



EDITIONS DE L'UNIVERSITE DE BRUXELLES

Pensées du droit, lois de la philosophie

EDITE PAR

THOMAS BERNS ET JULIE ALLARD

Pensées du droit, lois de la philosophie

En l'honneur de Guy Haarscher

Thomas Berns, Julie Allard

ISBN 978-2-8004-1532-1

© 2012 by Editions de l'Université de Bruxelles

Avenue Paul Héger 26

1000 Bruxelles (Belgique)

EDITIONS@ulb.be

<http://www.editions-ulb.be>

Imprimé en Belgique

PRÉFACE

A Guy Haarscher

Thomas BERNIS et Julie ALLARD

Ce livre rend hommage à Guy Haarscher à l'occasion de son départ à l'éméritat, au terme d'une carrière d'enseignant et de chercheur menée au sein de l'Université libre de Bruxelles, ponctuée par de multiples écrits et interventions publiques dans les domaines de la philosophie du droit et de la philosophie politique, en particulier sur des sujets essentiels et sensibles comme ceux de la laïcité et des droits de l'homme, et avec une attention plus spécifique à la question de la liberté d'expression.

Au lendemain de ses études de philosophie, de droit et de sciences économiques à l'Université libre de Bruxelles, Guy Haarscher est engagé comme assistant en philosophie pour réaliser une thèse de doctorat sous la direction de Chaïm Perelman. Cette thèse, consacrée à *L'ontologie de Marx*, sera soutenue en 1977 et publiée en 1980. A la même époque, il traduit et commente deux ouvrages de Lukacs pour les éditions Gallimard : *L'âme et les formes* et *Le jeune Hegel*.

Après cette première période consacrée à la philosophie critique et marxiste allemande, ses travaux de recherche, en parfaite cohérence avec sa double formation de philosophe et de juriste, vont prendre de plus en plus en considération la réalité des pratiques juridiques et des exigences liées à l'Etat de droit ¹.

¹ A l'ULB, il gravit tous les échelons de la carrière académique à partir de 1979, jusqu'à devenir professeur ordinaire en 1988. Il enseigne à titre principal la philosophie politique et la philosophie du droit, ainsi que la philosophie morale lors d'un cours qui aura influencé pendant plusieurs décennies le bon millier d'étudiants entamant chaque année des études de droit et de psychologie. Il fut aussi professeur invité à la Duke University School of Law à partir de 1985, à la Central European University de Budapest, dès le lendemain de la chute du Mur de Berlin, pour un enseignement consacré à la protection des minorités, au Collège d'Europe de Bruges (depuis 2002, pour un cours sur les valeurs européennes). Enfin, il anime depuis de nombreuses années un Master européen en droits de l'homme et démocratisation centralisé à Venise, dans le

Marqué par la proximité de Chaïm Perelman, Guy Haarscher en assume constamment l'héritage en approchant la question de la justice par le discours et l'argumentation juridiques, en se méfiant du caractère massif de certaines dichotomies « fondatrices », telles celle qui oppose jusnaturalisme et juspositivisme, en considérant que les propositions sur les valeurs, et les raisonnements qui y mènent, doivent eux aussi être l'objet de l'analyse philosophique, d'une démarche philosophique qui peut éviter tout relativisme dès lors que la rationalité argumentative nous permet d'approcher le *raisonnable*. Par cette démarche scientifique et les travaux qui en résultent, Guy Haarscher apparaît comme un véritable trait d'union entre les philosophes et les juristes, entre la faculté de Philosophie et Lettres et la faculté de Droit, et il joue un rôle toujours plus fondamental au sein du Centre de philosophie du droit, qu'il dirige au lendemain de la mort de Perelman, avant de le présider jusqu'en 2011 ².

Dans toutes les œuvres de Guy Haarscher, une question entêtante, classique certes, mais reprise chaque fois avec une attention particulière à toutes les nouvelles entraves qui pourraient survenir, à savoir la question de la liberté, et plus particulièrement de la liberté d'expression, dont il est véritablement un des chiens de garde ! Ceci l'amène aussi à intervenir régulièrement dans les différents médias, sans éviter la polémique, et en veillant à descendre de la tour d'ivoire universitaire pour se faire comprendre de tous.

C'est en particulier grâce à des travaux réalisés dans deux domaines bien précis, l'un et l'autre aux confins de la philosophie, de la politique et du droit, qu'il bénéficie à la fois d'une renommée scientifique internationale et d'une expertise reconnue au sein de l'espace public : d'une part, la philosophie des droits de l'homme et d'autre part, la philosophie de la laïcité ³.

Dans sa pratique scientifique, c'est encore une fois tout l'héritage de ce qui fut appelé, à l'époque de Perelman, « l'École de Bruxelles » que Guy Haarscher assume en combinant la rigueur de l'analyse philosophique et le respect de la réalité des pratiques et des discours juridiques. Et en effet, on doit constater que, suite à ses écrits, ses interventions dans les médias et ses enseignements, les décisions de justice sont devenues un matériau philosophique à part entière.

Les différentes contributions présentes dans ce volume ont été rédigées dans cet esprit par des amis de Guy Haarscher et par des collègues influencés par son travail. Au cœur de cet hommage, la poursuite d'un dialogue autour de la question de savoir quelles peuvent être les spécificités de la pratique de la philosophie du droit en ce

cadre duquel il donne des cours de philosophie des droits de l'homme. Constamment impliqué dans la politique universitaire, il a été doyen de la faculté de Philosophie et Lettres de l'ULB de 1997 à 2000.

² Il gère parallèlement la Fondation et la Chaire Perelman qui permettent à l'université d'accueillir chaque année des professeurs étrangers de renommée internationale.

³ Dans chacun de ces domaines, outre une multiplicité d'articles, il publie un livre qui s'imposera comme un ouvrage de référence : *Philosophie des droits de l'homme* en 1987, d'une part, et *La laïcité*, en 1996. A ceci s'ajoute enfin un ouvrage général consacré à la *Philosophie du droit* (en collaboration avec B. Frydman, 1998) qui, comme les deux ouvrages précédents, sera réédité plusieurs fois et deviendra rapidement un classique de la philosophie du droit, au point que ce champ d'étude apparaîtra toujours plus comme une spécialité bruxelloise.

début de XXI^e siècle. Il faut pour cela prendre acte, comme n'a jamais cessé de le faire Guy Haarscher, des bouleversements politiques et théoriques produits lors du siècle précédent : quelles sont désormais les spécificités de la question du droit pour et dans la philosophie, mais aussi quelles sont les spécificités du rapport que les juristes nouent à la philosophie dans le déploiement de leur pratique juridique, ainsi que dans leur propre réflexion sur le droit ?

Les différents sens qu'on peut donner à la « discipline » ou à l'idée générale d'une philosophie *du* droit peuvent déjà être balisés en se référant au type de génitif qui lie philosophie et droit : s'agit-il d'un génitif objectif, d'une philosophie qui se pencherait sur le droit, comme elle se penche sur d'autres champs d'activité – la science, l'art... – , pour en révéler les fondements et les principes ? Ne s'agit-il pas plutôt d'un génitif subjectif, et donc d'une forme de philosophie propre au monde du droit, propre à un monde marqué par le droit et soucieux de celui-ci, voire d'une philosophie des juristes ou au moins avec les juristes, d'une philosophie qui rebondit sur le sérieux propre aux juristes ?

Le danger d'un idéalisme est extrêmement aigu dans le cadre de cette rencontre entre l'esprit fondateur des philosophes, parfois encore habités par le rêve du philosophe-roi, et l'esprit normatif des juristes. Comment mieux se protéger du danger d'un idéalisme aveugle, pour en dénoncer sans cesse la possibilité, qu'en acceptant, comme Guy Haarscher qui fut sur ce terrain un véritable précurseur, que le matériel juridique – par exemple les arrêts des grandes cours européennes ou américaines –, avec les contraintes qui s'y expriment et le rapport au réel qui y est noué, est comme tel un matériel philosophique ? Alors seulement s'ouvrira la possibilité, entre droit et philosophie, d'un idéalisme réaliste et prudent, à même d'anticiper ses propres effets, éventuellement ses dérives.

Ce livre s'ouvre sur un portrait intellectuel de Guy Haarscher, dressé par Emmanuelle Danblon, sous l'angle du libre examen et du type de pratique rhétorique qui doit le nourrir. Il se clôture par un retour de Guy Haarscher sur son propre itinéraire philosophique, axé plus particulièrement sur la question d'une philosophie des droits de l'homme qui ne transige pas sur leur valeur, sans pour autant leur donner un fondement transcendant.

Toutes les autres contributions poursuivent, dans des directions multiples, un dialogue entre droit et philosophie, que ce soit en s'arrêtant sur la spécificité du droit constitutionnel (Michel Troper), en analysant les choix politiques ou moraux à l'œuvre dans le cadre d'une procédure judiciaire quand survient un « conflit » entre des droits fondamentaux (George C. Christie), en retraçant le statut réservé à la technique juridique dans la tradition philosophique occidentale (Julie Allard), en montrant l'utilité de l'étude de la rhétorique pour comprendre la démocratie délibérative dans un cadre juridictionnel (Francis J. Mootz), en rendant manifeste et pertinente l'utilisation de la philosophie dans la sphère juridique (Michel Rosenfeld), en tentant, à partir du débat philosophique et théologique médiéval entre réalistes et nominalistes, de rendre manifestes les origines de la différence entre jusnaturalisme et juspositivisme, tout en montrant le légalisme qui serait commun à ces traditions opposées (Luc Wintgens), en définissant à même la pratique juridique une moralité purement interne au droit (réduite à un art de la connexion), et en montrant les questions que celle-ci adresse

aux philosophes (Thomas Berns), en réfléchissant la possibilité d'une régulation de la complexité du monde contemporain à partir de certaines pratiques politiques et juridiques propres à la démocratie antique (Lambros Couloubaristis), en questionnant l'idée d'un tribunal de l'histoire (Marc Angenot), ou encore en s'arrêtant sur le sens juridique de la laïcité et plus globalement sur l'utilité d'une approche juridique de la diversité (Jean Baubérot et Micheline Milot)⁴.

Chacun de ces textes rebondit sur des questions ouvertes précédemment par Guy Haarscher en profitant, à sa suite, de la multiplicité des espaces de croisement entre les discours juridiques et philosophiques.

⁴ A côté de toutes ces contributions, il faut souligner l'importance du travail administratif de Nicole Warnotte, dont le nom doit figurer parmi ceux des « amis » mobilisés pour ce *Liber amicorum* : sans elle, ce volume n'aurait pu paraître. Nicole Warnotte a été la secrétaire du Centre Perelman de philosophie du droit de 1977 à 2011 et a donc, durant cette longue période, accompagné le travail de Guy Haarscher.

Portrait intellectuel de Guy Haarscher

Le libre examen en action ou la rhétorique dans la vie publique

Emmanuelle DANBLON

Je voudrais profiter de l'occasion qui m'est donnée de rendre hommage à Guy Haarscher pour montrer le lien puissant qui s'établit entre les grandes fonctions de la rhétorique dans la vie publique et la pratique du libre examen. On dira que ce lien, s'il existe en tant que tel, n'a que peu de rapport avec le droit et la philosophie, les disciplines que Guy a enseignées et pratiquées tout au long de sa carrière. Tout dépend, sans doute, de la hauteur de vue qu'on adoptera. On sait que le libre examen est avant tout une attitude mais aussi une méthode qui permet de pratiquer la discussion critique. En cela, il constitue la version moderne de la rhétorique. Mais le libre examen permet aussi une mise en dialogue éclairée des disciplines, dans une perspective humaniste. De ce point de vue, Guy Haarscher est un praticien exemplaire d'une rhétorique libre examinate. Il a su réaliser ce qu'avait imaginé son maître Perelman : un dialogue fécond et éclairé entre le droit et la philosophie.

Il n'est pas rare que la figure de Guy Haarscher, comme philosophe des droits de l'homme, soit associée au libre examen. Je voudrais montrer ici à quel point il incarne cette culture dans toute sa dimension pratique, intellectuelle et morale, ainsi que dans les multiples fonctions qu'elle remplit dans les institutions des sociétés ouvertes : le droit, la politique, la science, l'éthique, etc.

En d'autres mots, le dialogue entre philosophie et droit peut se réaliser de façon pratique, en prenant à bras le corps les grands débats qui animent les sociétés, et cela est l'affaire d'un intellectuel comme Guy Haarscher, tour à tour et simultanément professeur d'Université, homme public intervenant sur les principaux enjeux de société, citoyen engagé et éclairé. Et les différentes facettes de cet homme se sont harmonieusement répondues l'une à l'autre sans jamais qu'il n'y ait de confusion, de dérapage ou de mélange des *genres* au sens pleinement rhétorique de ce terme. Il donne ainsi l'exemple d'un libre examen vécu qui s'est spécialisé dans la rhétorique

de la cité démocratique, à l'ère des droits de l'homme. La question, toujours à l'horizon, semble être pour lui : Qu'est-ce qui est bon pour l'homme ? Qu'est-ce qui est juste ? Mais cette interrogation n'est jamais pensée seulement dans l'alcôve d'un bureau retiré du monde. Elle est mise sur la place publique à toutes les occasions – nombreuses et constantes – où le citoyen éclairé souhaite se positionner. Par cette pratique de l'intellectuel sur la place publique que l'on va à présent décrire, il fait en sorte de rendre les questions accessibles à tous, sans jamais se précipiter au café du commerce.

Ainsi, naturellement, Guy Haarscher a renoué avec la clé de voûte de l'humanisme démocratique : il a revivifié la rhétorique, comme exercice de la raison pratique. Il réalise et réhabilite l'idéal des sophistes. Il rend les citoyens éclairés en leur donnant l'exemple de la mise en débat des questions de société.

Par la pratique qui est la sienne, l'exercice intelligent du débat offre au droit et à la philosophie une occasion d'incarner les concepts, d'humaniser la théorie, et, au bout du compte, de faire dialoguer action et réflexion. Sa réflexion n'est pas drapée dans la toge de l'Université. Elle est un levier pour l'action, elle est directement utile dans la cité. C'est bien cette façon d'être un intellectuel dans la vie publique qui renoue directement avec les fondements de la rhétorique. Elle est pourtant peu intuitive de nos jours où l'on a tendance à séparer réflexion et action, éduqués que nous sommes à penser de façon étanche les frontières entre disciplines et à considérer nos recherches comme des territoires politiques à marquer, à protéger ou à conquérir.

Ni droit, ni philosophie, la rhétorique des origines est un *art*

Un hommage à Guy Haarscher, à l'homme, à sa carrière, à sa façon d'agir et de penser, est ainsi une occasion donnée, que je saisis avec bonheur, d'interroger à nouveaux frais la portée de la pratique rhétorique, lorsqu'elle est envisagée comme un *art* au sens le plus grec et le moins romantique du mot, c'est-à-dire comme elle fut conçue par ces premiers grands humanistes qu'étaient les sophistes.

Après eux, son premier véritable théoricien, Aristote, tente encore de maintenir le lien entre théorie et pratique. Sa *Rhétorique* consigne de nombreux conseils à l'orateur, à la façon des sophistes, mais elle nous est surtout connue pour avoir théorisé les usages de la parole publique qui témoignent des grandes institutions de l'Athènes de son temps. En cela, le projet d'Aristote est aussi bien théorique que pratique : il cherche à décrire les usages réels, à montrer en quoi la parole publique est liée à des lieux et à des fonctions dans la cité, comment elle se construit et s'exerce à travers des preuves mais comment, aussi, un orateur doit s'y prendre pour toucher l'âme humaine. Ce que nous avons perdu de cette pensée et dont Aristote est encore le témoin est l'importance, la qualité, pour la vie publique, d'un tel artisanat.

Au vrai, la rhétorique ne peut pas faire système. Elle ne peut pas se contenter de penser. Elle ne veut d'ailleurs pas surplomber par la pensée. Son intelligence est dans la souplesse et dans l'action. Elle doit agir, produire, créer, en même temps qu'elle pense. Elle doit construire la réalité sociale, remonter ses manches, descendre dans l'arène, exercer l'oralité de la parole publique. Dès qu'elle s'enferme dans un bureau, un laboratoire ou une tour d'ivoire, elle perd sa véritable fonction. Il n'en est pas autrement pour le libre examen. Mais il est difficile de maintenir un principe vivant,

lorsqu'il est gravé sur le fronton d'un bâtiment, surtout le bâtiment d'une société qui a fini par penser que dans les Universités la théorie devait dominer la pratique.

Le temps de considérer

Pourtant, cette importance de la sagesse pratique dans la rationalité des décisions se trouve déjà sous la plume du Perelman théoricien de la rhétorique comme du Perelman philosophe du droit que Guy Haarscher a connu et fréquenté. N'oublions pas au passage que le propre maître de Perelman, Eugène Dupréel, était lui-même un grand connaisseur des sophistes. Il y a là, dans la maison bruxelloise du libre examen, un terreau d'idées, qui connaît depuis longtemps les fondements de la raison pratique. Après le scientisme du XIX^e siècle, il transmet, en héritage intellectuel, une ligne claire : celle qui va des sophistes à la renaissance de la rhétorique et à la mise en débat des droits de l'homme.

