

# La jurisprudence : Étude pour une nouvelle théorie de la législation <sup>1</sup>

Luc J. WINTGENS

*Professeur à l'Université de Bruxelles (K.U.Brussel) et à l'Académie européenne de  
Théorie du Droit  
Directeur du Centre de Législation, Régulation et Jurisprudence (Bruxelles)*

*Entre la règle et l'aspiration se situe l'amour pour le travail bien fait  
Pensée Héllénique*

RÉSUMÉ - Il existe peut-être des théories irrationnelles de la législation. Il n'existe pas de théorie de la législation rationnelle. C'est une lacune que ce texte cherche à combler. La théorie de la législation rationnelle qui est baptisée la « jurisprudence » contribue à la rationalisation du processus de la législation en liant celui-ci à des principes. Ce choix pour une théorie de principes, ainsi que la relation entre ceux-ci exige une argumentation en profondeur. Celle-ci cherche à contribuer à une remise en question des vieux positionnements de la jurisprudence, la dogmatique juridique, la théorie et la philosophie du droit, la théorie politique, et surtout des relations entre ces divers

<sup>1</sup> Un texte n'est jamais écrit par une seule personne. Je remercie M Philippe Thion et Mademoiselle Diane Bernard de leur aide pour la traduction et la correction de ce texte au niveau linguistique. Jeremy Waldron avec qui il est toujours agréable de vivre en désaccord raisonnable connaît mes erreurs ; Aulis Aarnio aussi, d'ailleurs, et il les a, comme Jeremy d'ailleurs, supporté en amitié. Le regretté Alek Peczenik est remercié pour les encouragements, dont le premier date de janvier 1991 à Amsterdam. Michel Troper et Pierre Brunet ont jugé utile d'exposer leurs étudiants de leur école doctorale à Nanterre à un exposé oral d'une version antérieure à celle-ci. Qu'ils jugent des conséquences. Duncan Kennedy, Frank Michelman et John Gardner, ainsi que John Finnis m'ont écouté sans rien dire, probablement pas parce qu'ils n'avaient rien à dire. Qu'ils soient remercié de leur silence. Vlad Perju et Wojtek Cyruł étaient étudiant à l'AETD. Eux ils ne se sont pas tus, et ils ont joyeusement critiqué les premières version de cette étude, présenté à l'époque comme texte du séminaire « jurisprudence » à l'AETD. Qu'ils y reconnaissent leur contribution et les traces de mon amitié pour eux. C'est grâce à Samantha Besson qu'une version moins mature a trouvé la route vers Oxford, ou il a été présenté au groupe de discussion dirigé par elle-même, Joseph Raz et Maria-Isabelle Köpke-Tinturé (Maris). L'humour de Maris, ainsi que la perspicacité d' Elena Sannella, ont contribué à une réorientation de l'argument, espérons dans la bonne direction. Jacques Andreu a fait un commentaire profond à la dernière minute, pour lequel il est remercié. François Vallançon a suivi le travail dès les premiers débuts, et il en connaît les détails. Il exprime son désaccord en amitié, et c'est pour celle-là que je suis reconnaissant. Il est bien évident que tous ces remerciements n'empêchent pas que dans et pour l'ensemble l'auteur est le seul responsable de ce texte.

domaines. Dans la mesure où cette analyse porte fruit, la jurisprudence comme nouvelle théorie de la législation pourrait prendre racine et contribuer à une amélioration, non seulement de la législation en tant que telle mais aussi de notre façon de la penser.

Dans cette étude, je voudrais démontrer que la séparation du droit et de la politique, dominante jusqu'à présent dans la pensée juridique, a fait de la législation un thème exclu du champ de la théorie du droit. Traditionnellement considérée comme relevant de la politique, la législation est en effet étudiée, d'abord et avant tout, en sciences politiques au sens large du terme.

Le droit est censé remonter à la politique, mais s'est développé de manière autonome, coupé de ses racines : prenons-en pour preuve que, bien que les approches concrètes en varient considérablement, il dispose de sa propre méthode d'étude, la « dogmatique juridique » ou, plus généralement, la « théorie du droit – pourtant, sa production à travers le processus législatif n'apparaît aucunement sur l'écran du théoricien du droit. L'étude des raisons d'une telle lacune, ainsi qu'une critique de cette conjoncture, font l'objet de la présente contribution.

La thèse centrale soutenue ici consiste à dire que le droit est séparé de la politique pour une raison politique ; ou, plus précisément, que cette rupture est effectuée pour des raisons épistémologiques, qui elles-mêmes dissimulent des décisions et choix politiques. Nous pourrions en conclure que les valeurs, tant morales que politiques, sont basées sur un fondement prétendument neutre, prévenant l'élaboration d'une théorie rationnelle de la législation.

#### LE CONTRAT SOCIAL ET LES TROIS AXES DE LA PHILOSOPHIE MODERNE

L'élaboration de la jurisprudence comme théorie rationnelle de la législation démarre d'une réflexion portant sur l'organisation de l'espace politique depuis la Modernité. Le modèle de base de cette organisation se manifeste à travers le contrat social, conçu comme un acte de volonté des sujets, instaurant un souverain qui, jugeant du pourquoi et du comment des actions humaines, détermine la raison pratique.

L'instauration du souverain présuppose une réflexion sur la liberté, et celle-ci illustre les trois axes principaux du projet philosophique moderne : un axe épistémologique,

« épistémologisant » la philosophie, un axe politique menant à la construction de l'État et, finalement, un axe moral, traitant principalement de la liberté individuelle.

La prémisse majeure de toutes ces réflexions, autant chez Hobbes que chez Rousseau, porte sur une liberté indéterminée.

Pour Hobbes, le *ius naturale* permet à chaque être humain d'agir en toute liberté, impliquant ainsi un droit de tous sur toutes choses, ce qui rend inexécutables les obligations imposées par les lois de la nature. L'épistémologie hobbesienne, de par son caractère nominaliste, explique cette impossibilité : en effet, selon cette épistémologie, les concepts n'ont aucune valeur ontologique et résultent simplement de la définition que les sujets leur attribuent – chacun définissant ainsi ses propres concepts, suivant ses idées préconçues, les lois de la nature deviennent irréalisables : plus simplement, bien qu'elles existent réellement, elles sont sémantiquement vides. Seul un souverain peut alors définir leur contenu de façon contraignante et éviter ainsi une guerre de tous contre tous.

On retrouve une thèse similaire dans l'œuvre de Rousseau : selon lui, l'homme est né libre, mais partout il est dans les fers. Bien qu'économique avant tout, la théorie rousseauiste rejoint les développements de Hobbes, en ce qu'elle présente la conclusion du contrat social comme une condition nécessaire pour pouvoir parer aux dangers de la guerre.

On peut remarquer ici que la liberté est essentiellement conçue comme un thème politique : elle se réalise dans un espace politique, lequel découle de la volonté individuelle de chaque sujet.

Chez ces penseurs, la question de la liberté ne se pose que secondairement en termes moraux : face à la variante politique de la liberté, c'est-à-dire à la liberté selon la loi politique, une aptitude individuelle des sujets à organiser librement leur interaction sociale n'est considérée que comme subsidiaire.

L'organisation de l'espace politique a ainsi été greffée sur un mode d'autorégulation sociale première, à laquelle ni Hobbes ni Rousseau n'ont jamais cru : tant que le souverain n'a pas régularisé l'espace social, les sujets peuvent certes agir comme ils le souhaitent, mais dès qu'il juge son ingérence opportune au vu des objectifs de sa position, le souverain interviendra.

C'est enfin et surtout à travers son axe épistémologique que la théorie du contrat social a pris forme. Contrairement à Descartes, Hobbes et Rousseau conçoivent la liberté comme un problème : ils n'adhèrent aucunement à son idée selon laquelle la morale deviendrait, tôt ou tard, apte à se développer en système rationnel – et si, dans un certain sens, leur attitude est plus réaliste que celle de leur prédécesseur, ils souscrivent néanmoins au fondement de sa réflexion, lequel comprend une épistémologisation de la philosophie, et en particulier de la philosophie pratique.

La vérité philosophique, pour Descartes, consiste en la sécurisation de la certitude de celle-ci : selon lui, les idées aussi claires et distinctes que le *cogito* peuvent être enchaînées logiquement à celui-ci, et subséquentement avec d'autres – on peut ainsi saisir la réalité de manière rationnelle, et, pour les mêmes raisons, qualifier de non rationnel ce qui ne peut être empiriquement ou logiquement prouvé.

