

Droit et ré-enchantement du monde

Jean-Michel Blanquer

Dans le cadre d'une approche historique et généalogique des paradigmes qui ont caractérisé le droit occidental, et après avoir observé lors des précédents colloques¹ les effets de deux renversements (i.e. du jus naturalisme au positivisme, puis du positivisme à la situation actuelle), nous nous attacherons à montrer les perspectives qui semblent s'ouvrir et dans lesquelles nous souhaitons nous engager. Le droit étant l'élément d'appréhension de la réalité sociale par elle-même, il est paradoxalement, un univer-

¹ *Dialogue des Droits et Dialogues des Traditions Juridiques*, Rio de Janeiro, Educam-Academia da Latinidade, 2002, *Foi et Droit Statut de la lettre et fonction du récit dans l'élaboration de la norme*, Rio de Janeiro, Educam- Académie de la Latinité, 19-21 avril 2006.

sel concret qui se donne à lire sous forme de textes, à voir dans chacune des formes historiques des tribunaux.

Jusqu'à la fin du XVIII^{ème} siècle, le paradigme du *juste*, dans la grande lignée d'Aristote, était prévalent. La notion de Droit Naturel s'articulait à celle de Nature, soit comme cosmos, soit comme raison. Ainsi le juge était en position de rétablir l'ordre mis à mal, chargé de restaurer l'ordre ontologique, homme cherchant dans chaque décision *l'équité*, compte tenu du positionnement spécifique de chacun dans la société. De l'antiquité grecque au Siècle des Lumières, en toute chose, pour tous, la Nature indiquait droits et règles. Cela est notable dans toutes les doctrines, philosophiques et juridiques, et culmine aussi bien avec la Révolution américaine qu'avec la Révolution française, notamment dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, texte affirmant la nature *universelle* de l'Homme.

Le Droit devenant corpus au lendemain de la Révolution française, le texte rigidifie la pensée, la codification fige la forme issue de la morale, de la coutume. Cet effort est à comprendre dans la perspective du droit romain mais aussi en vue d'une organisation rationnelle d'une société qui tend à se détacher du religieux. Dès lors, le juge *dira le droit*, conformément aux textes en vigueur, de sorte que la vérité de sa parole découle de sa fidélité au code. Désormais, si la question de la justice reste importante, le rôle majeur revient à la loi entendue comme règlement, comme texte.

Tout au long du XIX^{ème} siècle, cette approche se perçoit dans l'émergence du positivisme et du scientisme, deux mouvements aspirant à la vérité scientifiquement établie. C'est le cas du positivisme juridique qui vise une scientificité fondée par une science de la société ou par une scientificité intrinsèque du législateur. L'analogie est claire: les lois physiques et humaines prétendent à la même universalité, par le recours à la seule rationalité. La méthodologie garantissant tant à la Science qu'au Droit son autosuffisance et la raison triomphante exigeant la systématité.

Ce processus aboutira cependant à la grande crise liée notamment à la II^{ème} guerre mondiale, crise qui découle du constat d'impuissance face à un légalisme qui aura permis le déploiement du régime nazi. Dès lors, tant l'autonomie du droit que la hiérarchie des normes se trouvent sinon sapées du moins questionnées par la réalité historique. Ainsi l'absolu théorique tel qu'il avait été exprimé dans l'oeuvre de Hans Kelsen, est la dernière occurrence du kantisme, visant à établir l'autonomie du Droit comme capacité à organiser la communauté humaine a priori, tel un inconditionnel que la raison exige, sans référence aucune à l'expérience historique ou empirique. Cette étape par laquelle toute loi se prévaut de sa constitutionnalité, a cependant eu pour conséquence de placer au sommet de tous les ordres juridiques nationaux européens, les Droits de l'Homme.

La crise du siècle passé, tout comme la crise précédente lors de la Révolution française aboutissant à la codification napoléonienne, est le moment paroxystique d'un renversement qui dépasse la sphère de la théorie juridique, puisqu'elle s'étend également aux sciences exactes. Après la révolution newtonienne, la révolution des deux théories einsteiniennes de la relativité renvoie le sujet du savoir à la question du fondement de sa rationalité. De sorte que l'évolution des dernières décennies requiert une nouvelle lecture du statut du sujet pensant, qu'il se déploie dans la sphère scientifique ou juridique.

Actuellement, comme par un effet de balancier, certains occidentaux penchent en faveur d'un retour du jus naturalisme en réclamant un retour du *juste*: les cours pénales internationales pourraient sembler répondre à cette demande, tout comme semble y pourvoir le développement d'un droit pénal international public. Indubitablement, la volonté de trouver un rapport à l'universel normatif rapproche cette demande de la démarche du droit naturel, et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 peut être interprétée en ce sens.

Cependant, il me semble que nous sommes dans une forme mixte, posture intermédiaire entre un jus naturalisme comme exigence de normes, et un positivisme admis à propos des procédures et des juridictions. Le positivisme se retrouvant, de la sorte, au service du jus naturalisme. Le mouvement historique serait celui d'un engendrement d'engendrement, dans lequel le fils du positivisme

donnerait naissance à une nouvelle forme dans la période de la maturité, un jus naturalisme post-moderne. Cette lecture rétrospective portant sur trois siècles permet de saisir les évolutions profondes dans une perspective dialectique quasi hégélienne, même si elle n'éclaire pas totalement notre période contemporaine.