Tous disent que l'application mécanique et absolue d'un principe – fût-il l'un de ceux qui nous est le plus cher : la liberté, l'égalité – n'est pas rationnelle. Ce qui est rationnel est la souplesse qui permet, par la discussion critique, de *considérer*, en son âme et conscience, toute la complexité d'une situation. Le juge, rappelle Perelman, doit être rationnel *et* raisonnable. Il doit en outre prendre le temps de la considération, même (ou peut-être surtout) si une crise se présente. Il doit, comme disait l'adage, se « hâter lentement ». C'est le moment où l'homme, responsable politique, juge, avocat, expert ou conseiller se trouve seul à juger. Or ce moment doit s'étendre dans un temps donné, mesuré, ni trop long ni trop bref. Le temps *qui convient* pour nourrir la situation concrète par l'imagination. Le temps de l'éclairer par l'intuition, et ensuite de la transformer en une *considération* de laquelle naîtra une décision. Mais cette caractéristique du *raisonnable* dont parlait Perelman est bien davantage qu'un simple ornement de la rationalité. Elle en est le fondement. L'homme raisonnable, le juge idéal, est celui qui est capable en un geste d'appliquer les principes de son expertise, l'expérience de sa pratique et l'exercice de sa conscience (s'il en possède une). En cela, en ce sens plein, il est libre examinateur.

C'est pourquoi, en principe, le libre examen ne se récite ni ne s'évoque comme un slogan : il se vit. A défaut de le vivre, on en trahit l'esprit et ne reste de lui qu'une lettre morte. C'est le risque. Le libre examen n'est pas un principe, il est une action pratique, dans laquelle, répétons-le, on peut voir ce qu'enseignaient les sophistes à travers les divers usages de la critique.

Le courage de changer d'avis

En outre, ce temps de la considération et la décision de pratiquer le libre examen conduisent naturellement tout homme raisonnable à réaliser un délicat exercice de liberté de conscience : celui qui conduit, à l'occasion, à changer d'avis. Guy Haarscher a pratiqué l'expérience.

A plusieurs reprises, il a publiquement expliqué les raisons qui l'avaient conduit à reconsidérer son jugement pour ensuite changer d'opinion. Il s'agit de considérer un point de vue à nouveaux frais, librement, sans soumission à une pensée dominante. De fait, changer d'avis, en son âme et conscience, n'est pas une activité grégaire. Il y a là une double leçon de libre examen. D'abord, parce que la capacité à suspendre

et à ensuite revoir un jugement fait apparaître le caractère moral de la pratique. Il y faut, en effet, du courage, de la lucidité et de la souplesse d'esprit. Mais ensuite, parce que changer d'avis, c'est aussi faire l'expérience vécue que deux opinions différentes peuvent être raisonnables. C'est comprendre, concrètement que la diversité des opinions est le moteur des sociétés ouvertes. C'est donc une leçon vivante de libre examen comme ouverture d'esprit. C'est une façon de réaliser que la raison pratique s'inscrit toujours dans la réalité des actions. Elle ne peut, c'est malheureux, se stabiliser dans aucune formule, si puissante soit-elle parce qu'elle risquerait de devenir un dogme et elle cesserait, par ce fait même, d'être raisonnable, donc d'être rationnelle au sens de Perelman. Là où l'on pratique la critique, le changement d'avis témoigne d'une attitude éminemment rationnelle qui sait saisir la complexité, la dynamique et l'impermanence des choses humaines. Ces qualités de souplesse et d'acuité du regard sont indispensables pour pratiquer un libre examen vivant.

Mais somme toute, sommes-nous égaux de fait dans cette capacité à pratiquer le libre examen dans toute la diversité des aspects de la raison pratique ?

Dans une vision aristotélicienne des choses, ces qualités seraient distribuées inégalement, ce qui pose un problème à l'ère des droits de l'homme. Mais la bonne nouvelle, si l'on peut dire, est qu'il n'y a pas de prédestination. On peut s'exercer. Comment ? Eh bien, tout simplement, en débattant, en pratiquant la joute oratoire, en échangeant et en confrontant les points de vue dans des assemblées où la parole circule librement. Mais, nous disaient les sophistes, cette activité s'apprend sérieusement. Comme dans le sport, comme dans l'artisanat, on est d'abord un débutant. On regarde faire les maîtres, on imite. Et puis un jour, on prend son envol. Ce qui ne se fait plus de nos jours, du moins, pour l'exercice de la raison pratique et de la parole publique. Faut-il le déplorer ? C'est un vaste débat.

L'exercice du débat et le *plaisir de parler*

Quoi qu'il en soit, s'il est bien un exercice que Guy Haarscher pratique avec bonheur, c'est celui du débat, au sens le plus sérieux du terme. Il semble avoir une conscience presque physique de l'importance qu'il y a à pratiquer la discussion critique, comme d'autres s'entraînent à la course. Comme pour le sport et pour l'artisanat, l'entraînement doit être régulier et concerne des dispositions diversifiées, déjà bien repérées par les sophistes. Il y a bien sûr la mémoire. Celle des arguments qui ont déjà été échangés, celle des événements récents auxquels se référer. Il faut en outre savoir utiliser son imagination, un esprit de synthèse, et structurer la pensée. Il faut parler clairement, faire naître des émotions, inspirer confiance. Mais il convient aussi – cela est moins présent dans les manuels de rhétorique – d'exercer des aspects plus sensibles : l'empathie, la souplesse, l'écoute, l'ouverture, qui permettront au bout du compte, d'entrer dans la logique de l'Autre, et de voir ce qu'elle comporte de raisonnable, même s'il s'agit, au bout du compte, de s'y opposer. L'orateur bien exercé débat avec aisance et l'on observe toujours chez lui le *plaisir de parler*, pour reprendre la belle expression de Barbara Cassin. Ce plaisir émerge avec l'agilité de celui qui est bien entraîné, celui qui domine sa discipline, qui en a la maîtrise. Le plaisir de parler vient comme la récompense de l'orateur rompu à l'exercice. C'est le cas chez Guy Haarscher qui, sous la figure d'un athlète du logos, est un exemple

concret, vivant, d'une mise en pratique de la rhétorique et des vertus qu'elle offre à tout citoyen.

Ratione et diligentia

Voici donc retrouvé le lien intime, génétique, généalogique, même, entre libre examen et rhétorique. Pourtant, les institutions contemporaines n'ont plus grand chose à partager avec celles d'Aristote, ne fût-ce que par leur taille, leur complexité, leur masse critique, leur *globalisation*. De sorte que la question du libre examen et sa fonction pour le bon fonctionnement des sociétés doit se penser à nouveaux frais. Ce fil naturel que nous avons retrouvé entre rhétorique et libre examen ne serait pas décrit honnêtement si l'on ne prenait pas en compte l'évolution des choses, à travers l'évolution des sociétés.

Nous avons souligné l'importance de la dimension pratique, dans la rhétorique et dans le libre examen. Mais nous n'avons guère abordé sa dimension morale ou seulement de façon marginale. Il fut à l'occasion question de souplesse, de lucidité, de courage. Il fut évoqué que certaines qualités morales qui semblent nécessaires à la raison pratique sont distribuées inégalement mais qu'on peut les améliorer en les exerçant.

Déjà problématique chez Aristote, à travers la figure du *phronimos* – l'homme prudent, cette version grecque de l'honnête homme – la question de l'action morale dans la cité est devenue très délicate aujourd'hui. On ne peut se passer de la morale mais on hésite à l'enseigner de peur qu'elle ne se transforme en catéchisme. Nous avons été tentés par le relativisme, lui aussi en perte de vitesse. Au vrai, nous sommes sans doute à un tournant sur cette question.

Sommes-nous devenus cyniques en ce début de XXI^e siècle ? Il se fait que Guy Haarscher aurait pu choisir le confort postmoderne du cynisme comme d'autres l'ont fait mais qu'il ne l'a pas choisi. Au contraire. Un jour, il a rencontré le reflet de sa conscience dans un miroir et celle-ci lui a souri. Cette rencontre l'a rempli, semble-t-il, d'une humanité taillée à la mesure d'un homme de son temps et de sa culture. La mesure, mais aussi la souplesse. Une souplesse mâtinée de lucidité qui saisit l'occasion de regarder dans le boudoir de sa conscience où se nichent les ressources personnelles pour rassembler les morceaux épars et reconstruire. Souplesse, sagacité, lucidité et courage. Une recette dont on parle peu à propos du libre examen et qui pourtant en constitue peut-être la pierre angulaire.

Finalement, nous débouchons, à la fin de cet hommage sur un véritable paradoxe. Guy Haarscher est aujourd'hui un exemple vivant de libre examen – mais là n'est pas le paradoxe. Le véritable paradoxe réside plutôt en ceci. Il le représente, non pas sous la forme la plus connue, légèrement désuète, colorée d'un scientisme du XIX^e siècle, et stabilisé dans l'adage bien connu à l'Université libre de Bruxelles : *Scientia vincere tenebras*.

A mon avis, Guy Haarscher incarne le libre examen dans une version moins connue, plus authentique, plus pleine, plus vivante et plus libre. Elle est aussi gravée sur les murs de l'institution et dit *Ratione et diligentia* : [fais les choses] avec raison et attention.

Dans cet adage, il est question de la raison pratique et de la dimension morale – *diligentia* – qui surgit toujours chez celui qui fait les choses avec attention. Le conseil raisonne comme les conseils de l'artisan appliqué à la tâche. Voici le paradoxe : cet adage méconnu incarne le principe qui énonce la règle vivante du libre examen, pour qu'il ne devienne pas lettre morte.

L'autonomie de la théorie constitutionnelle

Michel TROPER

Le positivisme juridique peut se définir par quelques distinctions simples, entre langage descriptif et langage prescriptif, entre la science et son objet, c'est-à-dire entre le droit, compris comme système de normes, d'une part, et la science du droit qui a pour tâche de décrire ces normes, d'autre part. Il implique au moins deux idées. La première est la séparation du droit et de la morale, en ce sens que l'affirmation par la science du droit qu'une norme est valide, c'est-à-dire qu'elle appartient au système juridique, est indépendante du jugement moral qu'on peut porter sur cette norme. La seconde est l'exclusion du champ de la science du droit de toute proposition sur un autre objet que les normes juridiques et par conséquent le refus de toute métaphysique. Il paraît en découler que la science du droit n'a rien à attendre de la philosophie morale, ni d'ailleurs de la philosophie politique.

Pourtant, si l'on observe les pratiques scientifiques réelles, on constate que la frontière n'est pas aussi étanche¹. D'un côté, les philosophes produisent de nombreux travaux sur des questions, généralement considérées comme « juridiques » parce qu'elles sont souvent réglées par le droit. De l'autre, les constitutionnalistes, même ceux qui affirment adopter une attitude positiviste et qui acceptent de distinguer entre le droit constitutionnel et la science du droit constitutionnel, introduisent un troisième terme, celui de « théorie constitutionnelle ». Il ne s'agit ni d'une simple description des normes du droit constitutionnel, ni même d'une généralisation de ces normes. Il faut donc examiner si, en raison de son contenu, cette théorie constitutionnelle peut et doit rester, comme la science du droit, indépendante de la philosophie morale et de la philosophie politique.

¹ N. BOBBIO, « « Sein » und « Sollen » », *Legal Science, ARSP*, Beiheft Nr. 6, « Sein und Sollen im Erfahrungsbereich des Rechtes », 1970.

Rares sont les livres en langue française qui portent le titre de « théorie constitutionnelle ». Si la situation est différente aux Etats-Unis, cela tient principalement à la nature de la discipline appelée là-bas « droit constitutionnel ». En raison du rôle de la Cour suprême, cette discipline porte avant tout sur la protection constitutionnelle des droits fondamentaux. Il s'est formé outre-Atlantique une théorie constitutionnelle qui traite de ces mêmes questions, mais à un plus haut niveau d'abstraction, c'est-à-dire qui recherche les fondements philosophiques, éthiques dans la plupart des cas, des règles relatives à ces droits fondamentaux. En Europe, au contraire, où les cours constitutionnelles ne sont apparues qu'à une date relativement récente, le droit constitutionnel enseigné dans les facultés de droit n'avait pour objet que les règles régissant les organes centraux de l'Etat. Plusieurs manuels étaient d'ailleurs intitulés « droit constitutionnel et institutions politiques ». Cette situation n'a guère changé, même lorsque le rôle des cours constitutionnelles s'est accru et que les fondements de toutes les branches du droit ont été constitutionnalisés. En effet, les fondements constitutionnels du droit civil ou du droit pénal sont exposés aujourd'hui par chacune de ces disciplines, tandis que les droits fondamentaux font l'objet d'un enseignement séparé et que le droit constitutionnel porte comme auparavant sur les organes de l'Etat. Dans ces conditions, si les manuels de droit constitutionnel comportent bien des développements dits « théoriques », ceux-ci ne peuvent porter sur les fondements éthiques. Ces développements font parfois l'objet de chapitres séparés portant le titre de « théorie constitutionnelle » ou un autre jugé semblable comme « théorie générale de l'Etat » ou « principes généraux du droit constitutionnel », mais il arrive aussi que la théorie constitutionnelle ne fasse pas l'objet d'un traitement distinct et qu'elle se mêle à la description des règles positives.

Ils ont des contenus et des objectifs variés. Il s'agit pour les auteurs tantôt d'énoncer les concepts fondamentaux dont ils se serviront par la suite pour décrire les règles, tantôt de justifier ces règles ou de découvrir les principes invoqués par leurs auteurs, tantôt d'avancer des propositions générales sur la nature du droit, de l'Etat, du pouvoir ou des formes de gouvernement, tantôt encore de préconiser l'adoption de certaines règles ou institutions. Ils se fondent ainsi sur l'idée – rarement énoncée de façon explicite – qu'il est utile de distinguer une théorie constitutionnelle à côté de la science du droit constitutionnel.

Celle-ci ne saurait en effet se limiter à la simple reproduction des énoncés de la constitution ou à la description des normes qui en sont la signification. On ne peut décrire des normes sans interpréter les énoncés, mais on ne peut interpréter sans employer les concepts appropriés qui ne se donnent pas à lire dans les textes des constitutions.

Prenons une phrase comme « selon la constitution en vigueur, le gouvernement est politiquement responsable devant le Parlement ». Elle ne peut être comprise que si l'on a défini les concepts de « constitution », « vigueur », « Parlement », « gouvernement », « responsabilité politique », et ces concepts ne prennent sens que dans des constructions complexes : une théorie de la hiérarchie des normes, une théorie du « régime parlementaire », une théorie de l'organe, ou encore une théorie de la « séparation des pouvoirs ».

Ces théories présentent un caractère systématique et plusieurs degrés de généralité. Elles portent par exemple sur les types de régimes constitutionnels, la nature et le rôle des constitutions, mais aussi la nature de l'Etat et du droit². Elles peuvent remplir aussi plusieurs fonctions très différentes.

Elles peuvent d'abord permettre la description en fournissant comme on l'a vu les instruments conceptuels nécessaires à l'analyse du droit positif. Mais elles sont aussi prescriptives, lorsque les juristes s'en servent pour justifier le droit positif et soutiennent par exemple ou bien que « le contrôle de constitutionnalité est incompatible avec la souveraineté populaire ou la démocratie » ou au contraire que « le contrôle de la constitutionnalité des lois est fondé sur la hiérarchie des normes et la suprématie de la constitution »³.

Mais les théories ont également une fonction prescriptive, lorsqu'elles constituent les prémisses du raisonnement dans un travail dogmatique visant à établir quelle est la norme applicable, lorsque celle-ci n'est pas explicitement énoncée. Ainsi, les juristes français reproduisent fréquemment le raisonnement du Conseil constitutionnel, qui a été amené en 1962 à interpréter l'article 61 de la constitution : « les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation ». Il s'agissait pour le Conseil de déterminer si cet article était applicable aux lois adoptées par référendum. On sait qu'il a refusé de contrôler les lois référendaires au motif qu'il « résulte de l'esprit de la Constitution, qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics, que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ». Le raisonnement est ainsi fondé à la fois sur le texte de l'article 61 interprété à la lumière d'une théorie de « l'esprit de la constitution » et sur l'une des conceptions possibles de la souveraineté nationale, dont le Conseil ne justifie d'ailleurs pas le choix. Mais lorsque les juristes français font la théorie du contrôle de constitutionnalité, ils prétendent dériver l'exclusion des lois référendaires de la théorie de la souveraineté.

² C'est en ce sens que Boulay de la Meurthe parlait déjà de « théorie constitutionnelle » (voir A. BOULAY DE LA MEURTHE, *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, Paris, 1836). Mais c'est également la signification des expressions allemandes « *Staatsrechtslehre* » ou « *Verfassungslehre* ».