Bien que porteuse pour la pensée scientifique, cette démarche réduit fortement le rayon d'action de la raison pratique : ni valeurs, ni objectifs qui puissent être prouvés logiquement ou empiriquement, d'où, ni valeurs, ni objectifs, qui puissent être qualifiés de rationnels. Et pourtant, cette approche imprégnera presque trois siècles de philosophie et a persisté jusque dans le positivisme logique.

Appliquant et élargissant la méthode cartésienne, laquelle transforme le savoir en connaissance, les modèles hobbesien et rousseauiste du contrat social cherchent à résoudre le problème de l'intégration politique en procédant de l'individualisme. Hobbes tout autant que Rousseau réalise ainsi ce que nous appelons une « épistémologisation particulière de la philosophie ».

Rappelons en ce sens que le contrat social est conçu comme une idée vraie, tellement préférable à l'état de nature que le sujet, maître de ses capacités rationnelles, ne peut qu'opter pour sa conclusion : comme le dirait Raz, la raison de conclure le contrat est une raison d'exclusion (Raz, 1990). Précisons que, tandis que la pensée de Hobbes peut être considérée comme une version utilitariste de la rationalité, celle de Rousseau est d'une nature bien plus pure : selon lui, c'est la raison elle-même qui contraint à l'adhésion au contrat social, ou aux « vrais principes du droit politique », comme il le définit (Rousseau, 1964, p. 470).

Ces deux variantes ont les mêmes conséquences : les règles établies par le souverain sont supposées moralement vraies par les deux penseurs. Chez Hobbes, elles expriment en effet des lois naturelles, lesquelles sont commandements de Dieu, et donc seule vraie morale (Hobbes, 1966, p. 147) ; ces règles sont également vraies dans la variante rousseauiste, puisque aucune loi, en tant que loi, ne peut être injuste (Rousseau, 1964, p. 379).

La logique des deux variantes du contrat social est quasiment infaillible. De la vérité de la prémisse, notamment le contrat social, peut être logiquement déduite la vérité des propositions fondées sur elle, c'est-à-dire les lois.

## LE LEGALISME

Ce bilan provisoire et sommaire nous permet d'établir les caractéristiques principales de la pensée juridique, depuis le XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'au milieu du siècle dernier : d'abord, un dénominateur commun, le *légalisme* — comme nous le lisons chez Judith Shklar, celui-ci conçoit le comportement normatif en termes d'observance de règles (Shklar, 1964, p. 1) ; Zenon Bankowski complète cette définition en précisant que l'origine de ces règles n'a pas la moindre importance (Bankowski, 1993). Le droit est censé être « simplement là » [*just there*].

Nos premiers développements mettent également en lumière une autre particularité du légalisme, qu'il partage aussi bien avec le positivisme qu'avec le jusnaturalisme : chacun prétend en effet que le droit représente la réalité. Manifeste dans le jusnaturalisme, où le contenu du droit est prescrit par une norme substantielle transcendante ou transcendantale, laquelle est simplement reproduite par le droit posé,

ce *représentationalisme* est moins évident dans le positivisme : le droit comme commandement d'un souverain n'est en effet qu'une décision émanant de celui-ci. Mais cette décision est vraie, soutiennent Hobbes et Rousseau, puisqu'elle se fonde sur le contrat social : ce contrat étant vrai, les règles qui en découlent le sont nécessairement aussi. La nature vraie des lois est donc une conséquence de la version épistémologique de la philosophie.

Quatre autres caractéristiques du légalisme accentuent encore la position de prémisse fondamentale de ces théories qu'occupe le représentationalisme. D'abord, puisque leur production conduit à des propositions normatives vraies, les lois sont intemporelles — prétendre le contraire contredirait complètement le caractère éternel de la vérité.

Ensuite, puisque les lois sont vraies, on ne peut contester leur contenu, ce qui entraîne une dissimulation de la nature discutable des valeurs, objectifs et finalités : chaque règle étant vraie, ses valeurs, objectifs et finalités sont moralement justes. Il n'est plus nécessaire de démontrer le caractère indispensable des lois, qui sont conçues comme de simples instruments. On peut donc présenter cette particularité du légalisme comme un instrumentalisme dissimulé.

Observons, en troisième lieu, qu'il découle de la conclusion du contrat social que les propositions normatives du souverain l'emportent *ipso facto* sur toute autre proposition normative. Ainsi disparaissent de l'écran normatif les jugements moraux personnels aux sujets : dorénavant, c'est la loi provenant de l'État qui détermine le bien et le mal. On parlera ici d'étatisme.

Concluons provisoirement en notant que l'étude du droit est désormais réduite à une étude de propositions vraies. Elle s'assimile aux sciences de la nature qui lui sont méthodologiquement similaire : la méthode scientifique, dont l'objet est « simplement là », peut aussi bien s'appliquer au droit qu'à la nature, et l'on peut donc parler non plus d'étude, mais de « science du droit ». Conclusion logique de la vérité des prémisses – le droit – et de cette unité de méthode, les propositions résultant de cette science juridique constituent en outre une source additionnelle du droit. Le système juridique se présente comme un système clos, composé de propositions logiquement reliées.

Le légalisme se définit ainsi par la réunion des cinq caractéristiques suivantes : représentationalisme, intemporalité, instrumentalisme dissimulé, étatisme et scientificité de l'étude du droit. Je propose d'appeler cette forme du légalisme le « légalisme fort », et d'en élaborer les spécificités plus en détail dans les pages à venir.

#### LE LEGALISME FORT ET LE MODELE PAR PROCURATION DU CONTRAT SOCIAL

Cette articulation concise du légalisme permet à la jurisprudence de prendre racine. Le légalisme exclut toute théorisation de la législation, en ce que celle-ci relève simplement de la politique, laquelle est une affaire de choix – les choix étant toujours discutables, une théorie les prenant pour objet serait vouée à l'échec. Le légalisme résout ce problème par la voie de l'épistémologisation, et en traitant la raison pratique comme une branche de la raison théorique. Le devoir-faire est ainsi limité à la simple

connaissance de règles comprenant les droits et les obligations. Suivre les règles est une affaire cognitive et leur réalisation est une question d'application.

De là découlent logiquement le rôle d'acteur principal occupé par le juge dans le système juridique et la réduction subséquente de la théorie du droit à une théorie de l'application des règles. Le législateur opère derrière la scène du système juridique : son rôle est limité à une prise de décisions politiques, puisque les vrais principes du droit politique, comme le disait Rousseau, ne concernent que l'établissement des institutions, et aucunement le contenu des décisions qui en découlent.

Tout cela est une conséquence de la souveraineté : acteur souverain dans l'espace politique, le législateur ne peut être tenu par des règles, du moins au sens dans lequel y est tenu le juge, au risque de perdre sa souveraineté. La constitution n'est ainsi qu'un programme politique gouvernant la législation, sans pour autant contenir des règles contraignantes liant le législateur. Celui-ci est, on le devine, censé tenir un rôle d'acteur politique, et non d'acteur juridique : la législation relève de la politique.

Le lecteur est invité, dans les pages qui suivent, à une contestation de cette démarche : ma contribution tient précisément à positionner le législateur comme acteur juridique. Trois étapes seront franchies : je commence, jusqu'à la fin de cette section, par explorer la signification de la liberté, ce qui nous permettra ensuite de tracer les contours d'une grille de lecture alternative du contrat social (section suivante) et, enfin, d'identifier les quatre principes de la jurisprudence, afin d'élaborer une théorie rationnelle de la législation (dernière section). Je ne prétends nullement à l'exhaustivité, tenant simplement à dessiner les grandes lignes d'une théorie rationnelle de la législation, que j'appelle « jurisprudence ».

Commençons donc par le concept de la liberté : il signifie qu'à défaut de limitations externes, chaque sujet est libre d'agir comme il le souhaite – ce à quoi Hobbes autant que Rousseau adhèrent. Le sujet dispose logiquement, d'une infinité de possibles concrétisations du concept de la liberté : ce concept inclut toute action possible. Paradoxalement, la liberté doit être limitée parce que déterminée pour rendre possible une action quelconque : en effet, si aucun choix n'est posé, aucune action n'aura jamais lieu.

Ceci conduit à affirmer qu'une action n'est possible qu'à condition d'être précédée par une limitation de la liberté, ou qu'une liberté illimitée ou indéterminée n'est qu'un concept à concrétiser. Qualifions cette concrétisation de « conception » de la liberté. Réaliser sa liberté, c'est agir sur la base d'une conception, d'un choix, qui concrétise une liberté indéterminée.

À défaut d'une limitation externe de la liberté, les sujets agissent selon leurs propres conceptions : ils choisissent eux-mêmes les limitations de la liberté, définissent leurs « conceptions de la liberté ». Au contraire, lorsque le sujet agit selon une concrétisation de la liberté qui n'est pas la sienne, il agit selon une « conception *sur* la liberté » - une conception sur la liberté est une limitation de cette liberté *externe* au sujet, à l'inverse d'une conception *de* la liberté, qui est considérée comme *interne*.