En effet, il nous faut prendre en charge l'urgence d'une nouvelle forme de dialogue des droits, et comprendre la nécessité d'assumer un dialogue des traditions de l'islam avec celles de l'Occident. Il serait fallacieux de tenir la tradition occidentale comme fille du seul positivisme tandis que la tradition juridique islamique serait fille du seul jus naturalisme. Les aires de civilisation juridiques se prêtent à des formes propres correspondant à leurs caractéristiques historiques spécifiques. Ainsi, la réalité islamique dément cette simplification puisqu'il existe des pays musulmans où sont en acte des éléments de positivisme très forts, des pays où s'affirme une position laïque face au droit religieux, tels la Tunisie ou le Liban. En outre, cette simplification ne rend pas compte des strates de concaténation du positivisme et du jus naturalisme dans la réalité occidentale. Cette double simplification conduit indûment à une opposition paradigmatique frontale, qu'il nous échoit de dépasser.

Sortir de cette opposition est notamment envisageable en ayant recours au paradigme esthétique, précisément dans la mesure où ce paradigme rend compte de la réalisation du droit dans la société, par les mises en scène

qui permettent de donner à voir le droit, les dispositifs en vue de l'incarner, de tout ce qui le rend tangible et, ce faisant, institue l'ordre social. En outre, cela renvoie à l'articulation du Droit à son historicité: l'inscription du corps du texte juridique sous forme scripturale, l'invention de l'image, puis celle du numérique, sont trois temps où la forme du droit dit l'évolution du concept. Mais en retour, le droit reçoit sa forme des techniques de son temps. À un idéal juridique correspondent des formes successives nécessaires mais qui se dépassent. À des formes successives correspondent des relectures et adhésions citoyennes. Le droit est vivant et c'est également un jeu où chaque époque épouse historiquement ses normes intangibles. Chaque droit est élan, non étape.

A l'aube de ce XXI^{ème} siècle, la tradition anglo-saxonne jurisprudentielle se trouve dynamisée par le développement des bases de données numériques. La technique venant en appui du comparatisme mais induisant également des glissements connexes tels le mimétisme, voire une forme d'uniformisation du droit. Simultanément, s'agissant de la vidéo, on perçoit un impact à deux niveaux distincts: le genre procès est devenu un genre cinématographique, au même titre que le film policier, et d'autre part, les tribunaux subissent une pression grandissante de demande de trace des audiences, sous forme filmique.

Face à cette dernière demande, la France maintient à la fois une position de refus et une acceptation excep-

tionnelle lorsque l'enjeu de mémoire est considérable, comme dans le cas du procès Klaus Barbie: l'institution reconnaît le besoin d'inscrire la réalité du procès dans l'image, à destination des générations futures. L'image fictionnalise le droit tout en le rendant attirant; l'image atteste comme preuve au tribunal; l'image témoigne pour les générations futures... Sa polymorphie reste à analyser en un autre lieu.

Plus largement, s'il est impossible de mesurer l'ensemble des interactions entre le juridique et le technologique, il devient manifeste au cours des dernières décennies que l'évolution nie l'unicité qui caractérisait le positivisme juridique. La fin de ce système univoque est patente, les sociétés occidentales sont désormais traversées par l'inflation des demandes de réparation, devenant l'espace de jeux stratégiques destructurants, développés par quelques citoyens désormais en position de recourir à des voies de droit non hiérarchisées, non ordonnées par une supra finalité.

La fragmentation extrême de l'Etat de droit qui a abouti à la *société de droit* occidentale, réalité historique nouvelle que chacun peut observer dans le monde anglo-saxon, mais aussi en Amérique latine et en Europe, requiert un nouvel effort d'harmonisation des instances du Droit: afin de rendre le Droit lisible pour les citoyens, d'en souligner la cohérence afin d'éviter une dérive d'inspiration légaliste ou relativiste. Pour que chacun retrouve le sentiment du *juste*, le paradigme esthétique peut jouer

un rôle heuristique, en ce qu'il renvoie par lui-même à l'harmonie, à une cohérence non obligatoirement univoque, lesquelles interviennent également dans la manière de rendre le droit.

Les sociétés d'Europe et d'Amérique latine doivent répondre à une nouvelle exigence: sommées par la demande inflationniste, portées par la richesse des traditions, vectorisées par les évolutions technologiques, elles doivent sinon rechercher une harmonie articulée sur une croyance cosmologique, du moins produire un discours de cohérence qui satisfasse la rationalité juridique autant que l'imaginaire des citoyens, évitant l'écueil d'un pointillisme post-moderne, d'un cubisme relativiste. Les dimensions du droit, ses actualisations effectives doivent favoriser l'appropriation par tous les citoyens, les convier à penser le Droit dans sa dimension normative. C'est sur cette base juridique, sur cette exigence paradigmatique, que pourra s'effectuer un "ré-enchantement" du monde.