³ Ainsi, Luc Tremblay écrit qu'en dehors de la question de légitimité du contrôle des lois adoptées démocratiquement, « *three other questions dominate contemporary constitutional theory : what is the purpose of a constitution ? what makes a constitution legitimate ? what kinds of arguments are legitimate within the process of constitutional interpretation ?* », L. TREMBLAY, « General Legitimacy Thesis of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, 2003, p. 525-562. Voir les titres de certains ouvrages américains qui ne visent pas tant à présenter des thèses générales sur la nature et la fonction de la constitution qu'à chercher les fondements théoriques des règles relatives à telle question de droit constitutionnel matériel : J. R. BOWERS, *Pro-Choice and Anti-Abortion : Constitutional Theory and Public Policy*, Praeger, 1997 ; P. W. KAHN, *Legitimacy and history : self-government in American constitutional theory*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1992.

Cette ambivalence de la théorie constitutionnelle, à la fois prescriptive et descriptive n'est pas toujours perceptible. Cela tient d'abord au fait qu'elle est le plus souvent énoncée à l'indicatif (« le régime présidentiel se caractérise par la séparation des pouvoirs », « l'Etat est une personne », etc.) et que les mêmes textes peuvent avoir l'une ou l'autre fonction. Ainsi, « la constitution est la norme suprême » signifie aussi bien : « dans tout système juridique, les normes *sont* hiérarchisées et la constitution se situe au sommet », une proposition qui est logiquement susceptible d'être vraie ou fautive, que : « la constitution *doit être* la norme suprême ». Mais l'ambivalence est surtout celle de certains juristes qui refusent la distinction langage descriptif / langage prescriptif. Elle est reflétée par le terme allemand « *Lehre* », qui n'a pas d'équivalent français et qui désigne un ensemble de thèses, certaines descriptives, d'autres prescriptives, portant aussi bien sur des réalités sociales que sur des concepts⁴. Cette signification est très mal restituée lorsqu'on traduit « *Lehre* » par « théorie », plutôt employé en français pour parler d'un ensemble systématisé de connaissances, exposées dans un langage descriptif. Cependant, cette traduction, parce qu'elle est défectueuse, remplit une fonction idéologique. Elle permet aux juristes de présenter leurs préconisations comme relevant de la théorie et de leur donner l'apparence de vérités scientifiques.

En revanche, il n'est pas facile de déterminer comment on parvient à construire et à justifier ces énoncés. L'une des méthodes les plus commodes et les plus répandues consiste à s'appuyer sur les écrits des philosophes. N'est-ce pas chez Bodin ou Hobbes que l'on trouve une théorie sur la souveraineté, chez Rousseau une théorie de la loi, chez Montesquieu une théorie de la séparation des pouvoirs, chez Locke, Benjamin Constant ou Stuart Mill une théorie de la liberté, chez Renan une idée de la nation ? Si donc, le droit positif, c'est-à-dire le texte constitutionnel ou les décisions des juridictions constitutionnelles contiennent ces termes, c'est vers ces philosophes que l'on se tourne pour les éclairer.

Le recours aux philosophes comporte pourtant quelques sérieux inconvénients. Il conduit d'abord à présenter les thèses de certains auteurs, choisis de préférence à d'autres, comme des vérités d'où l'on pourrait déduire des principes juridiques qui sont ou devraient être reçus dans le droit positif. Cette présentation et ces choix dissimulent naturellement des préférences idéologiques. Les libéraux vont chercher chez Montesquieu et non pas chez Rousseau la théorie de la séparation des pouvoirs, les moins libéraux une théorie de la souveraineté chez Hobbes ; la liberté peut être comprise à la manière de Rousseau ou à la manière de Constant, etc.

D'autre part, quand bien même les thèses seraient vraies en quelque sens de ce mot, il ne s'ensuivrait pas qu'on peut en tirer par déduction des conséquences normatives claires.

Enfin, et peut-être surtout, si l'on attend de la théorie constitutionnelle qu'elle éclaire le droit constitutionnel positif, la référence aux philosophes n'est pas d'un très grand secours. Ainsi, le juge constitutionnel français fonde le principe de la dualité des juridictions judiciaires et administratives sur la séparation des pouvoirs ou

⁴ L. HEUSCHLING, « De l'intérêt de la théorie, de la théorie générale de l'Etat, de la théorie constitutionnelle. A propos d'un livre récent de Matthias Jestaedt », *Jus Politicum*, 5, 2011.

l'exclusion de la loi référendaire du contrôle de constitutionnalité sur le principe de souveraineté, mais la dualité de juridictions ne doit rien à Montesquieu et le régime des lois référendaires, rien à Rousseau, ni à Sieyès. Même s'il fait sienne l'idée de nation et du vouloir vivre ensemble de Renan, ce juge n'en infère pas de règles sur l'exercice de la souveraineté nationale. Il a pu lire ses auteurs et s'en inspirer ; les principes juridiques qu'il applique ne dérivent pas de ces écrits, ni des interprétations savantes des grands auteurs, mais du contexte pragmatique dans lequel il agit. Même en admettant qu'il s'est trompé du tout au tout, qu'il a mal lu les grands maîtres ou que ceux-ci se sont fourvoyés, sa décision n'est pas pour autant privée de validité. Ici, comme ailleurs, *auctoritas non veritas facit jus*.

En droit constitutionnel, comme dans les autres branches, une thèse même erronée ou incohérente peut malgré tout constituer un fondement parfaitement efficace pour les normes positives et à l'inverse, une thèse cohérente et bien argumentée, se révéler tout à fait inopérante. Kelsen nous en donne plusieurs exemples. Il soutient par exemple qu'il n'y a pas et qu'il ne peut y avoir de lacunes dans le droit en raison de la présence dans tout système juridique d'un principe général implicite, selon lequel ce qui n'est pas interdit est permis. Pourtant, l'article 1^{er} du code civil suisse se fonde sur l'idée contraire qu'il y a bien des lacunes et donne aux juges des pouvoirs importants pour les combler⁵. Kelsen affirme que cet article 1^{er} n'est qu'un procédé détourné pour permettre aux juges d'écarter l'application des normes qu'ils désapprouvent. Il a raison sur ce point, mais l'existence ou l'absence de lacunes n'est pas un fait empirique. Il s'agit seulement de constructions permettant de rendre compte du fonctionnement du système juridique et l'on rend mieux compte du code civil suisse si l'on expose qu'il se fonde sur la thèse qu'il existe des lacunes, même si l'on tient à ajouter que cette thèse est erronée. On pourrait faire la même démonstration à propos de la théorie de l'Etat de droit, dont Kelsen dit, non sans pertinence, qu'elle est soit tautologique parce que tout Etat est un Etat de droit, soit une contradiction dans les termes, parce que l'Etat ne peut pas être à la fois créateur de droit et soumis au droit. Il n'empêche que de nombreux Etats se présentent comme des Etats de droit et que ces thèses servent de fondements à des règles positives.

Si par conséquent l'on prétend éclairer par la théorie constitutionnelle le droit positif, il faut donc rechercher non pas ce que les grands auteurs ont pu dire de la constitution, de la démocratie, de la souveraineté ou de la séparation des pouvoirs, encore moins l'essence de ces institutions, mais seulement les représentations, cohérentes ou non, que s'en font effectivement les constituants, les législateurs ou les juges.

Cette démarche reste d'ailleurs pertinente même si l'on se place d'un point de vue prescriptif, c'est-à-dire si l'on entend persuader les acteurs de la nécessité d'adopter une certaine règle, car il est naturellement moins utile de démontrer que Montesquieu aurait été favorable ou défavorable à la dualité de juridictions ou à la reconnaissance

⁵ Article 1^{er}, al. 2 : « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ».

d'un véritable pouvoir judiciaire que de souligner que les solutions qu'on préconise s'inscrivent harmonieusement dans le droit positif.

Ce sont donc les représentations des acteurs qu'il importe d'abord de connaître et de décrire, puis d'organiser.

La théorie constitutionnelle, produite par les acteurs

Si l'on appelle théories constitutionnelles des ensembles systématisés de propositions relatives à la constitution et propres à justifier des décisions, alors il faut constater que toutes celles qui sont en usage aujourd'hui ont été produites par des acteurs, constituants, législateurs ou juges.

Même lorsqu'est invoquée une doctrine philosophique ou politique particulière, cette doctrine fait toujours l'objet d'une réception dans le système conceptuel des acteurs, puis d'une transformation résultant des contraintes argumentatives auxquelles ils sont soumis. Or, celles-ci présentent des caractères semblables malgré la diversité des situations historiques dans lesquelles elles s'exercent.

Considérons deux exemples bien connus de théories constitutionnelles que l'on retrouve dans les parties introductives des traités et manuels.

Le premier concerne la hiérarchie des normes. Le contrôle de constitutionnalité est aujourd'hui souvent présenté comme une conséquence logique de la hiérarchie : puisque la constitution est supérieure à la loi, dit-on, la loi contraire à la constitution est nulle ou tout au moins doit être annulable. La prémisse de ce raisonnement est fragile, car la suprématie de la constitution peut signifier tantôt que celle-ci détermine les modes de production des autres règles, tantôt qu'elle ne peut être révisée qu'au terme d'une procédure particulière (ou qu'elle ne peut jamais être révisée) tantôt encore qu'elle contient des normes qui s'imposent au législateur et dont la violation peut être sanctionnée, notamment par l'annulation. Or, ces trois sens – ou ces trois formes de suprématie – sont indépendants les uns des autres : une constitution peut être suprême dans un sens et non dans un autre. Il n'est pas inconcevable qu'une constitution, qui détermine le mode de production des lois, puisse être révisée par la procédure législative ordinaire ou qu'une constitution qui ne peut être révisée qu'au terme d'une procédure spéciale, écarte toute possibilité d'invalidation des lois contraires⁶.

Aussi, dans un système où le contrôle de constitutionnalité n'a pas encore été établi, la constitution n'est-elle pas supérieure à la loi dans le troisième sens. La prémisse majeure est donc tout simplement fausse.

Pourtant, malgré sa fragilité, la structure de ce raisonnement se retrouve à l'identique dans les discours de tous ceux qui ont voulu justifier le contrôle de constitutionnalité : chez Coke, en France, dans les parlements d'Ancien Régime, qui invoquaient les lois fondamentales du royaume, dans la décision *Marbury v. Madison*, dans la doctrine de Hans Kelsen, envisagée ici non pas comme théorie descriptive, mais comme théorie pratique visant à justifier l'institution d'une cour constitutionnelle, et à nouveau dans l'argumentation du juge Barak de la Cour suprême d'Israël, pour fonder

⁶ M. TROPER, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnel », in E. ZOLLER, (dir.), *Marbury v. Madison 1803-2003*, Paris, Dalloz, 2003, p. 215 et s. ; O. PFERSMANN, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, tome 2, 2012.

la décision d'exercer le contrôle de la constitutionnalité des lois même en l'absence d'une constitution formelle.

Ce sont d'ailleurs les mêmes contraintes que l'on aperçoit dans la jurisprudence de la Cour suprême de l'Inde, qui a entrepris de contrôler la validité des amendements à la constitution, en invoquant des principes supra-constitutionnels.

La raison de cette coïncidence est simple. C'est le seul argument disponible pour un juge qui entend contrôler la loi, sans pouvoir se fonder sur une habilitation expresse et qui n'entend pas invoquer la morale ou le droit naturel. Il lui faut affirmer qu'il existe une norme supérieure à celle qu'il contrôle, qui implique qu'il a le pouvoir d'écarter toute norme contraire.

Ce raisonnement possède en outre une propriété singulière : une fois la décision prise, les lois déclarées contraires à la constitution sont réellement privées de toute validité et la constitution acquiert la troisième forme de suprématie qui lui manquait avant l'intervention du juge. C'est bien lui qui la crée. La théorie de la hiérarchie des normes est donc plus qu'un argument. Elle est constitutive de la réalité qu'elle prétend décrire.

Le second exemple, d'ailleurs lié au premier, concerne les théories produites pour justifier l'institution du contrôle de la constitutionnalité des lois dans des systèmes constitutionnels qui se présentent comme démocratiques. Une telle justification est nécessaire dans la mesure où des lois adoptées par un Parlement démocratiquement élu peuvent être écartées par des juges qui, eux, ne sont pas élus. Les arguments tirés de la hiérarchie des normes et de la suprématie de la constitution se révèlent insuffisants dès lors qu'on ne peut nier que le juge ne se limite pas à déduire logiquement sa décision du texte de la constitution et qu'il dispose d'un large pouvoir discrétionnaire, notamment dans son activité d'interprète. Il faut donc soutenir que son pouvoir n'est pas anti-démocratique et construire une théorie selon laquelle c'est précisément son intervention qui garantit la souveraineté du peuple. Il y a deux variantes de cette théorie.

Selon la première, imaginée par Kelsen, mais reprise en France par le Conseil constitutionnel, lorsque le juge constitutionnel annule une loi, sa décision ne porte pas réellement sur le fond, mais seulement sur la procédure, puisque le pouvoir constituant, qui est le peuple souverain, peut adopter en forme constitutionnelle la mesure que la constitution interdisait au Parlement de prendre en forme législative. Georges Vedel a adapté cette théorie, à l'époque il était membre du Conseil constitutionnel, en soutenant que lorsque le pouvoir constituant intervient pour renverser une décision du juge constitutionnel, c'est le peuple qui intervient « en majesté » et « par une sorte de lit de justice »⁷.

Selon la seconde variante, le juge constitutionnel ne se dresse pas contre le peuple souverain, car il est lui-même son représentant. Mais, contrairement aux parlementaires qui représentent le peuple en exprimant sa volonté législative, ils « mettent en représentation » la constitution et expriment la volonté d'un peuple transcendant. Le

⁷ G. VEDEL, « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA*, 1992, p. 173 et s.

juge constitutionnel représente le peuple en le protégeant contre les représentants qui, en adoptant une loi inconstitutionnelle, usurperaient la souveraineté.

Il faut remarquer que, au lieu de chercher à concilier contrôle de constitutionnalité et démocratie, le juge pourrait simplement se présenter comme un contre-pouvoir, mais une telle attitude aurait un inconvénient sérieux. Un système dans lequel il existe un contre-pouvoir au peuple ne peut pas être défini comme une démocratie, mais comme un gouvernement mixte, tandis que la constitution que le juge est réputé appliquer se donne comme démocratique. Le juge ne peut donc à la fois admettre qu'il est un contre-pouvoir et prétendre appliquer une constitution démocratique.

On doit observer que ces théories ne sont pas seulement des constructions habiles, mais qu'elles sont les produits d'un contexte argumentatif. Comme dans le cas de la hiérarchie des normes, on retrouve des raisonnements analogues à d'autres époques et dans d'autres pays. Ainsi, l'idée que le juge qui censure une loi n'agit pas contre le souverain mais en son nom était déjà soutenue par les Parlements d'Ancien Régime. Refuser d'enregistrer une loi n'était pas s'opposer à la volonté du roi, mais exprimer sa volonté profonde, qu'il pouvait ignorer lui-même, mais que les Parlements pouvaient exprimer parce qu'ils sont eux-mêmes les représentants de son corps souverain⁸. De même, dans la fameuse décision *Marbury v. Madison*, le juge Marshall soutenait lui aussi que ce n'est pas le peuple qui est contrôlé, mais qu'il faut au contraire le protéger contre ses représentants.

Ce n'est évidemment pas le lieu d'examiner la pertinence ou la cohérence interne de ces théories. Quelle que soit leur ingéniosité, elles présentent sans doute des défauts logiques, mais ces défauts ne diminuent en rien leur efficacité. Elles ont une existence objective et font partie du droit positif dans un double sens : d'une part, elles résultent de la nécessité de justifier le contenu des normes et d'autre part, elles sont constitutives du raisonnement des juges. Elles sont donc indispensables pour éclairer les décisions déjà prises et prévoir les décisions futures.

La théorie constitutionnelle a ainsi pour fonction de décrire les théories constitutionnelles produites par les acteurs et d'exposer les raisons pour lesquelles ils ont été amenés à les produire. Mais sa tâche ne s'arrête pas là.

La théorie constitutionnelle, produite par les théoriciens

La théorie constitutionnelle des théoriciens a une double fonction : présenter les concepts nécessaires à la description du droit positif, énoncer des thèses relatives aux différents objets sur lesquels porte le discours du droit constitutionnel.

Les théoriciens doivent d'abord présenter les concepts nécessaires à la description du droit positif, c'est-à-dire non seulement les normes juridiques, mais le raisonnement effectivement tenu par les acteurs. On remarque que ces concepts sont des métaconcepts. Les termes par lesquels on les désigne peuvent être différents de ceux qui appartiennent au langage du droit positif lui-même, dont on peut parfaitement rendre compte en s'abstenant complètement d'employer les termes qu'il contient et en privilégiant d'autres termes qu'il ne contient pas. C'est ainsi qu'on pourrait décrire

⁸ F. SAINT BONNET, « Le Parlement, juge constitutionnel (XVI^e-XVIII^e siècles) », *Droits*, 34, 2001, p. 177-197.

tout le droit positif actuel sans employer le concept de « personne » (qui fait partie du langage du droit positif) et à l'inverse, décrire un droit positif qui n'emploierait pas lui-même ces termes à l'aide des concepts de personne ou de « droit subjectif », ou bien décrire le droit civil à l'aide du concept « d'autonomie de la volonté », terme qui ne se trouve pas dans le code. De même en droit constitutionnel, alors que rares sont les constitutions qui emploient le terme d'« organe », le concept d'organe créé par la théorie constitutionnelle permet de décrire facilement toutes les constitutions du monde.