Hobbes et Rousseau cherchent à démontrer que l'interaction sociale ne peut avoir lieu sur la base de conceptions de la liberté. Selon Hobbes, les sujets n'ont pas accès au

sens véritable des lois de la nature, puisque celles-ci sont sémantiquement vides, et l'interaction sociale ne dispose de règles que dès le moment où l'on parvient à découvrir le sens des lois naturelles. Inversement, Rousseau affirme qu'une société existe bien avant la création de l'État : défendant la possibilité d'une société fondée sur le sens [*meaning*], il considère que les sujets interagissent dans un contexte de participation, et que c'est dans ce contexte de participation qu'ils se reconnaissent mutuellement comme membres d'un ensemble social. Une guerre de tous contre tous prouve l'existence plutôt que l'absence d'une société, puisqu'elle constitue une forme d'interaction sociale.

L'interaction sociale située dans un contexte de participation est vouée à l'échec. La raison de cet échec, selon Hobbes, réside dans la méchanceté de l'homme ; selon Rousseau, par contre, on la trouve dans les relations de dépendance résultant de l'encadrement économique au sein de l'espace social.

Le sens, de nature multiple, diffère de la vérité, unique, ce que l'on peut facilement transposer dans la terminologie qui est la nôtre : les sujets agissant selon des conceptions de la liberté ne disposent pas de son « vrai » sens. Les conceptions de la liberté sont d'une variété infinie ; le sens « véritable » de la liberté, pour sa part, doit être unique.

Nous pouvons maintenant faire apparaître les trois axes mentionnés dans cet ensemble contractuel. Sachant que les conceptions de la liberté se présentent comme une pratique nécessaire, comme le fondement de toute action, on peut affirmer qu'il n'y a pas d'action possible sans que la liberté soit limitée en termes de conceptions, et que cette nécessité pratique implique, simultanément, une priorité du sujet : s'il n'y a pas de limitations externes de la liberté, c'est-à-dire sans conceptions sur la liberté, les sujets agissent comme ils le souhaitent. Malgré cela, dans les théories hobbesienne et rousseauiste, la nécessité pratique de concrétiser la liberté est remodelée comme une priorité politique : les concrétisations en termes de conceptions sur la liberté, effectuées par un souverain, priment sur les conceptions de la liberté — ceci pour une raison épistémologique.

Hobbes et Rousseau estiment que chaque sujet est muni d'une capacité rationnelle identique, et que, l'utilisant, tous seront convaincus de ce que conclure le contrat est préférable à rester dans l'état de nature.

L'organisation politique de la liberté, pour une raison épistémologique, devance alors la priorité morale du sujet, qui lui permettait d'agir selon ses conceptions de la liberté : dès le « moment » où le contrat est conclu, les sujets agissent principalement selon des conceptions sur la liberté. L'adhésion au contrat implique une procuration au souverain, une acceptation d'avance des limitations externes de la liberté, quel que soit leur contenu.

Ceci dit, le fonctionnement du modèle « par procuration » peut cependant être considéré comme une conception de la liberté, puisque c'est par ce biais que les sujets ont adopté le contrat social, et qu'en outre, les conceptions sur la liberté qui résultent de celui-ci leur sont imputées, comme conceptions de la liberté, en vertu de la procuration générale au souverain.

Cette interprétation est le résultat d'une approche erronée de la liberté : celle-ci est en effet la possibilité d'agir selon des conceptions de la liberté, en l'absence de limitations externes, et, plus généralement, constitue bien davantage le point de départ

de l'organisation de l'espace politique : elle en est le *principium*, c'est-à-dire à la fois le « début » et le « principe », le *Leitmotiv*.

Nous pouvons par ailleurs constater que la dimension morale est dominée par la dimension politique, pour une raison épistémologique, et que, l'action basée sur des conceptions sur la liberté prime toujours et automatiquement, sur l'action basée sur les conceptions de la liberté. Cette démarche porte toutefois atteinte au caractère réflexif du concept de la liberté, lequel exige que la liberté soit considérée comme un concept moral : en tant que concept moral, la liberté articule l'autonomie morale, laquelle entraîne logiquement la nécessité d'une libre réalisation de la liberté. L'agir basé sur des conceptions de la liberté l'emporte sur les actions résultant de conceptions sur la liberté.

C'est là exactement ce que la théorie du contrat social refuse d'admettre : selon elle, la procuration devance la liberté au sens moral, parce que les conceptions sur la liberté priment toujours sur les conceptions de la liberté.

#### LE LEGALISME FAIBLE ET LE MODELE D'ECHANGE DU CONTRAT SOCIAL

Je propose d'esquisser maintenant les grandes lignes d'une nouvelle grille de lecture du contrat social, différente de celle « par procuration ».

Considérer toutes les limitations externes de la liberté comme légitimes, valides par le simple fait qu'elles émanent formellement du souverain, ne peut conduire qu'à ce que nous vivons aujourd'hui : une croissance exponentielle de la législation. La procuration a été donnée au souverain pour une certaine raison – la sécurité chez Hobbes, l'égalité chez Rousseau, le devoir moral chez Kant – et c'est cette raison qui va déterminer les fins de l'ensemble du système juridique : elle justifie *a priori* toute future limitation externe, sans que son contenu soit connu au « moment » de l'adhésion au contrat. La procuration ayant un caractère général, le système juridique est censé avoir une finalité tout aussi large. On peut ainsi estimer que toute limitation externe relève de la procuration, que chaque conception sur la liberté soutient la finalité du système juridique. Le nombre de limitations externes n'est limité par aucun critère.

Le problème posé par la croissance exponentielle de du volume des règles juridiques pose certes un problème important, mais je n'en traiterai pas ici, me bornant à la seule transformation qualitative de la liberté à travers le contrat social.

Précisons d'abord que le contrat social constitue une reconstruction rationnelle du paradis perdu d'Aristote, de la société politique naturelle. Vu les difficultés posées par l'intégration de l'individualisme ontologique au sein d'un tel corps politique, il fallait user de concepts rationnels, intégrant les parties individuelles dans un ensemble : la société politique rationnelle se substitue ainsi, à l'aide du contrat social, à la société politique naturelle.

Répétons que cette reconstruction hypothétique met en péril la dimension morale de la liberté : toute limitation externe, toute conception sur la liberté pouvant légitimement remplacer les limitations internes ou conceptions de la liberté, une concrétisation de la liberté en termes politiques se substitue en effet à une concrétisation morale de celle-ci.

Nous avons vu plus haut que la raison justifiant la conclusion du contrat social coïncide avec la finalité de l'État, avec la finalité générale du système juridique – nous pouvons nous demander ici si la liberté au sens moral ne pourrait pas être conçue comme cette finalité générale de l'ordre juridique. Concevoir ainsi la liberté au sens moral comme *Leitmotiv* de l'ordre juridique permet d'obtenir une version plus légère du contrat social, dans laquelle le droit *rend possible la réalisation de la moralité*. Ceci implique une interprétation différente de la relation entre le droit et la moralité, dont je me suffis d'indiquer que la moralité l'emporte sur le droit.

On ne peut cependant conclure de ce qui précède que cette priorité est absolue : elle est relative en ce que les conceptions sur la liberté peuvent être préférées aux conceptions de la liberté. Ma critique de la priorité absolue des conceptions sur la liberté me conduit à une grille de lecture alternative du contrat social, que je propose d'appeler le modèle *d'échange*.

Dans le modèle d'échange, les sujets ne donnent pas de procuration générale au souverain : bien au contraire, ce modèle alternatif exige une pesée de la liberté lors de la promulgation de chaque limitation externe. Autrement dit, là où le modèle par procuration prévoyait un échange général et *a priori* de la liberté, mon interprétation propose l'échange d'une conception de la liberté à l'instant même de la création et la promulgation d'une nouvelle règle.

À l'inverse du modèle hobbesien, le modèle d'échange ne prend pas appui sur un constat général sur la nature humaine, qui rendrait impraticables les conceptions de la liberté ; il diffère également des propositions de Rousseau, en ce qu'il n'inclut pas de jugement général sur la société humaine dans laquelle l'interaction sociale deviendrait défailante au point de culminer dans une guerre de tous contre tous.

Le modèle d'échange reprend les trois axes de la philosophie moderne, en les plaçant toutefois dans un contexte différent.