L'enjeu d'un tel ré-enchantement post-weberien permettra de ne plus penser comme inexorables les conflits des sociétés de traditions juridiques différentes. Notamment parce qu'une telle exigence de ré-enchantement permet d'échapper à un dualisme erroné (opposant des sociétés qui seraient restées enchantées et d'autres qui seraient sorties définitivement de cette ère, car sécularisées). Mais également parce que ceux-là même qui déplorent le désenchantement de l'Occident soulignent que nulle société n'est exempte de sacré. Tous reconnaissent

que toute norme ne peut qu'être invisible et supra individuelle. De sorte qu'en acceptant la dimension esthétique du Droit, on admet que ses figures formelles participent d'un imaginaire social indispensable pour donner sens à la vie sous toutes ses formes.

D'autre part, tout Droit étant aspiration à une harmonie, se réalise dans et par la production d'un ordre, lequel est perçu dans les formes des actes juridiques. Enfin, parce que les formes du droit sont autant les filles des évolutions technologiques que des créations conceptuelles de leur temps. Art, technologie et droit forment un espace où se construit le projet de chaque communauté, sous des formes non pas instables mais vivantes, donc renouvelées. Retenons parmi ces formes d'appréhension du Droit la théâtralisation, comme mise en scène qui se développe de façon différenciée, selon un renouvellement qui caractérise l'époque: il y a un style juridique comme il y a un style perceptible dans les mœurs, les pensées spécifiques d'un siècle. Même lorsqu'il subsiste un fondement évident pour tous les acteurs, que certains souhaitent reprendre certains héritages à leur compte (en France la référence à la République) le droit d'une communauté est toujours objet de mouvements de refondation, parce qu'inscrit dans l'Histoire universelle.

Le Droit en Occident ne saurait être analysé tel un instrument de gestion de l'Etat bureaucratique moderne; pas davantage qu'il ne saurait être tenu pour un pur produit de la prétention positiviste, entendu comme instru-

ment de rationalisation des citoyens. En tant qu'il incarne les normes invisibles (par ses textes *rédigés*) il réalise ce que les sociétés espèrent autant qu'il rend visibles les efforts contre ce qu'elles refusent absolument: le droit renonce à la force brutale autant qu'il rejette la barbarie, il repousse le chaos de l'inflation individualisante autant qu'il abomine la déshumanisation arendtienne.

Systémique, le Droit ne saurait oublier l'Être comme totalité. En ce lieu, pour nous, réfléchir sur les formes possibles des droits passés autant que présents contribue à inaugurer une démarche, afin que puisse se nouer un dialogue à propos des normes, à partir des traditions, compte tenu de la nécessité de le maintenir vivant. Certes, cette vie du Droit se réalise aussi actuellement dans le cadre des cours internationales, dans des phénomènes d'imitation ou sous forme de fragmentations locales. Pourtant la lisibilité internationale ne saurait découler de ce qui convie à l'individualisme, ni à toute forme de revendication intrinsèquement communautariste. S'il existe un solipsisme de l'individu, il en existe un autre dans l'idéal autarcique; ces écueils nous les éviterons par le dialogue des *traditions*.

Cette lisibilité renaîtra de la quête renouvelée de l'équité, le juge redevenant celui qui aura à charge d'exhiber la norme pour ceux des citoyens qui ne la tiennent plus pour évidente. Le tribunal sera l'espace sinon sacré, du moins privilégié, où l'individu reprend contact avec l'universel sous une forme qui est celle de son temps. La parole du

juge est un universel concret, et à ce titre, accessible au citoyen parce qu'audible dans sa langue et parce que comprise intimement. Si parler est l'acte du citoyen, dire est l'acte du juge, et ici, dialoguer est l'acte fondateur par lequel nous créons un monde à la lumière de la Loi.

Maurice Merleau Ponty écrivait ainsi dès 1945, dans la *Phénoménologie de la perception*:

Dans l'expérience du dialogue, il se constitue entre autrui et moi un terrain commun, ma pensée et la sienne ne font qu'un seul tissu, mes propos et ceux de mon interlocuteur sont appelés par l'état de la discussion, ils s'insèrent dans une opération commune dont aucun de nous n'est le créateur. Il y a là un être à deux, et autrui n'est plus ici pour moi un simple comportement dans le champ transcendantal, ni d'ailleurs moi dans le sien, nous sommes l'un pour l'autre collaborateurs dans une réciprocité parfaite, nos perspectives glissent l'une dans l'autre, nous coexistons à travers un même monde. Dans le dialogue présent, je suis libéré de moi-même, les pensées d'autrui sont bien les pensées siennes, ce n'est pas moi qui les forme, bien que je les saisisse aussitôt nées ou que je les devance, et même l'objection que me fait l'interlocuteur m'arrache des pensées que je ne savais pas posséder, de sorte que si je lui prête des pensées, il me fait penser en retour.

Dans la métaphore du tissage, la trame et le fil sont à jamais différents, parfois par nature, toujours par leurs positions. Mais il ne saurait exister de tissu sans l'un ou sans l'autre.