Les concepts de la théorie du droit peuvent être obtenus par abstraction et généralisation à partir du droit positif d'un pays donné (comme « autonomie de la volonté », construit à partir du code civil français, de même que « régime parlementaire » l'a été à partir du système constitutionnel anglais et « régime présidentiel » à partir du régime américain). Aucun document officiel américain ne contient l'expression « régime présidentiel » et les pères fondateurs n'ont certainement pas employé ce concept. Néanmoins, les constitutionalistes estiment, à tort ou à raison, qu'il est utile pour caractériser le régime américain et quelques autres régimes dans le monde.

À cet égard, la théorie ou la science du droit se trouve dans une situation analogue à celle de n'importe quelle autre science, la chimie, l'anthropologie ou l'histoire, qui décrivent leur objet à l'aide de leurs propres concepts, soit parce que cet objet est matériel et ne comprend aucun concept, soit parce que ceux qu'il contient ne pourraient pas servir à une analyse menée d'un point de vue externe, par exemple une analyse comparative. Ainsi, on peut décrire les normes qui forment le droit constitutionnel français à l'aide des seuls termes dans lesquels elles sont exprimées, par exemple « conseil constitutionnel », « lois », « déferées ». Mais une telle description serait totalement dépourvue d'intérêt et ne serait rien de plus que la reproduction des énoncés. Si l'on entend faire autre chose, il faut décrire le droit positif relatif au Conseil constitutionnel à l'aide de métaconcepts comme « contrôle de constitutionnalité », « contentieux constitutionnel » ou « cour constitutionnelle », qui ne figurent pas dans le texte de la constitution.

La pertinence de ces concepts, créés d'un point de vue purement externe, est tout à fait indépendante de l'histoire, en ce sens qu'elle ne dépend ni du moment où ils ont été créés, ni des idées et des croyances des acteurs du système juridique qu'ils permettent de décrire. On ne saurait nier qu'ils ont été créés par des hommes qui n'étaient pas hors de l'histoire et l'on pourrait même tenter de donner une explication historique de leur formation, comme on pourrait le faire d'ailleurs pour ceux de la chimie, mais cette explication historique serait de toute façon sans incidence sur la question de la pertinence des concepts, qui dépend seulement de leur valeur opératoire. Or, celle-ci ne peut être obtenue qu'en détachant le concept du système historique concret dans lequel opérait l'institution correspondante.

Marc Bloch nous en fournit un excellent exemple. Dans un chapitre final de « la société féodale », intitulé « la féodalité comme type social », il oppose Montesquieu et Voltaire. Le premier soutenait que la féodalité était « un phénomène unique en son genre, un événement jamais arrivé dans l'histoire du monde et qui n'arrivera peut-être jamais » et Voltaire répondait : « La féodalité n'est point un événement ; c'est une forme très ancienne, qui subsiste dans les trois quarts de notre hémisphère ». Marc

Bloch explique qu'on ne peut trancher qu'en dégagant les traits fondamentaux, « les caractères de ce cas type ». Une fois ce travail accompli, il peut écarter certains usages abusifs, comme celui de la Russie des tsars, et constater que, en dehors de l'Europe médiévale, ces caractères ne se rencontrent qu'au Japon.

Le concept de féodalité permet ainsi de décrire les réalités les plus diverses quels que soient les concepts employés par les acteurs. Mais les hommes du Moyen Age n'employaient pas plus le terme de « féodalité » que les pères fondateurs de la constitution américaine celui de « régime présidentiel ». Le « régime présidentiel » ou le « type social » de Marc Bloch sont à cet égard semblables au concept d'une science portant sur un objet qui ne parle pas.

Le théoricien (ou le comparatiste) doit créer un métaconcept capable de décrire des concepts. Le métaconcept de personne ou de constitution employé par la théorie du droit doit permettre de rendre compte de systèmes dans lesquels il existe non seulement l'institution de la personne ou de la constitution, mais le concept de personne ou de constitution, même s'ils ne sont pas désignés par les mêmes termes.

Mais, d'autre part, il peut arriver que le métaconcept soit dérivé par la théorie d'un concept correspondant effectivement employé par le droit positif d'un certain pays et même qu'il soit désigné par la même expression. C'est le cas par exemple de celui de « cour constitutionnelle » que Louis Favoreu dérivait de la cour constitutionnelle autrichienne et qu'il utilisait à son tour pour analyser des institutions présentant certains des caractères de la cour autrichienne, mais certainement pas tous, portant le même nom ou des noms différents, comme les cours allemande, italienne ou espagnole, la Cour d'arbitrage belge et même le Conseil constitutionnel français⁹. Ainsi, ils ne sauraient se confondre avec les concepts correspondants. Le métaconcept de cour constitutionnelle permet de décrire les cours constitutionnelles les plus variées. Lorsque nous employons le concept de mariage pour désigner aussi bien le mariage catholique indissoluble que le mariage polygame, le mariage civil français ou le mariage homosexuel, c'est un métaconcept que nous employons.

Il ne faut cependant pas se méprendre. Nous sommes à un niveau métalinguistique et le concept correspond à un type idéal, de sorte que nous pouvons employer un métaconcept de testament pour rendre compte aussi bien du testament anglais que du testament français, un métaconcept de cour constitutionnelle pour analyser la cour constitutionnelle hongroise ou le Conseil constitutionnel français, bien que ces métaconcepts soient différents aussi bien du concept français de Conseil constitutionnel que du concept hongrois de cour constitutionnelle.

La seconde fonction de la théorie constitutionnelle est d'énoncer des thèses relatives aux différents objets sur lesquels porte le discours du droit constitutionnel, c'est-à-dire aussi bien l'ensemble des normes positives que le raisonnement des acteurs. Il s'agit donc de la constitution, de l'Etat, des organes ou de la souveraineté. On peut à cet égard procéder de deux manières.

Les juristes traditionnels énoncent, à la manière des philosophes, des thèses sur la nature de ces divers objets et présupposent ainsi qu'ils ont une réalité objective indépendante des règles et des discours. Il y aurait une réalité de l'Etat ou de la

⁹ L. FAVOREU, W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2011.

souveraineté qu'il serait possible d'appréhender et sur laquelle on pourrait énoncer des propositions susceptibles d'être vraies ou fausses : que tout Etat est souverain, que toute constitution est suprême, que la souveraineté est indivisible, que la souveraineté nationale est différente de la souveraineté populaire, que l'interprétation est une fonction de la connaissance et non de la volonté.

Pourtant, il faut distinguer parmi ces diverses propositions. Certaines ont un objet empirique : l'interprétation est une pratique, dont on peut examiner si elle se réduit à la simple révélation d'un sens déjà là ou si elle requiert des choix dictés par les préférences de l'interprète. Bien entendu, on peut discuter de la validité de la thèse qu'elle est une fonction de la volonté et de la pertinence des tests par lesquels on la mesure, mais il en est ainsi de toute proposition scientifique.

Il en va différemment des propositions relatives à la souveraineté ou à l'Etat. Dans certains cas, il s'agit de propositions analytiques, comme « tout Etat est souverain », lorsqu'on a défini l'Etat précisément par la souveraineté ou « la souveraineté est indivisible », lorsqu'on a défini la souveraineté, comme le caractère de celui qui est supérieur à tous les autres. Mais elles n'informent évidemment en rien sur l'Etat, ni sur la souveraineté. Dans d'autres cas, ces thèses ont un caractère purement métaphysique, comme celle selon laquelle, quelle que soit la constitution, la souveraineté appartient toujours au peuple. Indépendamment du caractère tout à fait indécidable de ces propositions, elles ne sont d'aucune utilité pour la connaissance du droit, dès lors qu'elles n'ont de portée que pour autant que les acteurs se les approprient.

On peut alors considérer que ces objets n'ont d'existence que dans le discours des juristes, c'est-à-dire dans les théories constitutionnelles qu'ils mettent en œuvre, en d'autres termes, qu'il n'y a pas d'Etat, mais seulement des théories de l'Etat, pas de souveraineté, mais seulement des théories de la souveraineté produites par les acteurs.

Le rôle des juristes théoriciens est alors non seulement de décrire, comme on l'a vu, ces différentes théories, mais aussi de les ordonner et de tenter d'en expliquer la formation et la fonction. S'il n'y a pas d'Etat, la théorie générale de l'Etat doit être une théorie sur l'apparition et le rôle du concept d'Etat dans le discours juridique et de même la théorie de la hiérarchie des normes doit être seulement une théorie sur le raisonnement juridique qui produit la hiérarchie des normes et fait appel à ce concept.

Autrement dit, il faut les considérer comme des métathéories ayant pour objet les théories produites par les acteurs.

On pourrait à ce point se demander ce que ces métathéories apportent de plus que ces théories elles-mêmes. Deux choses : d'une part, elles permettent de décrire les théories variées au moyen de métaconcepts différents des concepts employés par les praticiens et en permettent ainsi la comparaison. De même que les hommes du Moyen Age ne désignaient pas le système dans lequel ils vivaient comme un système féodal, ni les parlements d'Ancien Régime, ni le juge Marshall ne parlaient de hiérarchie des normes. Le recours au concept de hiérarchie des normes permet de comprendre non seulement qu'il y a un caractère commun à plusieurs systèmes juridiques, mais aussi comment et pourquoi des systèmes aussi différents se structurent d'une manière semblable. De même, l'Angleterre de la fin du XVIII^e siècle ou la France de la

Restauration n'employaient pas le terme de régime parlementaire, mais nous pouvons, grâce à ce métaconcept comprendre que les deux systèmes fonctionnaient de manière analogue et tenter d'expliquer leur évolution.

*

* *

La philosophie remplit évidemment une fonction précieuse lorsqu'elle fait porter l'analyse sur les valeurs, comme le fait avec tant de talent le dédicataire de ce volume, mais ce travail est utile aux dogmaticiens, pas à la théorie constitutionnelle lorsqu'on entend par là la théorie qui forge les concepts dont a besoin la science du droit constitutionnel et qui systématise les acquis de cette science. En tant que métathéorie, la théorie constitutionnelle doit, quant à elle, rester doublement autonome. Elle est autonome vis-à-vis des théories des acteurs, parce qu'elle a, par hypothèse, un objet différent et qu'elle ne peut les décrire et les expliquer qu'à la condition de le faire avec son propre appareil conceptuel. D'autre part, de même que la théorie du droit est autonome vis-à-vis de la religion ou de la morale, la métathéorie constitutionnelle est autonome à l'égard de la philosophie politique ou de la philosophie morale, dont les thèses ont pu influencer les acteurs, mais sont différentes de celles que ces acteurs mettent en œuvre.

The Merger of Morality, Politics, and Law in the Adjudicatory Process

George C. CHRISTIE *

The contemporary world is characterized by the increased involvement of the state in the economic and social life of society. In most of the developed world, the state is assuming greater responsibility for fulfilling the growing expectations of its citizens that they share in the benefits that accrue in a world that is much more prosperous and technologically advanced than could possibly have been imagined fifty years ago. This growing sense of state responsibility for the economic, physical, and emotional welfare of its citizens has received considerable impetus from philosophical works that have insisted on the obligation of the state to show equal concern for all of its citizens and the notion that one of the functions of a political society is to make it possible for its members to fully enjoy the expanding number of rights that modern society recognizes individuals are morally entitled to. In itself this is not necessarily a development that one would wish to decry. The problem lies not in the purpose or goals of this intervention but in the means, among which is an increasing tendency to resort to courts as the major vehicle for achieving these moral and political objectives. In the United States, one reason for wanting the courts to assume a major role in this process – a role that many judges are not comfortable with – is the unwillingness of legislatures to make what are generally accepted as needed changes in existing legal regimes because of inertia or fear of potential repercussions from well organized groups whose members prefer the status quo. One example in recent history concerned the adoption by most American jurisdictions of some form of comparative fault in place of the common-law doctrine of contributory negligence under which a negligent

* It has been an honor to have been asked to contribute to this volume dedicated to my dear friend Guy Haarscher who has been my companion in both teaching and research endeavors over the past thirty years.

plaintiff was completely barred from recovery even if his negligence was significantly less than that of the defendant. A few states had some form of comparative fault from the turn of the twentieth century, but it was only when the supreme courts in several states replaced contributory negligence with comparative fault by judicial fiat that state legislatures in other states started to act on the matter¹. As might have been expected, this development was widely decried as judicial activism and a judicial usurpation of a legislative function. Something similar happened with regard to the immunity of the several states from tort liability where a few state supreme courts had responded to legislative inaction by abolishing the doctrine of sovereign immunity through judicial decision².

The legal process has always been concerned with more than legal issues. The core value of the legal process, a fair and open process of adjudication, has an obvious moral basis and even a political dimension. Nor is the formal procedural integrity of the legal process the only aspect of the law in which such considerations are recognized as being an inevitable element of the process of adjudication. The application of statutes and the doctrines developed by a common-law process of adjudication almost invariably requires some amount of discretion in choosing among competing goals and even values. It would be fatuous to deny that, in the process of exercising that discretion, courts make choices with moral and political consequences, or to assert that courts should not be allowed to make those choices. The issue is the scale and frequency of those choices. Whatever might be said about the courts' propriety deciding that contemporary notions of the state's moral responsibility required judicial abrogation of the common-law doctrines of contributory negligence or of governmental immunity from tort liability, the issues involved in those cases were well within the scope of traditional doctrine and the potential reach of those decisions was fairly narrow. That is not the situation in the type of contemporary litigation to which we shall now turn our attention.

The issue of judicial involvement in making the basic value judgments for society is more dramatically presented in two broad categories of cases now reaching the courts in increasing numbers. The first is when courts are asked to decide how the economic resources of society are to be allocated and what interests are to be favored in that allocation and whose interests are to lose out in that process. The other important broad area in which courts are being asked to make basic value judgments involves the increasing tendency of modern societies to guarantee the emotional welfare of their members. This second development and its implications will be explored shortly. For the present we shall discuss the involvement of courts in the allocation of the material resources of society. One example is the willingness of the German Constitutional Court to recognize welfare rights and to prescribe what might be the minimum payments to which people are entitled³. It now also appears to be

¹ This history is traced in G. C. CHRISTIE, J. E. MEEKS, E. S. PRYOR, and J. SANDERS, *Cases and Materials on the Law of Torts*, 4th ed., 2004, p. 350-382. Among the state courts in the vanguard were California, Florida, Michigan, and Alaska.

² See e.g., *ibid.*, p. 568-570.

³ See e.g., the German Constitutional Court's decision in *Harfz IV*, BVerfG, 1 BvL, from 9.2.2010.

accepted that attempts by the German government to participate in financial rescue measures for Greece and other countries, whose recent economic woes have created a serious threat to the continued viability of the Euro, are subject to judicial review⁴. This seems to suggest that some of the most basic political judgments of a state are to be made by courts rather than by elected officials.

A more common and important area in which courts are being asked to make basic choices about how economic resources are to be allocated concerns what are called environmental human rights. This is an issue that is of current concern in the United States as well as in Europe. While at the federal level⁵, the notion of welfare rights has not gained much traction, there have been several recent cases in which the American courts have been asked to determine how to allocate the costs of global warming. One case involves the claim that oil companies and utilities should pay the cost of relocating a village in northern Alaska because the earlier seasonal melting of the ice that protects the island on which the village is located is leading to the erosion of the coastline and making the village uninhabitable. The federal district court dismissed the action on the ground that deciding the case would require the court to make decisions on causation and basic policy that were beyond the province of courts to make⁶. That decision is on appeal to a federal court of appeal and will undoubtedly be affirmed unless it can be distinguished from a very recent decision of the Supreme Court of the United States in a case that I shall now describe. The case involved a suit initially brought by eight states, the City of New York, and three land trusts against six electric power companies that own and operate « fossil-fuel-powered » power plants in twenty states. The main thrust of this very complex case was the claim that the defendants are significant contributors to global warming, and the major relief sought was judicially determined limits on their emissions. The case was dismissed on the pleadings by the federal district court on the ground that it involved non-justiciable political questions, but the court of appeals reversed and remanded the case on the ground that the plaintiffs' allegations were sufficiently specific and manageable to warrant a full trial⁷. Because the Supreme Court was evenly divided on the question of whether the plaintiffs had the requisite standing to bring the suit, the decision of the court of appeals that the plaintiffs did have standing was affirmed. On the merits of the case, the Court noted that there was, as yet, no general federal common law of nuisance and held that, if there were any such law, it was displaced by the Clean

⁴ See e.g., M. C. KERBER, *Der Verfassungsstaat ist ohne Verfassungsbeschwerden gegen den Eurostabilisierungsmechanismus sowie gegen die Griechenland-Hilfe* (The Constitutional State Has No Alternative : The Constitutional Complaints Against the Euro-stabilization Mechanism and Help for Greece), 2010. For an earlier similar situation, see L. HOFFMAN, « Don't Let the Sun Go Down on Me: The German Constitutional Court and Its Lisbon Judgment », *J Contemp. Euro Research*, 5, 2009, p. 480, <http://www.jcer.net/ojs/index.php/jcer/article/view/247>.