L'axe épistémologique, tout d'abord, est réarrangé. On ne postule plus l'identité de la vérité et du sens des concepts : celle-ci peut différer selon le contexte de participation. La vérité existe indépendamment d'un contexte, contrairement au sens. Remarquons à cet égard que refuser de distinguer la vérité et le sens reviendrait à refuser l'idée même d'un contexte de participation : l'alignement de la vérité et du sens, l'idée d'un « sens vrai », a pour résultat l'adoption d'un « point de vue de nulle part » (Nagel, 1986), menant au représentationalisme propre au projet philosophique moderne.

L'axe politique du projet avait pour but d'institutionnaliser la vérité découverte par ce biais, ou du moins détectable en principe. La répercussion sur l'axe moral était claire : les sujets ne sont pas capables d'agir selon leurs propres idées morales ou selon leurs propres conceptions de la liberté, à cause de leur nature même (Hobbes) ou de la vie en société (Rousseau).

La distinction épistémologique entre « concept » et « conception » nous permet au contraire de maintenir l'équilibre nécessaire entre l'axe politique et l'axe moral : ce n'est qu'à partir du moment où les concrétisations de la liberté basées sur des conceptions sur la liberté n'ont plus automatiquement préférence sur les conceptions de la liberté qu'il y a un équilibre à rechercher.

La pratique de l'échange se réfère précisément à cette recherche d'équilibre : la liberté étant *principium*, et chaque règle établie par le souverain en constituant une limitation externe, les concrétisations politiques et morales de la liberté, c'est-à-dire les conceptions sur la liberté et les conceptions de la liberté, doivent toujours être bien pesées.

La liberté comme *principium* implique qu'on donne *prima facie* la priorité aux conceptions de la liberté, lesquelles ne pourront être écartées en faveur des conceptions sur la liberté qu'à la condition d'une justification explicite. Cette justification a pour but de maintenir l'équilibre entre l'axe politique et l'axe moral.

Cette exigence de justification à son tour exprime la priorité des concrétisations morales sur les concrétisations politiques de la liberté ; par ailleurs, la possibilité qu'une concrétisation politique soit préférée à une concrétisation morale démontre la relativité de cette priorité.

#### LES PRINCIPES DE LA LEGISPRUDENCE

Concevoir la liberté comme *principium* impose donc que soit justifiée toute limitation externe, toute substitution d'une conception de la liberté par une conception sur la liberté. C'est sur cette obligation de justification que porte la légisprudence : elle se définit comme une théorie rationnelle de la législation, concevant la liberté comme *principium*.

Le fait de justifier la législation exprime la recherche d'un équilibre entre les limitations morales et politiques de la liberté. Il nous faut, pour rationaliser ainsi la législation, la baliser de principes – ce n'est que sur la base d'un tel encadrement que nous pourrions justifier les limitations externes. Celles-ci ne sont jamais légitimes *per se*, et la justification prévue ici prend place dans leur processus de légitimation, sans jamais conduire, cependant, à une justification ultime, absolue : je montrerai dans les pages à venir que les limitations externes à la liberté sont soumises à un processus de légitimation continue.

Quatre principes composent l'encadrement légisprudentiel qui nous occupe : le principe de l'alternativité, de la densité normative, de la temporalité et de la cohérence.

##### *Le principe d'alternativité (PA)*

Le PA exige que les limitations imposées d'autorité à la liberté se justifient comme alternatives à une interaction sociale défailante.

Ce premier principe est, de tous, le plus proche de la liberté comme *principium*, en ce qu'il exprime explicitement la primauté des conceptions de la liberté. Comme je l'ai expliqué plus haut et comme le prévoit le PA, cette priorité n'est toutefois pas absolue : sa relativité réside dans le possible échec de l'interaction sociale – sachant que cet échec n'est jamais présumé, contrairement à ce qu'affirment Hobbes et Rousseau.

La justification exigée est, comme je l'ai répété *supra*, celle montrant qu'une limitation externe établie par le souverain est préférable à l'absence d'un tel obstacle

aux conceptions de la liberté. Nous pouvons qualifier la relation entre le souverain et les sujets d'asymétrique (Ricœur, 1986, p. 310), en ce qu'est supposée l'existence d'un vide, d'une lacune entre la prétention du souverain à la légitimité et l'acceptation de celle-ci par les sujets. Si la relation était de nature symétrique, toute prétention du souverain à la légitimité serait *ipso facto* en accord avec l'acceptation des sujets, ce sur quoi se basent explicitement le modèle « par procuration » du contrat social et, dans son sillage, le légalisme fort.

Le PA se fonde sur la capacité du sujet d'agir selon des conceptions de la liberté et implique une présomption d'autorégulation des pratiques sociales, selon laquelle l'interaction sociale établit un sens, qui renvoie à des règles intégrées dans une pratique sociale. Simultanément, ces règles sont constitutives des pratiques concernées.

La recherche scientifique, une performance musicale, la menuiserie, l'éducation, la religion, tout est l'œuvre d'une pratique spécifique : dans chaque cas, celle-ci dispose de règles propres pour produire des formes d'interaction sensées. Mark Hunyadi a démontré de façon convaincante que l'existence de ces règles apparaît lorsqu'un conflit surgit (Hunyadi, 1995), qu'en d'autres mots un conflit révèle l'existence de règles et pratiques dont il émerge – le conflit, la règle et le sens sont des conditions nécessaires pour qu'une pratique quelconque puisse exister. L'espace social peut être considéré comme l'entremêlement d'une variété innombrable de pratiques, traversée de conflits entre et au sein de celles-ci.

Si chaque conflit était *a priori* empêché, nous nous retrouverions dans une version épistémologisée, hobbesienne, de la politique, qui présenterait la détermination du sens par le souverain comme apte à prévenir ou résoudre des conflits. J'ai déjà énoncé l'idée selon laquelle cette détermination met en danger l'existence même des pratiques sociales, et produit une similitude entre l'espace social et l'espace politique, c'est-à-dire entre la société et l'État : répétons-le, le sujet n'y est aucunement considéré comme agent moral autonome, et ne peut agir selon ses conceptions de la liberté que dans des domaines accidentels, pour autant qu'ils ne soient pas régis par le souverain. Et celui-ci peut intervenir dès qu'il juge son ingérence opportune.

En adoptant le PA, on se retrouve dans la situation inverse : le souverain ne peut intervenir que s'il justifie la primauté de sa limitation externe par rapport à de possibles limitations internes, sur la base d'une défaillance de l'interaction sociale.

#### *Le principe de l'impact normatif (PN)*

Le PN exige la justification de l'impact normatif des limitations de la liberté. Plus précisément, parmi les impacts possibles, celui produit par les sanctions nécessite une justification particulière, parce qu'elles contiennent une double restriction de la liberté : d'abord, toute limitation externe constitue une conception sur la liberté, et exclut l'action selon des conceptions de la liberté – ce qui représente une première restriction ; ensuite, s'il y a sanction, le but, l'objectif ou la finalité de la règle ne peut être réalisé que de la façon prescrite, puisque tout écart de comportement est sanctionné – ce qui empêche un agir du sujet basé sur ses conceptions de la liberté.

Dans le modèle d'échange, les limitations externes ne constituent pas, en tant que telles, des raisons exclusives d'action – nous nous retrouverions à nouveau dans le modèle « par procuration » ; ici, le système juridique n'a qu'une finalité générale modeste : rendre la moralité possible.

Or, si la justification de l'échange respecte bien le PA, les sanctions ne constitueront pas automatiquement le moyen le plus adéquat de réaliser le but, l'objectif ou la finalité de la limitation externe.

Voyons à ce propos à quel point Hart s'est montré convaincant dans sa double critique des concepts austinien et kelsenien de la règle juridique – selon lui, chaque système juridique contient des règles conférant du pouvoir, accordant la compétence de créer, de modifier et d'appliquer une règle à différentes instances, et rendant simultanément possible la reconnaissance des règles juridiques, à la fois par les instances étatiques et par les citoyens. Ces règles conférant du pouvoir ne prescrivent en général pas de sanctions (Hart, 1994, p. 91 et s.). Une règle peut par ailleurs accorder des pouvoirs à une personne privée – ceux de laisser un testament, de se marier ou de conclure des contrats, par exemple. Il n'est aucunement question ici de commandements ou de menaces (Austin), ni d'une « connexion essentielle » entre la règle et une sanction (Kelsen) : personne n'est confronté à une obligation quelconque, mais chacun, s'il désire par exemple se marier, devra produire un certain type de comportement, correspondant à un mariage valide. Le non-respect de cette règle entraîne la simple inexistence du mariage, bien qu'une autre forme de relation puisse apparaître.

