIADIS, par exemple dans *La montée de l'insignifiance — Les carrefours du labyrinthe IV*, Paris, 1996, p. 120, ou p. 162 (distinction d'avec le politique).

«irréductible parce que due à l'autre, avant tout contrat, parce qu'elle est *venue*, la venue de l'autre comme singularité toujours autre», «indestructible dans son caractère affirmatif, dans son exigence de don sans échange, sans circulation, sans reconnaissance, sans cercle économique, sans calcul et sans règle [...]»¹⁹. Loin d'être à son fondement, la justice serait ainsi perpétuellement *juste* devant le droit, *juste* en avant du droit, comme un horizon qui s'ouvrirait *juste* sous les pas de celui qui marche — métaphore embarrassante qui en même temps affirme et nie son image — à savoir l'éloignement²⁰.

Resterait donc à vérifier ce que le droit compris comme logique textuelle pourrait apporter à cette conception-là de la justice. Mais on peut déjà comprendre que la différence ne réside pas principalement dans la contrainte — violence légitimée — que le droit s'ajouterait pour s'appliquer — et cela même pas si on ne l'envisage que sous la forme atténuée d'une force prescriptive²¹. Le droit est bien plutôt comme une langue que la société se parlerait pour être en mesure de dénoter elle-même ce qui se passe en elle. C'est d'ailleurs précisément ce savoir sur elle-même que cela implique qui justifie profondément l'axiome fondamental: nul n'est censé ignorer la loi. Et, à y réfléchir, rien de plus injuste — en même temps rien de plus nécessaire que cet axiome: et c'est peut-être là que se trouve la violence la plus fondamentale du droit — c'est-à-dire en amont, et non pas en aval des textes: dans le fait même que certains soient investis de la tâche de dire le droit, et non pas dans la simple conséquence que d'autres aient le pouvoir de l'exécuter²².

Y aurait-il dans cette perspective tout de même une cohérence possible avec une justice conçue comme «à venir»? Il faudra y revenir.

© Pierre Moor

www.contrepointphilosophique.ch

Rubrique philosophie

Janvier 2003

Cet article a déjà été publié dans : *Aux confins du droit. Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle/Genève/Munich, 2001, p. 377-399.

¹⁹ Jacques DERRIDA, p. 55 ss.

²⁰ Sur la métaphore de l'horizon, et critique à son égard (ou plutôt sur ce à quoi elle renvoie), DERRIDA, p. 57 ss. Sur cet «embarras», cf. les trois apories qu'il analyse, p. 49 ss.

²¹ Pourtant, c'est dans cette force que, jusque dans les réflexions les plus récentes, on voit ce qui caractérise le droit; même DERRIDA, p. 17, 32 ss, ou AGAMBEN, p. 34.

²² C'est cette violence dans le *dire souverain* qui reste irréductiblement de l'«état d'exception» qu'analyse AGAMBEN (voir n. 14).