⁵ See *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 371 (1970).

⁶ *Native Village of Kaalina v. Exxon Mobil*, 663 F. Supp. 2d 863, 874-76 (N.D. Cal. 2009), *appeal pending*, no. 09-17490 (9th Cir.). As will be noted shortly in the text, consideration of the appeal was stayed pending decision of the United States Supreme Court in a similar case that has now just been decided.

⁷ *Connecticut v. American Elec. Power Co.*, 582 F. 3d 309 (2d Cir. 2009).

Air Act which, the Court had previously held, granted the Environmental Protection Agency the authority to regulate carbon-dioxide emissions. The decision of the court of appeals was accordingly reversed⁸.

One should carefully consider why courts are asked to decide these sort of issues that concern the basic organization of the economic structure of society and whether courts can be expected to decide those issues and still remain within our traditional notions of the proper role of courts in a healthy and well-functioning democracy. These same difficulties are involved in the second type of current litigation that I alluded to earlier, namely the role of the courts in implementing the commitment of many contemporary societies to respect and nurture the emotional well-being of their citizens. It is the most frequently litigated area in which courts are being asked to make basic moral and political choices, and is the one which I find most troubling. It is one thing to protect individuals from actions of the state that cause emotional harm. It is another matter when the state is required to punish individuals for the emotional harm and sometimes even merely the emotional discomfort that they have inflicted on other individuals. It is a problem that is more acute in Europe, but, as we shall see, is also a matter of some concern in the United States as well.

As is well known, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom guarantees, in Articles 8, 9, and 10, respectively, the right to respect for one's private life, the right to freedom of religion and religious expression, and finally simply the right to freedom of expression. In guaranteeing these rights, however, the Convention expressly declares that each of these rights is defeasible for important social reasons. Thus Holocaust denial is punishable in some but not all European states even without proof that this denial represents a credible present threat of violent overthrow of the governments of those states. Furthermore, a few European states proscribe the wearing of religious symbols or religiously prescribed attire, principally the wearing of female head scarfs in public buildings or educational institutions or even the wearing of burqas in public, on the ground that these activities present a threat to secularism. Whether from a moral, political, or other social perspective this is a sufficient reason to punish such activities is not a matter I wish to pursue further in this paper⁹. What I am principally concerned with in this paper, however, is the inevitable conflict between conflicting values that arises when the freedom of expression of one individual is sought to be punished or restricted because it infringes on the right of another individual that respect should be shown for his private life or his emotional welfare. How these disputes are to be resolved is a difficult question. The resolution of the conflict is made infinitely more difficult in Europe by the acceptance, undoubtedly influenced by the tragic death of Princess Diana, that the rights of freedom of expression and of privacy are of equal value¹⁰. It is thus accepted that the resolution of these conflicts, which are arising with increasing

⁸ *American Electric Power Co. v. Connecticut*, 79 USLW 2732 (June 20, 2011).

⁹ I have discussed these issues and the relevant decisions of the European Court of Human Rights in G. C. CHRISTIE, *Philosopher Kings? The Adjudication of Conflicting Human Rights and Social Values*, 2011, p. 37-50 (hereafter *Philosopher Kings?*).

¹⁰ See Resolution 1165 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (1998).

frequency, must rely on some kind of balancing process on a case-by-case basis if the courts are to reach the appropriate choice in the disputes brought before them¹¹.

How are they to make those choices? In the British courts it has been said that when expression is challenged because it infringes on someone's expectation of privacy, even if the expression concerns events that take place in public, the speaker must show that his speech concerns a matter of legitimate public interest¹². Expression concerning political, scientific, educational, or artistic matters was mentioned as being the type of expression that would be more likely to be judged of legitimate public interest¹³. In a somewhat similar vein, the European Court of Human Rights has ruled that, for the speaker to escape liability in such circumstances, the expression in question must be shown to « contribute to a debate of general interest in society »¹⁴. For both the British courts and the European Court the fact that the matter was of interest to a significant portion of the public – if it were not, it would probably not be in the interest of the publisher to engage in the expression in question – was in no way determinative. It was for the courts to decide what were matters of legitimate public interest or concern. As has been pointed out by Judge David Thór Björgvinsson in his partial dissent in *MGN Ltd. v United Kingdom*¹⁵, and as I have argued at greater length in a recent book¹⁶, under these tests it is the expression that must be justified and not the restriction. The net result is that courts are now to decide what is of sufficient public interest or more specifically perhaps of artistic or scientific or educational value to survive a privacy challenge, at least when the expression does not involve information that is clearly already in the public domain. How they are to make that choice, involving as it does political and moral questions of great importance, is another matter. Under a legal regime where the burden of justification is on the speaker, in a close case someone who wishes to exercise his freedom of expression is immediately put on the defensive when a person with sufficient means can threaten him with extensive and expensive litigation if he does not desist from publication.

In the United States, as is well known, the presumption runs strongly in favor of freedom of expression because of the primacy of the First Amendment to the United States' Constitution. Despite some common-law authority to the contrary, one would have thought that as a result of the expansion of the reach of the constitution to cover state tort remedies, because their judicial application constitutes state action, it would

¹¹ See *e.g.*, *von Hannover v. Germany*, Application no. 59320/00, Judgment of 24 June 2004 (hereafter *von Hannover I*). This case is being re-examined by a Grand Chamber at the request of Germany, but not on this point. See also *Campbell v. MGN Ltd.*, [2004] 2.A.C.457 (hereafter *Campbell*). As noted in the text at note 15, *infra*, this decision was upheld on the merits by the European Court of Human Rights, with one dissent.

¹² See *Campbell*, *supra*, note 10.

¹³ *Ibid.*, p. 148-149 (per Lady Hale).

¹⁴ *Von Hannover*, *supra* note 11, p. 65.

¹⁵ *MGN Ltd. V. United Kingdom*, Application no. 39401/04, Judgment of 18 January 2011. The proceeding was brought to overturn the decision in *Campbell*, *supra* note 11. Judge Björgvinsson agreed with his colleagues that the amount awarded to Ms. Campbell for attorney fees was excessive.

¹⁶ See *Philosopher Kings?*, *supra* note 9.

be a very exceptional case indeed in which one could be punished for publishing any lawfully acquired information that was not false and had not been obtained in the course of some clearly recognized confidential relationship. The justification for that belief would be a trio of cases decided in the last twenty odd years. In one of these cases a newspaper included the name of the victim of a sexual assault in a short item reporting that the assault had occurred¹⁷. Publication of the names of victims of sexual assaults was, however, forbidden by a state statute. The reporter discovered the name of the victim because it appeared in a notice posted in the press room of the local sheriff's office but there was also a sign posted in the press room that the names of victims of sexual assault were not matters of public record and were not to be published. The plaintiff brought an action against the defendant newspaper and was awarded a substantial sum of money in the state courts. The Supreme Court of the United States reversed, in a six-to-three decision, on the ground that the defendant had broken no law in acquiring the information. The second case involved a parody of the evangelist Jerry Falwell that appeared in *Hustler* magazine in what was a take off on the Compari ads featuring celebrities describing the first time they had drunk Compari¹⁸. The parody presented Falwell, a teetotaler, as claiming that the first time he had tasted Compari was when he had a drunken incestuous rendezvous with his mother in an outhouse. Falwell brought an action for defamation, invasion of privacy, and intentional infliction of emotional distress. The federal district court dismissed the privacy claim and allowed the defamation and intentional infliction of emotional distress claims to go to the jury. The jury found against Falwell on the defamation claim on the ground that no one would believe that the ad was to be taken seriously as a statement of fact about Falwell's behavior, but awarded substantial damages for intentional infliction of emotional distress. This award was affirmed in the court of appeals but the Supreme Court reversed in an eight-to-one decision. A public figure such as Falwell could only recover for intentional infliction of emotional distress caused by expressive activity if false statements were made against him. The third and most recent of these cases involved the broadcasting of a tape of a compromising telephone conversation between officials of the local chapter of a teachers' union that was engaged in contentious negotiations with the local school board¹⁹. The union officials won in the federal district court, but the court of appeals reversed and directed that judgment should be entered for the defendants. The Supreme Court in a six-to-three decision affirmed on the ground that although the defendants knew or should have known that the intentional publishing of illegally intercepted communications was itself illegal, application of those provisions in the case before it would violate the defendants' first-amendment rights to comment on what, to say the least, was a newsworthy event.

A much more recent case, *Snyder v. Phelps*²⁰, however, suggests that the triumph of constitutional law over the common law of tort may be more limited. In this well-

¹⁷ *The Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989).

¹⁸ *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

¹⁹ *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001).

²⁰ 131 S. Ct. 1207 (2011).

known case a small evangelical group continued its practice of demonstrating near the funerals of American service members who had been killed in the Iraq and Afghanistan wars by appearing in public space about 300 meters from the church in which the funeral of a marine killed in Iraq was taking place. As per its customary practice, it displayed signs proclaiming, *inter alia*, that « God hates » the United States because of its tolerance of homosexuals and « Thank God for Dead Soldiers ». Unlike on other occasions there was no verbal abuse however. There were also anti-Catholic signs condemning the paedophilia of Catholic clergy. The father of the deceased brought an action for, among other things, the intentional infliction of severe emotional distress by extreme and outrageous conduct. The federal trial judge accepted a jury verdict of 2.9 million dollars for compensatory damage but reduced the jury's award of 8 million dollars in punitive damages to 2.1 million dollars, for a total award of 5 million dollars. The court of appeals reversed on constitutional grounds and, as many people anticipated, the Supreme Court of the United States affirmed that reversal. Only Justice Alito dissented.

It is not the decision of the Court that creates the difficulty I am about to discuss; it is rather the reasoning that the Court used to justify its decision. Writing for the Court, Chief Justice Roberts stressed that the jury's verdict could not stand because the demonstration, however vulgar and spiteful, concerned a matter of sufficient public concern to trump whatever interest in emotional tranquility the plaintiff had in those circumstances. If that is now the law in the United States, something like the problem faced in Europe will be presented. Courts will now be obliged to decide what is a matter of public concern and what is newsworthy. While the decision of those questions could possibly be considered to be less subjective than decisions about what is of « public interest », they still leave the courts with substantial leeway. The *Snyder* decision moreover also provides support for the efforts by state courts to confine the Supreme Court's decisions that recognize the right to disclose to the world what has been lawfully obtained and not acquired through the breach of a recognized duty of confidentiality to material contained in public records²¹. Recovery for disclosure of information obtained from other sources would, under this narrower interpretation, depend on the newsworthiness of the information and presumably also on whether the person whose privacy is in question is a public figure.

Why would one want to assign such a difficult and important task to judges? The reasons that one might wish to do so are many. We have already touched on several of them, such as legislative inertia or a reluctance to make decisions that will be applauded by some important political constituencies but strongly condemned by others. These factors are certainly present to some extent in the areas which we have been examining, particularly the recognition that one cannot please everyone. It therefore seems best to transfer the task to the courts, which are less likely to suffer the immediate political consequences that legislators would face from those whose preferences are overridden to accommodate the preferences of others. Accordingly, in the short-run world, which is the arena in which most legislative decisions are made, it is politically advantageous to recognize broadly stated values which most

²¹ See *e.g.*, *Gates v. Discovery Communications Inc.*, 34 Cal. 4th 679 (2004).

people accept in the abstract while, at the same time, accommodating the « realists » by enumerating a number of important moral values and political and social goals that might, in any specific instance, justify derogation from the broad general principles that have been articulated in a broadly-worded declaration of basic human rights. A less cynical justification for this transfer of decisional authority relies on the assumption of much contemporary legal philosophy that courts, if they try hard enough, can reach « correct » decision. The hope is that, by transferring the difficult decisions to the courts, one can escape the policy oriented, prudential type of decisions made by legislatures and enter the world of reasoned decision-making whose goal, even if courts are inevitably forced to make some « legislative » decisions, is as far as possible the right decision in each case.

What makes people think that courts are up to this challenge? Some justifications seem to have some plausibility but others are largely chimerical. Certainly the existence of an independent judiciary obliged to follow a fair process of adjudication and to publically justify its decisions is an important prerequisite for any decision-making process seeking to provide correct answers to difficult and contentious disputes. The question is whether it is enough in the circumstances of the cases with which we are concerned. The belief that it can be is premised on the assumption that an intelligent, well-trained, and impartial judiciary can indeed perform that task through a process of interest balancing. Leaving aside whether, in the emotionally charged areas with which we are considering, any decision-maker could be said to be truly disinterested, is it really possible for a judicial balancing approach to accomplish the task adequately? I submit that it cannot. Interest balancing is a difficult task, particularly if one is looking for decisions that are broadly accepted as objectively correct. The common-law process of case-by-case adjudication has been used by the European Court of Human Rights as the exemplar of this type of legal reasoning. I have discussed in detail elsewhere the preconditions and limits of common-law adjudication²². These can be briefly summarized as follows. Legal development by a process of case-by-case balancing works best when the goal is to produce relative legal certainty over a finite period of time. It is most successful in achieving that goal when a large number of cases involving similar fact patterns are decided over a relatively short period of time and when the interests or factors to be balanced are few. It is particularly suited to areas of law in which legal clarity and consistent application of law is more important than whether optimal solutions are achieved in any particular case. Commercial law is a clear existence. If the law is well enough known, people can adjust their affairs to accommodate it even if, from a philosophical or economic perspective, that legal doctrine is not the best possible one.

In the areas of the law on which I am focusing, none of these helpful features are sufficiently present. First of all, when freedom of expression, or freedom of religion, or the right to respect for one's privacy is involved, we care very much about the substantive correctness of the decisions reached. Secondly, the relevant factors are many and they are each of major importance. Even if it were theoretically possible to do so, the enormous number of important factors involved make it very unlikely

²² See *Philosopher Kings?*, *supra* note 9, p. 119-146.

that a sufficient number of cases could be decided in a relatively short period of time by the highest courts to give sufficient guidance to lower courts. Finally, and perhaps more importantly, the application of a balancing process in the sorts of situations we have been discussing may actually be impossible, particularly if it involves the balancing of rights of equal value. For example, although it has moral aspects as well, the predominant value of freedom of expression is political. While privacy also has significant political value when it concerns the protection of the individual from state invasion of his private life, such as by tapping his telephone or searching his personal records, in disputes between private parties it is the moral value of privacy that is dominant. The same may be said when one seeks redress for emotional harm caused by someone's thoughtless or spiteful expressive activities. From a moral perspective disclosure of embarrassing information about another or expression that causes emotional harm is inappropriate. If privacy and, by extension, freedom from emotional harm are of equal value to freedom of expression, one is faced with an apples and oranges situation in which a largely political value must be balanced against a largely moral value. Because these values belong to different universes, there is no common metric by which they can be measured. In actual practice one of the conflicting values will be given precedence such that it will presumptively prevail unless very strong reasons are given to favor the other value in the circumstances in question.

In some cases, moreover, there are more than two basic values in play. In *Egeland v. Norway*²³, the European Court of Human Rights upheld an award of damages against newspaper editors whose papers, contrary to a Norwegian statute forbidding the taking of pictures of an accused or convicted person coming to or going from court, published the picture of a woman convicted of murder who was being taken away from the courthouse in a police car. The editors justified their actions by noting the great public notoriety of the case. The European Court upheld the Norwegian decision on the ground that the restriction was necessary both to protect the privacy of the criminal defendants under Article 8 and to avoid putting additional pressure on them so as to ensure their right to a fair trial granted by Article 6 of the European Convention. Here we have a case in which, in addition to the rights of privacy and freedom of expression, a third right comes into play. Although the right to a fair trial has a moral as well as legal value, the legal and moral value of the right to a fair trial is tempered by the largely political value that trials should be open to public observation. How these competing values are to be reconciled in cases like this is a difficult matter. How they can be resolved by courts in a way that is sufficiently objective to insulate courts from the charge that they are imposing their views and the views of the elites from whom they are drawn is another and even more difficult matter. Dworkin and other theorists have, in a way, recognized the problem by arguing that all basic legal disputes are ultimately reducible to moral dimensions and ultimately solvable on that basis because there are correct answers to all (or almost all) moral questions. Thus far that has not, in actual life, proved to have been the case. Whether it could be is a matter for another and more extended discussion.

²³ Application No. 34438/04, Judgment of 16 April 2009.

La philosophie, un anti-juridisme ?