Hart réussit certes un tour de force en déconnectant validité de la limitation externe et sanction, mais le PN se montre encore plus exigeant : puisqu'il n'y a pas de connexion nécessaire entre une règle et une sanction, il considère cette relation comme contingente et impose alors que soit justifiée la relation entre la règle et la sanction.

La justification de la sanction doit inclure les arguments qui défendent une limitation supplémentaire de la liberté. Les sanctions de nature pécuniaire ou physique ne représentent qu'une possibilité parmi d'autres pour réaliser un certain type de comportement. – et la multiplication de ces possibilités permet une gradation variable de la densité normative, dont la sanction représente le maximum. Pensons ici à des techniques régulatrices comme la diffusion d'information, l'aménagement fiscal, l'autorégulation à base de codes ou de *convenants*, le label de qualité et bien d'autres.

La sanction d'un comportement doit être justifiée dans la mesure où la liberté conçue comme *principium* exige la primauté d'une action résultant d'une conception de la liberté sur une conception sur la liberté : pour respecter le PA, une conception sur la liberté doit peser plus lourd qu'une conception de la liberté ; par conséquent, le type de conception qui doit être justifié est la conception sur la liberté. Pourtant, la substitution d'une conception de la liberté par une conception sur la liberté ne justifie pas automatiquement que celle-ci soit accomplie en utilisant une sanction. Ce qui doit être réalisé, c'est une finalité, un objectif ou un but.

Le PN exige alors que les moyens de réalisation de l'objectif, de la finalité ou du but de la règle, résultent d'un processus de balancement des alternatives. Une alternative aux sanctions prévues en cas de possession et d'usage de stupéfiants consisterait, par exemple, à organiser une campagne d'information au sein des écoles, attirant l'attention

sur les conséquences nuisibles de la toxicomanie ; la diffusion d'informations pourrait même être renforcée par une convention entre les écoles et le gouvernement, visant à radicalement exclure la drogue des écoles ; un label, éventuellement soutenu par une subvention additionnelle, pourrait être attribué aux écoles adoptant cette ligne de conduite ; un prix, enfin, pourrait être attribué à celles ayant respecté la convention pendant un certain laps de temps...

Tout un éventail de possibilités s'ouvre, lorsque l'on veut atteindre un certain objectif, but ou finalité, et la sanction n'en est qu'une branche. Si la connexion essentielle entre une règle et une sanction est tranchée, il est nécessaire d'établir la connexion entre l'objectif fixé et les moyens de réalisation que l'on se donne – la détermination de cette connexion constitue précisément l'objet premier du PN.

Inutile, sans doute, d'ajouter que chaque moyen choisi engendre une densité normative différente, que l'impact sur la liberté diffère selon le moyen utilisé. Il va de soi que doit être préféré l'instrument induisant la normativité la moins dense possible – autrement dit, si une sanction est utilisée, sa justification doit avoir réfuté toutes les alternatives entraînant un impact normatif plus léger.

#### *Le principe de temporalité (PT)*

Le PT insère la dimension temporelle dans le système juridique. Le légalisme fort, lui, conçoit le système juridique comme un ensemble intemporel de règles, qui expriment parfaitement la réalité et absorbent le domaine du sens. La légisprudence, par contre, reconnaît l'origine humaine des limitations externes : comme toute autre activité humaine, la création d'une règle est conçue comme relevant de la temporalité.

Les théories qui se réclament d'accès direct à la réalité, à l'image de celles de Hobbes ou de Rousseau, dénie le caractère temporel de cet accès : la connaissance qui en découle est soi-disant ontologiquement vraie. À l'inverse de ces théories *de* la réalité, les théories *sur* la réalité considèrent que cet accès est nécessairement biaisé — par une théorie, que je propose de qualifier d'« analytique » ou de « paradigme ». Les théories analytiques se développent à partir d'une autre théorie analytique, et ce sans fin, tandis que les théories de la réalité rejettent cette médiation paradigmatique, et se réclament d'une vérité première non qualifiée. Les théories sur la réalité en appellent simplement à une connaissance objective, ou qualifiée, dont les seules références renvoient à l'encadrement théorique dont elle dépend.

La dépendance théorique d'une théorie peut être appréhendée comme une traduction de l'imperfection de l'homme, due à la temporalité de la condition humaine – la reconnaissance de cette nature historique de la connaissance sous-tend simplement un certain relativisme à l'égard de la vérité ontologique de la connaissance, et ne doit pas pour autant se transformer en scepticisme.

La thèse que j'é mets sur la temporalité corrobore la distinction entre vérité et sens : toujours lié à un contexte de participation, le sens diffère de la vérité ontologique, qui ne dépend d'aucun contexte. Une proposition est vraie ou elle ne l'est pas, et dire qu'une proposition peut être vraie dans un contexte donné, n'équivaut pas à prétendre qu'une proposition est ontologiquement vraie. Lorsqu'il s'agit de vérité ontologique, l'action

morale et politique n'entre pas en ligne de compte. Là réside l'erreur fondamentale des théories du contrat social : elles prétendent disposer d'un accès direct à la réalité et construisent sur sa base un cadre normatif unique, qui organise l'espace politique.

Le canevas de réflexion dont je viens d'utiliser à l'égard de l'explication, dans le domaine de la connaissance, peut également s'appliquer à la justification, dans le domaine de l'action : dans cette perspective, la vérité se réduit à une croyance justifiée. Je ne développerai pas ici les détails prouvant cette affirmation, me contentant simplement de préciser que la justification constitue une forme d'action.

La vérité ne peut être approchée autrement que *via* une théorie – « analytique » selon nos propos antérieurs –, laquelle biaise et bloque par conséquent l'accès direct à la réalité. Celle-ci, qualifiée de « connaissance véritable », est à son tour définie par ce que je proposons d'appeler un « cognitivisme temporel ».

L'éventail de ses concrétisations possibles exclut la possibilité même d'un « sens vrai » de la liberté. La possibilité d'un choix en faveur d'une conception sur la liberté est par conséquent soumise à une obligation de justification, comme je l'ai explicité plus haut : selon le PA, cette justification ne permettra la limitation externe que si elle se présente comme une alternative à la défaillance d'une interaction sociale ; selon le PN, elle devra justifier la densité normative de cette limitation externe ; le PT, enfin, soulignera le caractère temporaire de toute justification.

Ce PT *situe dans le temps* la justification d'une proposition normative par le PA et le PN, et précise qu'une limitation externe peut être justifiée sur la base de ces deux principes, mais à un certain moment donné.

Il nous faut ici émettre deux précisions importantes : d'abord, il doit être démontré que la limitation externe, à côté de son contenu en termes du PA et du PN, se présente au « moment approprié » : des circonstances *hic et nunc* peuvent justifier la promulgation d'une limitation externe. Aux antipodes des circonstances concrètes prises en compte ici, nous retrouvons une réalité sociale « a-historique », comme elle est conçue à travers les lunettes du légalisme fort : celui-ci cherche à écarter l'aspect temporel, à l'inverse du légalisme faible, qui sous-tend la jurisprudence et prend au sérieux la dimension temporelle de l'action humaine. Une volonté de rationalité législative, premier souci de la jurisprudence, oblige le législateur à prendre en considération les circonstances concrètes, nécessairement imprégnées de temporalité.

Les décisions désirables aujourd'hui peuvent donc devenir inopportunes en d'autres circonstances, à un autre moment, et c'est là le second aspect du PT qui doit être précisé : ce principe souligne que ce qui est justifié à un certain moment peut devenir injustifié plus tard, et fait par conséquent de la justification des limitations externes un processus continu, un processus incluant une obligation de prise en compte des circonstances changeantes dans la détermination des limites externes posées à la liberté des sujets. La législation obsolète, les limitations externes désuètes perdent leur caractère légitime et doivent être supprimées, modifiées ou précisées pour respecter le PA et le PN.

*Le principe de cohérence (PC) : la théorie des multiples niveaux de cohérence*

Le PC est le principe de justification des limitations externes basé sur l'ensemble du système juridique. Un système juridique n'est pas simplement une chaîne statique de limitations externes : il est au contraire un ensemble complexe et dynamique, composé de règles primaires et secondaires.

En grossissant légèrement le trait, on pourrait soutenir que chaque changement à l'intérieur du système agit sur son ensemble, que sa nature complexe s'en intensifie ; or, la complexité d'un système juridique résultant principalement de sa croissance exponentielle, son caractère systématique de s'écrouler.

La cohérence est souvent liée à la consistance. Celle-ci désigne l'absence de contradiction au sein d'un ensemble de propositions formant une théorie, l'existence d'une seule contradiction rendant donc celle-ci inconsistante ; suivant cette définition, et si l'on considère la consistance comme une condition de la cohérence, une seule contradiction rendrait le système incohérent.