Julie ALLARD

« Ici se pose la question de l'obscurité de la langue philosophique et de ce qui risque de la rendre si peu populaire. Il est hautement significatif qu'elle se pose au sujet du droit (...). Tout se passe comme si la question de l'accès du peuple à la langue philosophique, le droit du peuple à la philosophie se jouait de façon d'abord plus sensible sur le thème du droit, de la philosophie du droit, du droit à la philosophie du droit ».

Jacques DERRIDA, *Du droit à la philosophie*¹.

« Il eût été à désirer que de tous les livres faits sur les lois, par Bodin, Hobbes, Grotius, Puffendorf, Montesquieu, Barbeyrac, Burlamaqui, il en eût résulté quelque loi utile, adoptée dans tous les tribunaux de l'Europe, soit sur les successions, soit sur les contrats, sur les finances, sur les délits, etc. Mais ni les citations de Grotius, ni celles de Puffendorf, ni celles de l'Esprit des lois, n'ont jamais produit une sentence du Châtelet de Paris, ou de l'Old Bailey de Londres. On s'appesantit avec Grotius, on passe quelques moments agréablement avec Montesquieu ; et si on a un procès, on court chez son avocat ».

VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*².

Lorsque j'ai commencé mon doctorat sous sa direction, Guy Haarscher m'a raconté comment son destin avait croisé celui de Chaïm Perelman. Tandis qu'il achevait une thèse de philosophie, passionné comme le voulait l'époque par Sartre, Marx ou Hegel, Perelman lui aurait suggéré de s'intéresser de plus près à la philosophie du droit. Or Guy Haarscher m'a confié que non seulement il ignorait tout de la discipline à ce moment-là, mais aussi qu'il ne concevait pas à quel titre les pratiques juridiques pourraient présenter un quelconque intérêt pour la pensée. Il y consacra pourtant sa carrière, goûtant peu à peu à la philosophie du droit, mais aussi au droit – ses lois, sa jurisprudence –, assumant ainsi une part de l'héritage de Perelman au sein du Centre de recherches qu'il contribua à fonder.

Ce peu de goût pour les formes juridiques affiché au premier abord par le jeune philosophe était-il seulement le fait des circonstances ou, plus profondément, le signe d'une certaine vision du droit portée par la philosophie classique, contre laquelle

¹ J. DERRIDA, *Du droit à la philosophie*, Paris, Galilée, 1990, p. 529.

² VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, « L'esprit des lois ».

Perelman³ et certains de ses contemporains, comme Michel Villey, tentaient de réhabiliter des modèles antiques allant d'Aristote à la rhétorique ? Cette approche du droit, qu'aurait adoptée le jeune Haarscher avant de rencontrer Perelman, associerait une idéalisation du droit – une sacralisation de la loi, notamment – et un mépris de ses incarnations concrètes – et en particulier de la pratique judiciaire. Autrement dit, l'approche du droit dominant la philosophie jusqu'au XX^e siècle pourrait être qualifiée sinon d'anti-juridisme, au moins « d'anti-judiciarisme » nourri de sa méfiance à l'égard des juges et, partant, de la mise en œuvre concrète du droit.

Je me propose donc de revenir sur cette posture intellectuelle qui, si elle a connu quelques exceptions (notamment chez Aristote), illustre assez bien l'esprit philosophique tel qu'il se définit depuis Platon. J'espère ainsi rendre hommage au travail au long cours de Guy Haarscher, à cette philosophie du droit capable de s'intéresser non seulement aux idées mais aussi à la pratique et aux institutions.

Perelman prétendait que les philosophies rationalistes comme les philosophies « anti-rationalistes », dans leur grande majorité, ont ignoré les rationalités juridiques. Les premières auraient en effet écarté la pratique du droit, en particulier la pratique judiciaire et la rhétorique, en raison de leur faillibilité et de leur lien aux apparences, et lui auraient préféré les idées et les concepts. La recherche fondatrice « de l'Être, de la Vérité, du Bien et de la Justice absolus »⁴ qui définit selon Perelman la philosophie rationaliste l'aurait isolée de toutes considérations de la pratique concrète du droit et des institutions qui, contrairement aux idéaux philosophiques, visent essentiellement « à organiser sur terre, avec un minimum de violence, une société d'hommes avec leurs défauts et leurs défaillances »⁵.

Les philosophies dites « anti-rationalistes », quant à elles, auraient dénoncé le pouvoir du droit dont les rationalités ne seraient que les masques, et auraient ainsi disqualifié par principe l'ensemble des formes juridiques, adhérant selon Perelman au même idéal absolutiste que les philosophies rationalistes : « Pascal trouve la preuve de la faiblesse et de la déchéance de l'homme dans ses variations concernant le vrai et le juste »⁶. La tradition philosophique, en d'autres termes, aurait selon Perelman rejeté la faillibilité humaine et avec elle le droit et la justice qui en sont les traces⁷.

³ A plusieurs reprises, ce dernier constate en effet que « bien rares sont les philosophies qui font quelque place au processus de l'élaboration et de l'application du droit », trop préoccupées qu'elles sont par la construction de systèmes idéaux qui, par définition, rendraient les techniques juridiques superflues. C'est pourquoi, note Perelman, les utopies philosophiques méprisent toujours les institutions concrètes. Au contraire, Perelman entend défendre un modèle de rationalité issu de la pratique du droit et de la rhétorique, qu'il veut rénover et réhabiliter après plusieurs siècles de discrédit philosophique.

⁴ C. PERELMAN, *Ethique et droit*, 2^e éd., Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2012, p. 437.

⁵ *Ibid.*, p. 439.

⁶ *Ibid.*, p. 438.

⁷ La confrontation entre les aspirations philosophiques à une justice absolue, d'une part, et la faillibilité des décisions de justice, d'autre part, expliquerait même une forme de désintérêt des philosophes à l'égard des formes juridiques et, en conséquence, une ignorance même de leur rationalité propre.

Dans deux articles aux titres évocateurs ⁸, Perelman attribue donc à la philosophie « en général » une « attitude d'incompréhension, et même de mépris, à l'égard du droit, de ses auxiliaires et de ses œuvres » ⁹. L'analyse de cet anti-juridisme proposée par Perelman s'appuie en outre sur une critique de la raison moderne, trop largement inspirée selon lui des mathématiques, et à laquelle il entend substituer les modèles de rationalité issus de l'argumentation. Son analyse a donc vocation à justifier un retour aux anciens contre la philosophie moderne, confinant ainsi parfois à la caricature. Perelman interprète par exemple la modernité philosophique comme un moment de rejet du droit et du discours juridique, alors même que cette modernité peut à juste titre être perçue comme le triomphe d'un certain « juridisme », étant donnée l'importance accordée dans la philosophie politique aux notions comme l'Etat de droit, la constitution, la paix, les droits de l'homme ou tout simplement le contrat social. De même, il paraît étrange de penser l'Antiquité à l'abri de l'anti-juridisme dénoncé par Perelman, alors même qu'il y trouve un fondement puissant dans la métaphysique platonicienne ¹⁰, comme j'essaierai de le montrer dans la suite.

Il faut donc préciser davantage l'anti-juridisme visé par Perelman, qui serait propre à la philosophie en tant que discipline mais qui trouverait son apogée à la modernité, et que cet article vise à mettre en lumière. Pour l'essentiel, cet anti-juridisme se fonde sur une incompatibilité entre l'idéal et la réalité du droit (que les philosophes prétendent se placer du côté de l'un ou de l'autre ¹¹), et il débouche sur une méfiance profonde à l'égard des institutions judiciaires qui incarnent ou illustrent cette incompatibilité. A ce titre, cet anti-juridisme spécifique culmine bien à la modernité, mais n'en est pas moins fondé métaphysiquement dans l'origine même de la philosophie.

Le dualisme platonicien, en distinguant radicalement le monde des idées et le monde des apparences, instaure en effet une tension insurmontable entre la vie intellectuelle et les affaires humaines, et en particulier entre la philosophie et la pratique du droit, que Platon déclare incompatibles : tandis que le philosophe cherche la vérité, le juge et l'avocat exercent un pouvoir qui ne repose que sur des apparences et dont la rhétorique est l'instrument.

Cette dichotomie entraîne une distorsion entre le concept de justice et son institution. Elle nourrit également la représentation du philosophe qui consacre sa vie aux idées mais dont la grande masse se moque, tant son discours est occulte et paraît

⁸ « Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe » et « Ce que le philosophe peut apprendre par l'étude du droit » (C. PERELMAN, *op. cit.*, p. 437-449 et 450-466).

⁹ C. PERELMAN, *op. cit.*, p. 438. Car « [l]a société idéale, ignorant les contestations, n'a besoin ni de lois ni de juges » (*Ibid.*, p. 437). Convaincu au contraire que la société humaine est traversée de discussion, de contradictions, de conflits, Perelman propose un modèle de rationalité qui se nourrirait du débat et de l'argumentation, soit le modèle du droit et, plus particulièrement, la figure du procès où se déploie toute sa rationalité à travers la rhétorique.

¹⁰ Voir *infra*.

¹¹ Alors que Platon érigeait l'idéal philosophique contre la justice incarnée et corrompue des sophistes, les critiques contemporains des droits de l'homme par exemple dénoncent, le plus souvent, le caractère idéalisé des droits fondamentaux, à la fois incompatibles avec la réalité du monde, connue du philosophe, insuffisants à réaliser leurs utopies et corrompus par la domination et l'impérialisme.

ridicule aux yeux du peuple. La langue parlée par le philosophe est incomprise des autres hommes. En retour, le philosophe ignore tout des pratiques publiques, et en particulier des usages du droit comme institution. Ainsi, dans le *Théétète*, Platon fait-il dire à Socrate qu'« il est naturel que ceux qui ont passé beaucoup de temps à l'étude de la philosophie paraissent de ridicules orateurs lorsqu'ils se présentent devant les tribunaux (...). Il semble en effet que ceux qui ont, dès leur jeunesse, roulé dans les tribunaux et les assemblées du même genre, comparés à ceux qui ont été nourris dans la philosophie et dans les études de cette nature, sont comme des esclaves en face d'hommes libres »¹².

Le constat de l'inaptitude juridique du philosophe est donc doublée d'une dépréciation instantanée des métiers juridiques. Cette critique n'est pas accidentelle mais structurelle : avec Platon, la philosophie se définit précisément par opposition au droit, contre la justice pensée comme institution. Le philosophe est l'homme libre qui n'a pas cédé aux séductions du pouvoir, qui ne s'est pas rendu esclave de la rhétorique, de cette argumentation creuse qui vide les idées de leur substance pour ne considérer que les apparences. Socrate explique ainsi à Gorgias le sophiste : « L'orateur n'est pas l'homme qui fait connaître, aux tribunaux, ou à toute autre assemblée, ce qui est juste et ce qui est injuste; en revanche, c'est l'homme qui fait croire que le juste, c'est ceci et l'injuste, c'est cela, rien de plus »¹³. C'est donc en raison d'un fondement métaphysique que les avocats, ainsi que les juges, sont perçus comme des esclaves¹⁴. Ainsi a pu s'installer et durer un certain mépris de la philosophie envers le monde judiciaire, suscité chez Platon par deux circonstances particulières.

Tout d'abord, l'opposition propre à la cité grecque entre les philosophes et les sophistes. Cette opposition définit la philosophie qui naît et se construit contre les sophistes, ces orateurs habiles, habitués aux assemblées et aux tribunaux, capables de convaincre leur auditoire, et qui professent leur savoir contre rémunération. Les sophistes se méprennent en se consacrant aux intrigues humaines, futiles et vaines, tandis que les philosophes, eux, vouent leur vie à la recherche de la sagesse.

La seconde explication à la position de Platon à l'égard du droit et de la justice est à chercher dans le procès de Socrate. Socrate a fait l'objet d'accusations qui remettaient en question sa loyauté envers la cité athénienne. Il aurait corrompu la jeunesse et perturbé l'ordre social athénien. Et Socrate est condamné à mort. Cette seule condamnation justifie aux yeux de Platon le rejet des pratiques juridiques. Ou plutôt ce procès ne peut avoir lieu qu'en vertu du divorce de la justice, comme idéal, et du droit, comme pratique concrète, c'est-à-dire en raison d'une séparation de la vérité et du jugement, de la philosophie et des affaires humaines. Car pour Platon, Socrate

¹² PLATON, *Théétète*, 172a-172d, Paris, Flammarion, 1967, p. 107.

¹³ PLATON, *Gorgias*, 454e-455a, Paris, Garnier-Flammarion, 1993, p. 141. Platon fait également dire à Gorgias que « le bien suprême, cause de la liberté et principe du commandement est le « pouvoir de convaincre, grâce aux discours, les juges au Tribunal » (*Ibid.*, 452d-453b, p. 135).

¹⁴ Socrate précise : les débats du procès « ne sont jamais sans conséquence », les acteurs poursuivent toujours un but. L'intérêt y est omniprésent, et l'esprit de ses acteurs est corrompu : ils s'imaginent habiles et sages, alors qu'ils ont perdu la justice et la vérité.

est évidemment innocent. Socrate a été condamné par des esclaves, des hommes soumis à leurs passions, leurs intérêts, leur avidité de pouvoir.

Le récit que fait Platon du procès de Socrate a pour fonction de mettre en lumière de façon tragique l'incapacité du jugement humain à rendre la vraie justice. Platon montre un Socrate libre, qui ne craint pas de mourir, pour autant que sa mort lui permette d'être fidèle à lui-même, en particulier à ses principes de justice. Socrate refuse pour cette raison le conseil d'un avocat professionnel : il a toujours dénoncé la rhétorique comme pratique de dissimulation et de manipulation, pourquoi y ferait-il soudain appel ? Socrate se pense innocent, il n'a pas besoin de plus d'argument que son innocence elle-même.

En décrivant un Socrate à la fois pur et naïf, Platon cherche à démontrer la contradiction entre les pratiques juridiques et argumentatives, d'une part, et la vérité et la justice, d'autre part. Platon souligne que Socrate ne maîtrise pas l'argumentation juridique pour renforcer l'abîme qui sépare justement la pratique de la philosophie de l'enceinte judiciaire : « Sachez-le, c'est aujourd'hui la première fois que je comparais devant un tribunal, et j'ai plus de soixante-dix ans, déclare Socrate ; aussi je suis véritablement étranger au langage qu'on parle ici. (...) Je vous demande aujourd'hui de ne pas prendre garde à ma façon de parler, qui pourra être plus ou moins bonne, et de ne considérer qu'une chose et d'y prêter toute votre attention, c'est si mes allégations sont justes ou non ; car c'est en cela que consiste le mérite propre du juge ; celui de l'orateur est de dire la vérité »¹⁵.

Mais Socrate est condamné. Pour Platon, c'est l'ignorance des hommes et leur goût pour les apparences qui les font succomber aux charmes de la rhétorique et mener des procès qui ne sont que des parodies de justice. Ainsi l'institution a-t-elle seulement l'apparence de la justice, mais en réalité elle n'est pas juste. Elle a condamné un Socrate innocent.

Cette expérience fondatrice pour la philosophie va l'entraîner dans une voie de méfiance à l'égard du discours juridique et plus largement de la fragilité politique. Selon Platon, la vraie justice relève de l'idée. C'est une justice parfaite, absolue, en vertu de laquelle jamais un innocent ne pourrait être condamné. L'expérience du procès de Socrate conduit donc Platon à énoncer, sous la forme d'un mythe, les conditions d'une juste justice, à savoir le recours à des juges qui seraient délivrés des apparences. Platon affirme le caractère mythologique de son modèle de justice en rapportant, par la bouche de Socrate, les propos de Zeus : « A présent en effet les sentences des juges sont de mauvaises sentences : c'est que les gens que l'on juge sont jugés tout habillés, puisqu'ils sont jugés vivants. (...) Aussi les juges se laissent-ils éblouir (...) attendu que, en même temps, c'est tout habillés, eux également, qu'ils prononcent leur sentence (...). Il faut qu'on juge complètement mis à nu de tout cela :

¹⁵ PLATON, *Apologie de Socrate*, 17d-18d, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, p. 27-28. Face au déroulement du procès, Socrate apparaît donc volontairement naïf. Pourquoi aurait-il besoin de la rhétorique, alors qu'il se défend avec la vérité et l'idée de justice pour seuls guides ? « S'il s'agit de se défendre lorsqu'on est accusé d'une injustice qu'on a soi-même commise, (...) la rhétorique ne nous sera d'aucune utilité. (...) Il faut donc se forcer, soi-même et les autres, à ne pas être épouvanté à l'idée de la punition, mais à vouloir se livrer à la justice, plein de confiance et de courage » (PLATON, *Gorgias*, 480a-c, *op. cit.*, p. 207).

c'est une fois morts, en effet, qu'ils devront être jugés, et le juge devra, lui aussi, avoir été mis à nu et être mort »¹⁶.

Platon dresse ainsi le tableau du juge idéal, capable de se dépouiller des apparences. Pour illustrer cette exigence, il utilise le symbole des vêtements qui masquent, qui cachent la réalité. Au contraire, pour bien juger il faudrait être nu, et « nu » chez Platon signifie plus spécifiquement « sans corps », le corps étant une apparence qui voile à l'esprit la réalité. Pour Platon, le bon magistrat jugerait donc seulement avec l'esprit, « sans yeux et sans oreilles »¹⁷. C'est la raison pour laquelle Platon recourt à un mythe : en réalité, aucun homme n'est sans corps, à moins d'être mort. Au fond, seul un mort peut faire preuve d'une telle impartialité, où il jugerait en pur esprit rationnel.

Chaïm Perelman, dans sa critique de l'anti-juridisme philosophique, s'attaque principalement à la philosophie moderne, par opposition aux modèles anciens de rationalité. Pourtant, se dévoile chez Platon un fondement sûr de la distorsion entre idéal et réalité du droit, qui traversera l'histoire de la philosophie sous la forme d'une méfiance à l'égard de la pratique judiciaire et, plus généralement, de toutes les mises en œuvre du droit.

Certains philosophes s'étonneront peut-être de voir Platon ainsi placé au fondement d'un anti-juridisme, tant sa pensée des lois a marqué la philosophie politique. Mais précisément : Platon réduit le droit à la loi et, en même temps, souligne les imperfections de la loi des hommes. La combinaison de deux principes – sacralisation de la loi idéale, imperfection de la loi ordinaire – conduit Platon à une « dévalorisation certaine de l'art judiciaire »¹⁸ et le pousse à conclure que « la fonction des juges n'a de sens que dans les constitutions imparfaites »¹⁹, ce qui n'est pas sans rappeler le reproche qu'adresse Perelman à la tradition rationaliste²⁰. Autrement dit, c'est plutôt d'anti-judiciarisme que d'anti-juridisme qu'il faut ici parler, même si cette conception de la pratique judiciaire présuppose une certaine vision du droit, une vision idéalisée peu compatible avec la réalité des pratiques. Or cette vision, à terme, peut entraîner une réaction sceptique et déboucher sur un anti-juridisme proprement dit.

C'est bien cette dévalorisation des pratiques judiciaires qui se maintient au fil des siècles, y compris dans le christianisme qui, en radicalisant la transcendance de Dieu, établit bel et bien « entre justice divine et justice humaine un hiatus insurmontable »²¹. La scission pensée par Platon entre l'institution de la justice et la

¹⁶ PLATON, *op. cit.*, p. 115-117.

¹⁷ *Ibid.*, p. 116.

¹⁸ P. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe. Essai sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, 2008, p. 22.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Autrement dit, Platon ne s'intéresse aux lois que dans la mesure où elles incarnent la constitution parfaite d'une cité idéale, et non le droit tel qu'il est.

²¹ R. JACOB, « Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne », in *Histoire de la justice*, 4, 1991, p. 55. Les rituels judiciaires médiévaux, tels l'ordalie, auraient alors pour fonction de dresser un pont entre justice humaine et justice divine, en témoignant de la présence de Dieu dans le procès, et en légitimant ainsi la justice humaine elle-même. L'interdiction de ces pratiques à partir du XII^e siècle signale une profonde

vraie justice, est transformée par le christianisme en scission de la justice extérieure et de la justice intérieure. La vraie justice est intérieure, et elle s'oppose à la justice pharisaïque : « A l'extérieur, et pour les hommes, vous paraissez justes ; à l'intérieur vous êtes plein de comédie et d'iniquité »²². Et Dieu seul, bien sûr, est juge de cette justice intérieure (« Comme vous jugez vous serez jugés »).

Dans *Les pensées*, Pascal prolongera la distinction platonicienne entre le droit, comme ensemble de règles, et la justice, comme idéal moral, pour en tirer une interprétation empreinte de scepticisme. Pascal oppose en effet la justice, qui ne peut être fondée rationnellement, aux lois, qui n'ont pas d'autre fonction que l'ordre. Le droit est une force qui se fait passer pour juste. La vraie justice n'y a donc de place que par son absence. Mais c'est dans l'ordre des choses que la force domine, l'illusion étant, pour les hommes, de croire qu'ils peuvent y échapper d'une façon ou d'une autre. La domination de la force est conséquente au concept de justice : elle est liée à son impuissance, c'est-à-dire son incapacité à fonder une réalité. Pour Pascal, le peuple doit donc obéir aux lois en croyant qu'elles sont justes (c'est parce qu'elles sont des lois qu'il faut les penser justes).

Pascal critique aussi la prétention de la raison humaine à vouloir fonder des lois justes (critique du droit naturel). Cette critique pascalienne, on le comprend, si elle reprend le hiatus entre justice idéale et lois humaines, se distingue de l'anti-juridisme platonicien. Alors que, chez Platon, Calliclès dénonce le faux droit qui cache le vrai droit et attribue au philosophe la tâche de retrouver la vraie justice, Pascal interprète le droit des hommes comme une image troublée et dégradée du droit, qui a pour cause la concupiscence des hommes, la seule vraie justice étant celle de Dieu (si bien que seule la foi, et non la loi, peut nous sauver du péché). De même, la raison ne peut être législatrice, seul Dieu peut l'être. C'est la raison pour laquelle les hommes ne peuvent reconnaître la vraie justice, qui est une, alors que les justices en réalité sont multiples. « Plaisante justice, qu'une rivière borne ! – Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà »²³.

Mais revenons à Platon. C'est dans la *Politique* que Platon pointe la nature imparfaite de la loi : étant toujours générale, elle peut être mal appliquée. On retrouve l'idée chez Aristote qui, toutefois, en tire la preuve de la construction empirique et inductive du savoir pratique : un médecin ne soigne que des cas particuliers, mais c'est son expérience des maladies qui lui indique comment appliquer, dans chaque cas, son savoir médical théorique. A ce modèle du médecin, fréquemment invoqué par Aristote, que ce soit dans la *Métaphysique*²⁴ ou dans l'*Ethique à Nicomaque*,

restructuration de la pratique judiciaire, qui implique notamment un transfert de la fonction de juger de Dieu aux hommes, les juges héritant ainsi d'une fonction largement sacralisée qui, selon Robert Jacob, persiste encore aujourd'hui.

²² MATTHIEU, XXIII, 28.

²³ B. PASCAL, *Les pensées*, t. 1, Paris, A. Molinier, 1877, p. 92.

²⁴ Par exemple : « Le médecin, qui soigne un malade, ne guérit pas l'homme, si ce n'est d'une façon détournée ; mais il guérit Callias, Socrate, ou tel autre malade affligé du même mal, et qui est homme indirectement. Il s'ensuit que si le médecin ne possédait que la notion rationnelle, sans posséder aussi l'expérience, et qu'il connût l'universel sans connaître également le particulier dans le général, il courrait bien des fois le risque de se méprendre

s'oppose le modèle platonicien du philosophe-roi. A l'inverse du médecin, le philosophe-roi ne s'intéresse qu'aux idées générales. Mais sa sagesse suprême en fait le meilleur des souverains et surtout, dans l'esprit de Platon, est de nature à garantir les meilleures lois possibles. Aussi Platon ne tire pas de l'imperfection des lois la nécessité de l'exercice de la *phronesis*, telle qu'on la trouve sous les traits du médecin chez Aristote. Au contraire, c'est de la perfectibilité des lois, dès lors qu'elles seraient produites par un philosophe, que doit venir leur légitimité et, surtout, leur correcte application. Autrement dit, c'est de la puissance législatrice du philosophe que dépend entièrement la validité des lois. Comme si toute la justice, en quelque sorte, devait être réglée en amont.

Si, dans le *Gorgias*, Platon pense la justice idéale comme une justice désincarnée, c'est donc de manière figurée, pour affirmer la supériorité de la philosophie et faire de la sagesse philosophique le préambule nécessaire à l'exercice correct des facultés pratiques. Pourtant, cette approche du droit et de la justice va dépasser la métaphysique platonicienne et même la philosophie pour s'incarner dans la lecture officielle de Montesquieu. Ce dernier n'exige-t-il pas que les magistrats jugent comme des machines ? « Les juges de la Nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »²⁵.

Même si ces paroles célèbres de Montesquieu, une fois isolées de leur contexte, ne sauraient résumer la pensée juridique du magistrat bordelais²⁶ (beaucoup moins hostile aux juges que ces propos ne le laissent entendre), elles illustrent néanmoins une forme de credo officiel de la modernité. Les différents dispositifs qui caractérisent l'ordre juridique moderne partagent en effet l'objectif de soumettre la décision du juge à la loi, en continuité avec les fondements de la philosophie platonicienne. L'idée fondamentale est en effet de soumettre la décision des hommes, faillible et fluctuante, à un droit déjà donné, dont on pourrait déduire une solution à tout litige, sans faire intervenir, précisément, ni l'interprétation, ni l'argumentation, ni les justes mesures.

dans sa médication, puisque, pour lui, c'est le particulier, l'individuel, qu'avant tout il s'agit de guérir » (*Métaphysique*, A, 1981a-b). Kant, de son côté, en tire la nécessité de l'exercice de la faculté de juger : « Un médecin, un juge ou un homme politique peuvent avoir beaucoup de belles règles pathologiques, juridiques ou politiques, à un degré qui peut en faire de solides professeurs en ces matières, et pourtant faillir aisément dans leur application » (KANT, *Critique de la faculté de juger*, in *Œuvres complètes*, vol. II, Paris, Gallimard, coll. de la Pléiade, 1985, p. 881).

²⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois I*, livre XI, chap. VI, Paris, Flammarion, 1979, p. 301.

²⁶ Voir notamment G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, Paris, PUF, 1993. Selon Timsit, Montesquieu ferait l'objet d'une lecture officielle voulue par les révolutionnaires mais infidèle à l'esprit de son œuvre. En effet, la vulgate révolutionnaire, qui se réclame de Montesquieu, consiste à nier tout pouvoir normatif du juge. Elle s'inscrit dans l'idéologie régnante du XVIII^e siècle et, avec Beccaria, devient la lecture orthodoxe du rôle du juge : le juge ne peut interpréter les lois puisqu'il n'est pas législateur. Timsit souligne que cette interprétation de Montesquieu n'est pas la seule possible. Car l'idéal révolutionnaire sur lequel repose cette interprétation étroite implique en lui-même une séparation rigide des pouvoirs, telle que la tâche du juge, pour préserver la légitimité de l'Etat, apparaît comme mécanique.

Chez les modernes comme chez Platon, il faut bien reconnaître qu'il s'agit pour l'essentiel d'une représentation idéalisée et non descriptive. Mais le mythe philosophique connaît toutefois sa transposition dans le discours politique et idéologique. Cette approche des institutions, depuis la Révolution française, est en effet présentée comme une solution à l'absolutisme corrompu, voire même, progressivement, comme l'expression du positivisme juridique. Autrement dit, cette approche des institutions a dépassé le champ philosophique pour fonder le droit moderne. Tout se passe donc comme si ce droit incarnait l'idéal juridique des Lumières, gommant par là-même son statut philosophique initial, là où Platon avait limité la « faisabilité » de son modèle en recourant ouvertement à un mythe. De façon discrète mais certaine, c'est aussi le moment où les juristes s'émancipent de la philosophie, au grand dam d'auteurs comme Michel Villey : « Je tiens que la plupart des juristes français ont le plus grand tort de se défier de cette discipline (la philosophie du droit). (...) Personne n'est sans philosophie, et ce qui ne cesse de m'étonner est que tant de mes collègues juristes s'imaginent pouvoir se passer de philosophie »²⁷. Les juristes auraient ainsi tenté de réduire le hiatus constitutif selon Platon entre idéal et réalité du droit.

Philippe Raynaud souligne à juste titre ce paradoxe : d'une part, la passion du droit que connaît aujourd'hui notre société²⁸ se présente comme un rationalisme et même un retour aux Lumières et, d'autre part, « les Lumières, longtemps suivies sur ce point par la pensée démocratique, ont été plutôt méfiantes à l'égard des juges »²⁹. La Révolution française marque ainsi le point d'orgue d'une tradition de pensée profondément anti-judiciaire. Cet anti-juridisme, qui vise spécifiquement les juges, cohabite avec une sacralisation de la loi, omniprésente dans le discours révolutionnaire, comme le rappelle cet extrait célèbre du Discours sur la Constitution de Saint-Just : « Hors des lois, tout est stérile et mort ». L'idéal révolutionnaire est bien celui d'un droit qui permettrait qu'on se passe des juges³⁰.

Cet anti-juridisme, qui poursuit la critique platonicienne sans en emprunter ouvertement la métaphysique, est nourri par une méfiance des corporations qui s'est durablement installée en Occident à partir de la fin du Moyen Âge. A l'aube de la Révolution française, les magistrats incarnent précisément une corporation qui

²⁷ M. VILLEY, « Préface historique », *Archives de philosophie du droit*, 25 (« L'utile et le juste »), Paris, Sirey, 1981, p. 1.

²⁸ Voir *infra*.

²⁹ P. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 103.

³⁰ Ainsi parlait Voltaire : « Que toute loi soit claire, uniforme et précise : l'interpréter, c'est presque toujours la corrompre » (*Dictionnaire philosophique*, « Lois civiles et ecclésiastiques »).

jouit de privilèges et qui au mieux juge au hasard³¹, au pire sert des intérêts bien particuliers³².

L'Ancien Régime est en effet caractérisé par une série d'abus des juges, illustrée par exemple par le commerce des offices : dans l'Ancien Régime, en raison de ses besoins financiers, la monarchie a vendu un certain nombre de charges publiques. Ainsi détenteur de son office, le juge se garantissait l'indépendance mais occupait et transmettait à ses héritiers un pouvoir acquis par l'argent et non par le mérite : « Quoi ! », s'écrie Voltaire, « parce que les folies de François I^{er} avaient dérangé ses finances, il fallait qu'il vendît à de jeunes ignorants le droit de décider de la fortune, de l'honneur et de la vie des hommes ! (...) Ce monstre (la vénalité des charges) est né de la prodigalité d'un roi devenu indigent, et de la vanité de quelques bourgeois dont les pères avaient de l'argent. On a toujours attaqué cet infâme abus par des cris impuissants, parce qu'il eût fallu rembourser les offices qu'on avait vendus. Il eût mieux valu mille fois, dit un grand jurisconsulte, vendre le trésor de tous les couvents et l'argenterie de toutes les églises, que de vendre la justice »³³. En outre, la pratique a entraîné une prolifération des magistrats et devient donc propice à ce qu'on qualifierait aujourd'hui d'esprit procédurier. Dans ce contexte, l'autorité des juges a le plus souvent été représentée par les philosophes des Lumières comme un frein à la démocratie³⁴.

Plus encore, les modernes nourrissent la conviction que les disputes et controverses au sujet de l'interprétation des lois sont en soi le signe d'un arbitraire : « Chaque fois que deux hommes portent sur la même chose des jugements contraires, affirme Descartes, il est sûr que l'un ou l'autre au moins se trompe »³⁵. C'est précisément ce que les Modernes reprochent aux Anciens : avoir fondé la raison sur le modèle du procès, du débat contradictoire, au sein duquel des thèses s'affrontent et triomphe le meilleur argument, mais où la contradiction est en soi le signe d'une erreur. Ces discussions interminables révèlent en outre un désordre : les lois devraient s'imposer à l'esprit comme des évidences. Ce désordre qui règne en droit devrait donc être compensé par une rationalisation du droit – à laquelle on doit l'idée même de « système juridique » – qui vise à ce que, quel que soit le juge, on puisse être jugé de la même façon. Or, constatent les modernes, on en est loin. Ainsi Voltaire dénonce-t-il la fluctuation des jugements : « Le lendemain mon procès fut jugé en une chambre

³¹ On peut citer, à titre d'exemple, la façon dont Montaigne, dans le *Tiers Livre*, au chapitre XXXVI (« Comment Pantagruel assiste au Jugement du Juge Bridoye, lequel sentençait les procès au sort des dés »), illustre la justice de son temps à travers la figure du juge Bridoye qui, d'une part, rend justice en lançant un dé mais, en outre, habille ses décisions hasardeuses de citations savantes latines, en référence notamment au code justinien.

³² Ainsi Beccaria ouvre-t-il les premières pages *Des délits et des peines* : « Les hommes abandonnent le plus souvent le soin de régler les affaires les plus importantes à la prudence du moment ou à la discrétion de ceux dont l'intérêt est de s'opposer aux lois les plus sages » (C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Paris, Editions Cujas, 1966, p. 63).

³³ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, « De l'esprit des lois ».

³⁴ Du moins jusqu'à ces dernières décennies, où nous avons connu l'excès inverse : les juges sont devenus les gardiens de la démocratie et, pour certains, ses seuls vrais défenseurs.