Il est dit aussi, parfois et sans vouloir alors associer cohérence et consistance, que cette dernière est une question de tout ou rien, tandis que la première s'évalue en degrés. La consistance, de ce point de vue, peut dès lors être qualifiée de condition logique, tandis que la cohérence renvoie à l'idée d'un « faire sens dans son ensemble » [*making sense as a whole*, comme le dit MacCormick].

Comme je vois les choses, la cohérence porte sur un discours ou un ensemble de propositions et de relations entre celles-ci, qui s'articulent de diverses façons, parmi lesquelles la consistance : en effet, si les propositions sont liées de manière consistante, nous obtiendrons un ensemble logique, ou non contradictoire, faisant sens dans son ensemble.

Il existe cependant d'autres moyens de faire du sens « dans un ensemble » ; ils apparaissent lorsque l'« ensemble » est étendu au contexte de participation, lorsque le droit n'est plus considéré comme un ensemble isolé de propositions, mais comme interagissant avec d'autres pratiques sociales. Une telle extension de l'« ensemble » rend plus nette la distinction entre consistance et cohérence, sans pour autant les séparer.

Cela étant dit, nous pouvons entamer l'élaboration de notre PC. Celui-ci peut se présenter comme une théorie autonome, que j'appelle la « théorie des multiples niveaux de cohérence » ; elle comprend quatre niveaux, de la cohérence<sub>0</sub> à la cohérence<sub>3</sub>, qui seront abordés ci-dessous. L'autonomie de la théorie des multiples niveaux de cohérence correspond d'ailleurs aux développements des différents stades de la jurisprudence qui en était, elle, le fruit quelque peu inattendu (Wintgens, 1983 ; Wintgens, 2000, 100-138).

### *Cohérence<sub>0</sub>*

Le premier niveau de cohérence, appelé « niveau de cohérence<sub>0</sub> », n'est pas caractéristique de cette seule théorie. Sans lui, rien ne fait sens : il porte sur le niveau élémentaire de discours (une phrase, une décision législative ou judiciaire), et ne peut

donc supporter aucune contradiction, au risque de porter atteinte à tous les éléments subséquents. La cohérence<sub>0</sub> conditionne nécessairement le sens de tout discours, et ce niveau élémentaire requiert donc l'absence de toute contradiction. Certains auteurs l'ont d'ailleurs, très justement, appelé « consistance simultanée » (Kornhauser et Sager, 1986, p. 105-106 ; Winch, 1990, p. 61).

Cette exigence de cohérence<sub>0</sub> n'est cependant pas universelle, dans le sens d'une identité à chaque type de discours : tout dépend de ce que l'on considère comme appartenant au niveau élémentaire du discours, et ce choix se modifie selon le contexte – dans un discours poétique, par exemple, l'exigence sera moins stricte que dans un discours logique. En d'autres termes, chaque type de discours dispose de son niveau élémentaire propre, lequel varie, mais sans nous empêcher d'affirmer l'universalité de l'exigence de la cohérence<sub>0</sub> elle-même. Celle-ci n'est donc pas sous l'emprise du temps.

#### *Le niveau de cohérence<sub>0</sub>*

L'exigence de cohérence se modifie lorsqu'on lui ajoute la dimension temporelle, qui n'apparaît pas au niveau de cohérence<sub>0</sub>. Ainsi, il n'est évidemment pas suffisant que deux décisions judiciaires, portant sur des affaires similaires mais rendues à des moments différents, répondent seulement à l'exigence de cohérence<sub>0</sub> : tous reconnaîtront comme indispensable que ces décisions soient similaires, puisque basées sur des cas similaires – que, si un juge condamne un voleur à payer 100 euros, la justice formelle oblige à prononcer le même verdict dans un même cas. Une règle autre heurterait notre sens de la justice.

La justice formelle ressemble à la consistance, et ce principalement pour deux raisons : d'abord, comme elle, le droit est essentiellement une question de règles. Ceci découle du processus d'épistémologisation de la philosophie que j'ai déjà signalé en début d'exposé, qui a engendré le développement de la science de la nature, c'est-à-dire une lecture de la réalité selon des règles, un langage de la réalité prenant la forme de règles mathématiques, des vérités scientifiques conçues comme des équations mathématiques, une réalité interprétée comme d'ordre ontologiquement mathématique, du moins dans une certaine interprétation de la science moderne – et un mimétisme des sciences de la nature par les sciences sociales, poussant celles-ci à se réfléchir également en termes de règles.

L'autre raison rapprochant justice formelle et consistance réside en ce que les règles juridiques, comme les règles scientifiques, doivent être appliquées de façon égale dans les cas égaux, au risque de voir atteinte l'essence même de leur caractère de règles. Il est vrai que, contrairement aux propositions logiques, la forme régulatrice des limitations externes exprime un jugement de valeur, et que la valeur exprimée englobe l'égalité : comme *principium*, la liberté doit être pareille pour tous – mais c'est bien de cette exigence normative que découle l'impérativité d'un traitement identique des cas égaux : elle impose et confirme un droit fait de règles. C'est essentiellement l'égalité qui justifie la préférence pour le droit comme ensemble de règles, par exemple, à un droit-ensemble de commandements.

L'assimilation du droit à l'objet des sciences naturelles, selon le légalisme fort, entraîne des exigences identiques à celles de la consistance. La cause principale de cette unité trouve sa source dans l'omission de la dimension temporelle, ou, autrement dit, dans l'absence de distinction entre la cohérence<sub>0</sub> et la cohérence<sub>1</sub> – tandis que le niveau 0 imposait la non-contradiction au niveau élémentaire de discours, cette indistinction comprend une négation de toute identification possible des unités élémentaires du discours. Dans cette perspective, le « tout ou rien » qu'est la consistance impose que le tout soit consistant, d'une façon ou d'une autre, afin de faire sens.

En ce qu'elle permet la distinction du droit et des sciences naturelles, cette introduction d'une dimension temporelle a un impact immédiat sur l'application des règles : celle-ci consiste certes en une opération essentiellement logique, mais il faudra désormais y prendre en compte les aspects temporels. L'introduction de ceux-ci entraîne alors une substitution de la justification à la pure et simple application des règles ; la justification va modérer l'exigence d'identité des cas et donner la primauté à la similarité de ceux-ci, faisant ainsi intervenir un jugement de valeur dans ce constat, convaincant mais non contraignant, de similarité.

La justification étant soumise à des conditions temporelles, on ne peut exiger une consistance logique des limitations externes qui en découlent ; bien au contraire, celles-ci sont variables dans le temps.

Ceci permet, en jurisprudence, de s'appuyer sur les décisions antérieures. La justice formelle comme règle de jugement n'est pas absolue, puisque juger se rapporte au temps ; abandonner une règle ou un précédent est permis à condition que cet abandon soit justifié, tandis que l'observation d'une règle ou d'un précédent n'exige pas de justification.

Les choses sont quasiment similaires quant au rôle du législateur, bien que sa liberté soit bien plus étendue que celle du juge, lié par les règles du système juridique : créées par lui, ces règles ne le limitent logiquement pas. Deux remarques doivent être émises au sujet des changements et création de ces limitations externes – d'abord, quant à la cohérence<sub>1</sub>, et ensuite, à propos d'un autre niveau de cohérence, que j'aborderai dans la section suivante.

Le juge ne doit pas justifier l'observation, mais seulement l'abandon d'une règle ou d'un précédent ; le législateur, quant à lui, peut, sur la base des PA, PN et PC, être amené à devoir justifier un *statu quo* autant que l'abandon d'une situation existante – paradoxalement, nous pouvons donc qualifier la tâche justificative du législateur à l'égard du PC comme plus considérable que celle du juge.

Cette caractéristique particulière de la tâche législative est liée au fait que les limitations externes de la liberté sont soumises à une justification basée sur les PA et PN : tant que la situation S ne change pas, un changement de la limitation externe impliquerait une injustice formelle ; si tous les A doivent être traités comme des B selon une règle R, tout changement de R implique un traitement différent de A et impose, par là même, une justification.

Si l'on ne distinguait pas entre le niveau de la cohérence<sub>0</sub> et le niveau de la cohérence<sub>1</sub>, rien ne pourrait être modifié : chaque changement se heurterait à l'exigence

de la justice formelle. Le juge ne doit pas justifier le respect, mais seulement l'abandon d'une règle ou d'un précédent, alors que le législateur, lui, doit pouvoir justifier un *statu quo* autant qu'un changement des limitations externes. Ceci montre, en un mot, ce que la cohérence<sub>1</sub> exige *légisprudentiellement*.

Comme annoncé, une autre distinction s'impose lorsque nous nous focalisons sur le changement des limitations externes de la perspective du juge, ouvrant la voie à un niveau de cohérence distinct.

#### *Le niveau de cohérence<sub>2</sub>*

J'ai déjà montré que le juge qui abandonne un précédent viole les exigences de la justice formelle, mais qu'il peut contrebalancer cette atteinte par la justification. Tout cela est basé sur l'idée que les règles sont « simplement là », directement tombées du code sur le bureau du juge – mais la réalité s'avère évidemment beaucoup plus complexe : le juge doit choisir la règle qu'il veut appliquer à un cas donné, comme par exemple lors de la question récurrente de savoir si le *leasing* relève du contrat ou de la propriété. L'ensemble des règles applicable doit être choisi, sans que ce choix soit contraignant mais sachant que ses conséquences seront bien différentes, selon le modèle choisi.

Au niveau de cohérence<sub>1</sub>, il faut opter pour l'un de ces deux régimes, un abandon étant possible par justification – et celle-ci requiert l'introduction d'un niveau supplémentaire de cohérence. Ce niveau de cohérence<sub>2</sub> fournit des arguments pour infirmer les exigences de la cohérence<sub>1</sub> : il permet l'abandon d'un précédent ou d'une règle sous condition de justification, sur base d'arguments relevant d'un autre niveau de cohérence que le niveau de cohérence<sub>1</sub> : ceux du niveau de cohérence<sub>2</sub>.

L'interprétation systématique est un exemple emblématique, du point de vue du juge, d'une argumentation au niveau de cohérence<sub>2</sub> : à ce stade, l'ensemble du système juridique est pris en compte. Bien entendu, d'autres arguments, pour d'autres méthodes d'interprétation, peuvent être utilisés.

En plus des exigences de la cohérence<sub>1</sub>, l'activité législative doit également satisfaire celles du niveau 2 : comme le juge peut s'appuyer sur le caractère systématique du système juridique, le législateur doit ici prendre en compte et concevoir l'ordre juridique dans son ensemble.

Lorsque le juge argumente au niveau de cohérence<sub>2</sub> – par exemple, en développant une interprétation systématique –, il prend comme point de départ l'unité du système juridique en le concevant comme un ensemble. L'argumentation au niveau de cohérence<sub>2</sub> exige également du législateur qu'il établisse cette unité.

Contrairement à ce qu'admet le légalisme fort, la rationalité du législateur n'est pas irréfutablement présumée, sans quoi le modèle par procuration prendrait à nouveau la place du modèle d'échange. Le législateur *doit* donc justifier les limitations externes promulguées, afin que le juge puisse développer des arguments de cohérence<sub>2</sub>.

Définir la position centrale du juge pousse aussitôt la place occupée par le législateur hors de l'ombre. Un activisme législatif implique une justification active des limitations

externes : contrairement au juge, le législateur ne peut pas se contenter de la simple présomption du caractère systématique du système juridique.

Plus les limitations externes sont explicitées — aux niveaux de cohérence<sub>0</sub> et de cohérence<sub>1</sub>, ainsi que quant à leur possible insertion dans l'ensemble du système juridique —, plus la justification au niveau de la cohérence<sub>2</sub> est satisfaite. Alors que la présomption de rationalité du législateur constitue une prémisse-clef du légalisme fort, parce que les limitations externes y sont considérées comme des représentations de la réalité, le légalisme faible, lui, conçoit la production de règles comme ce qu'elle est réellement, une décision, sans plus, non comme une reconstruction de la réalité.

Dans le cadre de la légisprudence, la rationalité du législateur n'est pas présumée, mais découle seulement de ses actes, ou, plus précisément, des justifications qu'il procure à ceux-ci.

### *Le niveau de cohérence<sub>3</sub>*

Selon la version forte du légalisme, le juge ne fait qu'appliquer — théoriquement, mathématiquement — les règles créées par le législateur, et la création même des règles relève de la politique, n'apparaissant pas sur l'écran de la théorie du droit.

Le légalisme faible, au contraire, admet le fait que le législateur tout aussi bien que le juge créent et suivent des règles ; ils créent des règles en en suivant d'autres, et en suivant des règles ils en créent d'autres. Le juge respecte les limitations et les applique, mais crée simultanément des normes individuelles, et le législateur suit des règles en produisant des limitations externes, ou règles générales. Nous constatons là que, bien que considérablement différentes, ces deux positions ne sont aucunement opposées.

Une règle, point n'est besoin de le souligner, ne s'auto-interprète pas et le travail du juge, processus de choix de la règle et de la détermination de son sens, doit alors être inséré dans une théorie pour être rationalisé ; la rationalité du jugement, toutefois, ne se limite pas à l'insertion des décisions nouvelles dans un ensemble de règles existant : c'est simplement une façon d'aborder la question de la « rationalité interne » (Wroblewski, 1984). Toutes les règles existantes, de ce point de vue, peuvent être considérées comme rationnelles, cohérentes ou faisant sens.

Cependant, l'articulation de la cohérence comme « faisant sens *dans son ensemble* » nécessite une perspective différente : il est en effet impossible de concevoir un objet comme un ensemble sans adopter un point de vue externe. Bien qu'un système juridique, ensemble de limitations externes, puisse être rationnel ou cohérent d'un point de vue purement interne, l'exigence qu'il crée du sens dans son ensemble exige un point de vue qui permette de le concevoir comme ensemble, ce qui n'est possible qu'en dépassant les bornes de cet ensemble. En outre, affirmer que l'ensemble gagne en cohérence par la transformation de certains de ses éléments, implique, pour la comparaison, que l'ensemble *qua* ensemble soit pris en considération, ce qui exige la même « rationalité externe ». Les niveaux de cohérence<sub>1</sub> et de cohérence<sub>2</sub> font certes référence à la rationalité interne, mais leur opérationnalisation en appelle à une rationalité externe. Cette relation peut être articulée de la façon suivante.

La prémisse de base de l'argument consiste à dire que les choses n'ont pas de sens en soi, qu'un sens leur est attribué. Cette objection à la doctrine du sens clair implique que la signification d'une règle découle de son interprétation, puisque les règles ne parlent pas en elles-mêmes.

La signification des règles ne peut être découverte par simple observation. L'interprétation, comme la signification qui en résulte, est une construction théorique dépendant elle-même d'une théorie. Alliée du légalisme fort, la doctrine du texte clair nie cette dépendance théorique, se fondant, on s'en souvient, sur un accès prétendument direct à la réalité ; le légalisme faible, par contre, reconnaît le caractère indirect de son accès à la réalité : il n'oublie pas qu'une théorie quadrille celle-ci, médiatise son accès à elle. Cet encadrement théorique consiste en la théorie analytique d'un système juridique, que j'ai déjà signalée.

Pour qu'un système crée du sens dans son ensemble, les acteurs actionnant les commutateurs juridiques ne doivent surtout pas détacher les yeux de ce qui fait justement du système un ensemble, de cet encadrement théorique dont il dépend. C'est très précisément à cette dépendance théorique du système juridique que se réfère le niveau de cohérence<sub>3</sub>.

Ce niveau de cohérence<sub>3</sub> s'articule autour, se focalise sur la distinction entre point de vue interne et point de vue externe que l'on peut adopter vis-à-vis d'une règle. Le premier exprime le caractère normatif de la règle, et le second, les régularités de conduite qui peuvent être rattachées à une conduite acceptant la règle comme norme<sup>2</sup> ; l'interprétation par MacCormick de cette idée originale de H.L.A. Hart revient à dire que le juriste, lorsqu'il adopte un point de vue externe, inclut dans sa description le point de vue interne. De ce fait, la doctrine juridique peut prendre pleinement conscience des règles comme des « raisons d'action ».

Dans son interprétation du point de vue externe modéré selon Hart, qu'il qualifie pertinemment de « point de vue herméneutique » (MacCormick, 1981, p. 37-40 ; MacCormick, 1978, p. 290-292), Sir Neil se réfère à des dynamiques spécifiques : il explique que le point de vue herméneutique part du point de vue externe *vers* un point de vue interne, et que la liaison entre la méthode utilisée par le théoricien – en économie, éthique, histoire, sociologie, droit comparé, etc. – et l'objet « droit », permettra probablement une compréhension différente de l'objet même.

Je suis d'avis pour ma part, que la dynamique herméneutique de MacCormick peut être renversée : simplement dit, un théoricien, lorsqu'il propose une lecture alternative d'un ensemble de règles juridiques découlant de sa propre méthode, adopte une position « comme si » ; en d'autres mots, ses conclusions théoriques n'ont pas la même autorité qu'une décision juridique. Pourtant, s'il inclut dans sa lecture le point de vue interne du juge, ses conclusions peuvent être très proches de la manière dont celui-ci lit le droit : le juge, en prenant connaissance du travail théorique retrouve alors une image virtuelle de lui-même.

<sup>2</sup> Je remercie John Finnis de m'avoir signalée cette nuance à l'occasion de notre rencontre du 2 février 2006.

Cette image est virtuelle tant que le juge n'adopte pas ce point de vue. La recherche dans le domaine de l'analyse économique du droit [*law and economics*] l'illustre très bien : d'un point de vue externe, le chercheur en droit et économie est apte à révéler une lecture nouvelle des règles de la responsabilité civile, par exemple.

Un exemple bien connu à cet égard est l'approche déjà ancienne de Calabresi et Melamed (Calabresi et Melamed, 1972) : en sus des significations de la règle de responsabilité civile à l'intérieur même du système juridique, l'analyse économique du droit produit un sens alternatif d'un point de vue externe ; lorsque ce point de vue externe est modéré, ou, selon le vocabulaire de MacCormick « herméneutique », l'effet miroir se produit : le juge, adoptant ce sens nouveau, renverse la dynamique du point de vue herméneutique — partant d'un point de vue interne exprimant que la règle constitue une norme pour lui, il avance *vers* le point de vue externe.

Certains avanceront peut-être que la cohérence<sub>3</sub> serait, en fait, un niveau supplémentaire, pertinent dans le seul cas où les règles applicables nécessitent une interprétation. En d'autres mots, que l'interprétation est seulement nécessaire lorsque les règles sont imprécises, et que c'est alors que le juge doit franchir les bornes du système comme ensemble de règles, pour trouver à l'extérieur des instruments supplémentaires d'interprétation des règles.

Une telle démarche est toutefois inexacte : la clarté des règles ne devance pas l'interprétation ; si seules les règles imprécises devaient être interprétées, le sens pourrait exister en soi, ce qui n'est rien moins qu'une absurdité. Bien au contraire, la clarté de la règle découle de l'interprétation qui, elle, peut parfois être dissimulée.

Une théorie de l'interprétation ne constitue pas elle-même du droit (Troper, 2001, p. 212), ne fait pas partie du système juridique composé d'un ensemble de règles, mais lui est néanmoins nécessaire.

En résumé, la normativité de la règle juridique comprend un aspect cognitif et un aspect volitif. L'aspect volitif du point de vue interne n'est toutefois pas un simple acte de volonté : il est « imprégné » de la théorie, sans que celle-ci soit entièrement comprise dans la règle, puisqu'elle est, au contraire, comprise dans la théorie analytique du système juridique, laquelle indique pourquoi des règles sont préférées aux simples commandements, pourquoi la liberté et l'égalité sont préférées à l'arbitraire, pourquoi les pouvoirs au sein de l'espace politique sont de préférence séparés, etc. De ce point de vue, la théorie analytique du système juridique gouverne le choix des théories acceptables de l'interprétation, c'est-à-dire des théories déterminant le sens des règles du système juridique et menant à la création de sens par l'ensemble de celui-ci. En un mot, la théorie analytique du système juridique est ce qui fait du système juridique un ordre juridique.

Lorsque l'on soutient que le législateur, comme le juge, observe des règles, on peut décrire son activité de la manière suivante : par analogie avec les règles du système juridique, qui ne s'auto-interprètent pas, les règles de la constitution contiennent rarement des indications positives concernant le contenu des règles juridiques énoncées et à énoncer par le législateur ; la normativité de la règle juridique se limiterait, en ce qui concerne le législateur, à ne pas violer les règles qu'il est supposé d'observer. L'observance des règles, toutefois, dépasse une telle interprétation minimaliste (Bankowski, 1993).

Si la normativité des règles juridiques implique négativement que celles-ci ne soient pas violées, elle entraîne également, de façon positive ou comme aspiration, que les droits et obligations qu'elles contiennent puissent effectivement être réalisés, c'est-à-dire notamment qu'elles soient suffisamment protégées et mises en application. L'aspiration du législateur coïncide avec l'obligation, pour lui, de créer les meilleures règles possibles, et pas seulement avec une simple aspiration politique. C'est là la condition à laquelle, du point de vue légisprudentiel, le système juridique fera sens dans son ensemble.

Il serait tentant de dire que les « meilleures règles possibles » relèvent de la politique et que la politique est une affaire de désaccord, mais c'est là même qu'interviennent les principes de la légisprudence, le PC en tête : les circonstances politiques entraînent des désaccords entre les sujets, alors qu'il est impératif d'agir conjointement, du moins dans certains domaines (Waldron, 1999a, p. 102 et s. ; Waldron, 1999b, p. 156 et s.). La politique n'a pas pour but de faire évaporer le désaccord : elle doit, au contraire, le rendre opérationnel.

Certains diront que le respect des droits de l'homme a atteint cet objectif – c'est tout à fait exact, tout comme d'ailleurs il est exact de dire que les droits de l'homme prennent place au sein de la théorie analytique du système juridique : les droits de l'homme sont respectés dès le moment où ils ne sont pas violés. La liberté individuelle est protégée par les droits de l'homme, en ce qu'ils exigent son respect.

Ceci ne constitue, cependant, qu'une des façons envisageables de donner du sens à la liberté, en ce qu'il ne s'agit guère que d'une stipulation négative, découlant de la théorie analytique du système juridique qui transforme celui-ci en ordre juridique : le caractère réflexif de la liberté exige bien davantage qu'une protection négative de certains de ses aspects essentiels ; d'où la soumission des règles juridiques ou limitations externes de la liberté à la justification sur la base des principes d'alternativité, de temporalité et de densité normative. Une telle justification se dessine comme une implémentation positive de l'autonomie morale du sujet. La justification supplémentaire, basée sur le principe de cohérence, étaye la connexion existant entre le concept de la liberté, partie de la théorie analytique du système juridique, et les règles de ce dernier.

Adresse Luc J. Wintgens – Universiteit Brussel (K.U.Brussel)

Vrijheidslaan 17

B-1081 Brussel

[Luc.wintgens@kubrusse.ac.be](mailto:Luc.wintgens@kubrusse.ac.be)

[www.crl.be](http://www.crl.be)

#### *Références*

Bankowski, Z. (1993), « Don't Think About It : Legalism and Legality », in M.M. Karlsson (éd.), *Rechtstheorie*, Beihefte, 15, 45-57.

- Calabresi, G. et Melamed, A.D. (1972), « Property Rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral », *Harvard Law Review*, Vol. 85, p. 1089-1128.
- Hart, H. L. A. (1994), *The Concept of Law*, 2<sup>ième</sup> éd., J. Raz et P.A. Bulloch (rééd.), Oxford Clarendon Press.
- (1979), « Are There Any Natural Rights ? » in D. Lyons (rééd.), *Rights*, Belmont, Wadworth Publ. Comp., p. 14-25.
- Hobbes, T. (1966), *Leviathan : or, the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, 2<sup>ième</sup> éd., in W. Moleworth, (rééd.), *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, III, Aalen Scientia Verlag.
- Hunyadi, M. (1995), *La Vertu du conflit. Pour une morale de la médiation*, Paris Cerf.
- Kornhauser, L.A. et Sager, L.G. (1986), « Unpacking the Court », *Yale Law Journal*, Vol. 96, p. 82-117.
- MacCormick, N. (1981), *H L A Hart*, in W Twining (réd.), *Profiles in Legal Theory*, Londres, Arnold.
- (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press.
- Nagel, N. (1986), *The View from Nowhere*, Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J. (1990), *Practical Reason and Norms*, Princeton (NJ), Princeton University Press.
- Ricœur, P. (1986), « Science et idéologie » in *Du texte à l'action*, Paris, Seuil.
- Rousseau, J.-J. (1964), *Du contrat social* in *Œuvres complètes*, III, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade.
- Shklar, J.N. (1964), *Legalism. Law, Morals and Political Trials*, Cambridge (Ma), Harvard University Press.
- Troper, M. (2001), *La Théorie du droit, le droit, l'État*, in *Leviathan*, Paris, PUF.
- Waldron, J. (1999a), *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (1999b), *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press.
- Winch, P. (1990), *The Idea of Social Science and its Relation to Philosophy*, 2<sup>ième</sup> éd., Londres, Routledge.
- Wintgens, L.J. (1983), « Coherence of the Law », *A.R.S.P.*, , 483-519.
- Wintgens, L.J. (2000), *Droit, Principes et Théories. Pour un positivisme critique*, Bruylant, Bruxelles (épuisé).
- Wroblewski, J. (1984), *Einführung in die Gesetzgebungstheorie*, Vienne, Manz.