³⁵ DESCARTES, *Règles pour la direction de l'esprit*, Paris, Vrin, 1996, p. 6.

du parlement, et je perdis tout d'une voix ; mon avocat me dit que je l'aurais gagné tout d'une voix en une autre chambre. « Voilà qui est bien comique, lui dis-je ; ainsi donc, chaque chambre, chaque loi. – Oui, dit-il, il y a vingt-cinq commentaires sur la coutume de Paris ; c'est-à-dire on a prouvé vingt-cinq fois que la coutume de Paris est équivoque ; et s'il y avait vingt-cinq chambres de juges, il y aurait vingt-cinq jurisprudences différentes » »³⁶.

L'argument avancé par les Lumières est alors assez simple : il faut substituer au modèle théologique de la dispute – qui suppose le recours aux autorités de la tradition – le modèle logico-déductif des mathématiques et ramener ainsi « la Raison juridique à la Raison mathématique »³⁷. En amont, il s'agit de classer le droit, de l'organiser en tout cohérent, c'est-à-dire en système afin de pouvoir, idéalement, l'embrasser d'un seul regard. C'est alors le modèle géométrique qui domine, rappelant la célèbre formule de Platon inscrite à l'entrée de l'Académie : « Que nul n'entre ici s'il n'est géomètre ». Et de fait, l'ambition d'organiser le droit à la manière des géomètres, *more geometrico*, témoigne du souci des philosophes modernes, comme Spinoza par exemple, de soustraire les affaires humaines aux incertitudes et à l'arbitraire qui les distinguent naturellement en leur offrant une structure déductive et purement logique qui domine en aval. Jean Domat, inspiré par Descartes, rédige également *Les lois civiles dans leur ordre naturel* dans le but de proposer une présentation géométrique du droit, ainsi qu'il le précise dès la préface : « Le dessein qu'on s'est proposé dans ce livre est donc de mettre les lois civiles dans leur ordre, de distinguer les matières du droit et les assembler selon le rang qu'elles ont dans le corps qu'elles composent naturellement ; *diviser* chaque matière selon ses parties ; et ranger en chaque partie le détail de ses définitions, de ses principes et de ses règles, n'avançant rien qui ne soit ou clair par soi-même ou précédé de tout ce qui est nécessaire pour le faire entendre »³⁸. Le projet de jurisprudence rationnelle de Leibniz, de même, illustre le souci d'éliminer du droit la controverse : Leibniz entreprend en effet de rassembler sous forme de tableau synthétique l'ensemble des règles de droit en vigueur, espérant ainsi offrir aux magistrats une solution claire et unique pour chaque situation qui se présenterait à eux³⁹.

Même si ce projet n'a pas abouti comme tel, la mise en place du code civil en France au XIX^e siècle, influencé d'ailleurs par l'œuvre de Domat, répond à ce type de préoccupation : ordonner les lois de telle sorte que la solution à tout litige soit prévu par le code, accessible de façon claire à l'esprit du magistrat, et que le droit dans son ensemble soit appliqué de façon uniforme. Les décisions de justice doivent ainsi – du moins idéalement – être identiques quel que soit le juge qui les rend. C'est pourquoi le pouvoir personnel du juge est volontairement rendu invisible. « La puissance de juger,

³⁶ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, « Lois ».

³⁷ J. LENOBLE « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in Id. (éd.), *La crise du juge*, Paris, LGDJ, 1996, p. 140.

³⁸ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, in *Œuvres complètes*, t. 1, Paris, Firmin-Didot, 1928, p. 6.

³⁹ Logicien et juriste, Leibniz se réfère sans cesse aux *Eléments* d'Euclide. Voir notamment G. W. LEIBNIZ, *Le droit de la raison*, Paris, Vrin, 1994.

si terrible parmi les hommes, (...) devient pour ainsi dire invisible et nulle »⁴⁰. Non seulement l'action du juge est sans effet sur le sens des lois, mais il faut même que le pouvoir du juge soit radié du monde des apparences : il doit disparaître. « Ce mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue »⁴¹, clamait Robespierre.

Les approches philosophiques du droit proposées par les Lumières ont donc entraîné une vision extrêmement appauvrie de l'acte de juger, pendant longtemps admise par la majorité des juristes : le syllogisme judiciaire. Même si on reconnaît aujourd'hui qu'il ne correspond pas au raisonnement réel du juge, le syllogisme continue à en constituer souvent le canevas formel, du moins dans la tradition civiliste⁴². C'est ce modèle que décrit Max Weber comme le *Paragaphen Automat* : « Le juge réduit à l'interprétation des paragraphes et des contrats, travaillant comme un automate dans lequel on jetterait les faits et les frais de justice et qui cracherait le jugement et les motifs »⁴³.

On peut donc sans difficulté admettre, avec Philippe Raynaud, qu'au sein de la modernité politique « le juge est le grand perdant »⁴⁴. Les pensées ultérieures, comme celles de Marx par exemple, pourront remettre en cause les principes libéraux de l'ordre juridique moderne, mais jamais ni le rôle qu'y joue le juge ni l'opposition platonicienne entre loi idéale et justice humaine. En effet, bien que Marx voie dans la loi un élément d'émancipation, il dispose d'un grand nombre d'arguments sceptiques à l'égard de la justice positive. La société sans classe, par exemple, telle que visée par la révolution, est nécessairement une société sans droit et sans magistrat. Le droit sert d'ailleurs principalement à dominer, car il produit une représentation de la réalité qui cache la vraie nature des rapports de force et ce au service de la classe dominante (que les hommes naissent libres et égaux en droit, par exemple, est faux en réalité).

Aussi la mise en œuvre concrète du droit, ce qui se passe au procès, l'argumentation ou le rituel qui y sont déployés, concernent encore moins les marxistes qu'ils n'ont

⁴⁰ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 330.

⁴¹ « Dans un Etat qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre que la loi » (ROBESPIERRE, *Œuvres*, Discours 1789-1790, séance du 18 novembre 1790, Assemblée nationale, tome VI, Paris, Ed. du Miraval, 2007, p. 583).

⁴² Le syllogisme judiciaire consiste à découper le jugement en trois parties. La majeure, générale, exprime la loi. La mineure, particulière, représente les faits. La conséquence, qui résulte de l'application de la majeure à la mineure, constitue la décision proprement dite. Dans cette façon d'opérer, de formaliser le jugement, le rôle du juge est considérablement restreint : il doit juger la vérité des faits particuliers, mais il ne peut interpréter la loi. Sa tâche est strictement logique ou mécanique : il applique la loi à des faits qu'il est chargé d'évaluer. Les thèses de Beccaria prolongent ainsi une distinction qui remonte au droit romain et à la rhétorique, opposant les questions de faits, rationnelles, aux questions de droit. Hume, lui aussi, reprend cette distinction en faisant des questions de fait l'objet de la raison et en soumettant les questions de droit à l'approbation et au blâme. Toutefois, Beccaria limite le jugement à l'établissement des faits par la raison, tandis que Hume jugeait précisément indispensables les sentiments. Dans la perspective de Beccaria, la seule façon de limiter l'arbitraire du juge, c'est justement de réduire sa tâche à une activité strictement rationnelle, dénuée d'affects, de sentiments, d'impressions.

⁴³ M. WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 286.

⁴⁴ P. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 109.

attiré l'attention des Lumières. Il faut attendre le XX^e siècle pour qu'un véritable renversement s'opère en la matière et que des philosophes de premier plan, mais aussi des sociologues et des juges eux-mêmes, s'intéressent de plus près à ces aspects⁴⁵, voire pour certains travaillent à mettre en avant la « nature juridictionnelle du droit ». Ainsi, Paul Ricœur, par exemple, se confesse-t-il de cette découverte dans *Le Juste* : « C'est ainsi que j'ai été conduit à penser que le juridique, appréhendé sous les traits du judiciaire, offrait au philosophe l'occasion de réfléchir sur la spécificité du droit, en son lieu propre, à mi-chemin de la morale et de la politique »⁴⁶. De même, Alexandre Kojève insiste sur le procès comme espace phénoménologique rendu possible par l'existence d'un tiers⁴⁷.

Alors que « l'anti-judiciarisme » des philosophes classiques et modernes se traduisait pas une méfiance à l'égard des procès, des tribunaux, des juges, cohabitant avec une sacralisation de la Loi ou des lois, c'est à contre-courant de cette forme d'anti-juridisme que certains philosophes contemporains proposent de penser le droit en partant de l'instance judiciaire, que Ricœur par exemple propose de traiter comme une « instance paradigmatique »⁴⁸. Plus profondément encore, les auteurs qui s'emparent alors du droit, non seulement réinventent la philosophie du droit, mais proposent aussi de nouveaux schèmes qui vont marquer la philosophie politique elle-même. « C'est à la critique d'origine socialiste du marxisme par Claude Lefort ou Paul Ricœur, depuis la fin des années cinquante, que l'on doit la réhabilitation du droit non seulement pour *résister* de l'extérieur aux maux spécifiques de la domination, mais aussi pour *fonder* de l'intérieur l'autonomie et la rationalité spécifique du politique », ce qui en fait une vraie « réhabilitation politique du droit »⁴⁹.

⁴⁵ Qu'on relise par exemple les mots d'Arendt lorsqu'elle écrit sur le procès Eichmann et y découvre ce qu'elle appellera plus tard elle-même la « grandeur du judiciaire » : « Les questions juridiques et morales ne sont nullement les mêmes, mais elles ont en commun de traiter de personnes, et non de systèmes ou d'organisations. C'est l'indéniable grandeur du judiciaire de devoir attirer l'attention sur la personne individuelle, même à l'époque de la société de masse, où tout le monde est tenté de se considérer comme un simple rouage dans une machine. (...) Dès lors qu'il s'agit de la personne individuelle, la question qui doit être posée n'est plus : Comment fonctionnait ce système ? mais : pourquoi l'accusé est-il devenu fonctionnaire dans cette organisation ? (...) Quand Hitler a dit qu'il espérait voir le jour où on estimerait qu'il est honteux en Allemagne d'être juriste, il s'exprimait en plein accord avec son rêve d'une bureaucratie parfaite » (H. ARENDT, *Responsabilité et jugement*, Paris, Payot, 2005, p. 87).

⁴⁶ P. RICŒUR, « Avant-propos », in *Le juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 9.

⁴⁷ Et « pour comprendre le phénomène droit, dit-il, il faut analyser la personne de ce tiers » (A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, p. 191). De même, Ricœur estime que le statut du droit apparaît « sous la figure précise du *judiciaire*, avec ses lois, ses tribunaux, ses juges, sa cérémonie du procès et, concluant le tout, le prononcé de la sentence où le *droit est dit* dans les circonstances d'une cause, d'une affaire, éminemment singulière » (P. RICŒUR, *op. cit.*). Ricœur souligne toutefois qu'il importe de rappeler à son tour que « l'acte de juger n'est pas enfermé dans l'enceinte des tribunaux » (*Ibid.*, p. 23).

⁴⁸ *Ibid.*, p. 176.

⁴⁹ O. ABEL, « Panorama de la philosophie française du droit », *Foi et Vie*, avril 2000, p. 86.

Les facteurs permettant d'expliquer ce nouveau mouvement de la philosophie sont nombreux et ne sauraient faire ici l'objet d'une analyse exhaustive. Certains d'entre eux méritent toutefois un bref détour, parce qu'ils contribuent à éclairer en partie le parcours intellectuel de Guy Haarscher.

En premier lieu, la tragédie de la Seconde Guerre mondiale et l'expérience du totalitarisme ont contribué à démontrer la fragilité de certains des idéaux modernes : rationalité de l'Etat, déclaration des droits de l'homme, suffrage universel, etc. Au lendemain de 45, les philosophes du monde occidental ont été sommés de refonder la modernité en repensant et/ou en renforçant la plupart de ses institutions. Les philosophes de l'Ecole de Francfort comme Adorno, Horkheimer ou Marcuse, pointeront ainsi une rupture dans la civilisation qui constitue un véritable défi pour la pensée⁵⁰. Les penseurs de la seconde moitié du XX^e siècle sont ainsi confrontés à des questions nouvelles qui vont marquer l'éthique, la politique, mais aussi le droit : expérience radicale du mal, nouveau type de crimes qu'il faudra juger/punir, développement massif du constitutionalisme, déclaration universelle des droits de l'homme soutenue par la création des Nations unies et, à sa suite, de nombreuses instances internationales limitant la souveraineté des Etats, etc.

Pendant les trente-cinq années qui vont suivre, et surtout à la chute du mur de Berlin, les philosophes devront également se distancier peu à peu du marxisme pour finalement faire face à l'échec du modèle politique qu'il avait inspiré. L'abandon progressif des schémas marxistes et la fin de leur domination dans le champ philosophique, se sont certainement faits au profit du droit ou, plutôt, d'un modèle libéral et même anglo-saxon du droit, où le juge tient un rôle bien plus central qu'il n'en avait jusque-là dans la pensée politique. L'individualisme qui caractérise les sociétés industrialisées, auxquelles toutes les nations sont d'ailleurs appelées à ressembler, renforce ce modèle : les sujets titulaires de droits créances sont de plus en plus susceptibles de recourir au juge pour faire valoir ces droits, et de fait ne s'en privent pas, comme en témoigne l'inflation des recours en justice dans toutes les grandes démocraties occidentales.

Cette évolution, ici schématisée à grands traits, est accélérée par la domination économique, militaire et culturelle des Etats-Unis durant toute la seconde partie du XX^e siècle. Le système politique américain accorde depuis toujours au droit une place prépondérante. Le rôle politiquement fondateur des juges de la Cour suprême

⁵⁰ Adorno, par exemple, insiste, d'une part, sur la « nouveauté » de l'expérience concentrationnaire et, d'autre part, sur l'impossibilité des théories spéculatives de continuer à fonctionner « comme avant », tout simplement parce qu'Auschwitz constitue un saut dans la barbarie qui met en défi la pensée : « L'idée qu'après cette guerre la vie pourrait continuer « normalement » ou même qu'il pourrait y avoir une « reconstruction » de la civilisation (...) est une idée stupide. Des millions de Juifs ont été massacrés, et on voudrait que ce ne soit qu'un intermède et non la catastrophe en soi. (...) Peut-on s'imaginer que ce qui s'est passé en Europe reste sans conséquence, et ne pas voir que la quantité de victimes représente un saut qualitatif pour la société dans son ensemble, un saut dans la barbarie ? » (ADORNO, *Minima Moralia*, Paris, Payot, 2003, p. 72).

en particulier, associé à la très grande accessibilité de leurs décisions⁵¹, a ouvert aux philosophes du droit un champ substantiel d'analyse. Les Européens eux-mêmes se sont ouverts à d'autres modèles de justice, notamment par le biais de la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui offre elle aussi des décisions lisibles et argumentées, matière d'analyse pour la philosophie politique contemporaine.

Enfin et peut-être en conséquence, la mondialisation, mettant en contact les cultures et fragilisant la démocratie représentative traditionnelle, favorise les relations de type juridique. Le développement des droits de l'homme en particulier représente la possibilité – réelle ou idéalisée – d'une communauté humaine où les individus seraient en relation indépendamment de la médiation étatique, mais bien par le biais d'institutions juridiques de plus en plus autonomes à l'égard des Etats.

Toutes ces évolutions touchent nos représentations sociales et sans doute la culture populaire, mais aussi la philosophie, même si une partie importante des philosophes reste aujourd'hui hostile à ces mouvements historiques, jugés régressifs voire décadents⁵². Dans la plupart des cas, c'est bien la fin du primat de la politique sur le droit qui est jugée inquiétante, car elle implique que, dans bien des domaines, le droit n'est plus au service de la politique mais au contraire lui dicte à la fois ses limites et certaines lignes de conduite. Que l'on songe par exemple à l'appellation de « gouvernement des juges » pour stigmatiser ce modèle libéral relativement dépolitisé vers lequel nous serions en train de glisser. Que dire également de la critique persistante émise à l'égard des droits de l'homme voire du « droit-de-l'homme », interprété par Régis Debray comme un terrorisme ? Que dire encore de la mise en garde récurrente de Marcel Gauchet contre cette idéologie qui voudrait transformer les droits de l'homme en politique⁵³ : « Nous assistons, à travers le langage des droits de l'homme, à la renaissance sur d'autres bases et de tout autres horizons, de cette utopie fondamentale de faire exister la société sans politique »⁵⁴.

Ces positions assez radicales⁵⁵ répondent à un certain juridisme débridé, à une passion aveugle du droit qui mériterait sa propre analyse critique. Elles sont également

⁵¹ Le style argumentatif, la qualité des motivations et l'intégration du débat contradictoire dans la décision, par la voie des opinions individuelles, ont évidemment contribué à l'intérêt suscité par cette jurisprudence chez les philosophes.

⁵² L'approche caricaturale de certains intellectuels et philosophes français à l'égard de la « juridicisation » de la société et de la pensée est toutefois une spécificité bien française : « Il y a un phénomène de destructuration des juges eux-mêmes, qui rencontre cette haine du droit, cet anti-juridisme si traditionnel en France », note Pierre Legendre, qui souligne aussi la conception administrative de la justice française (voir P. LEGENDRE, « Qui dit légiste, dit loi et pouvoir. Entretien avec Pierre Legendre », *Politix*, 32, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 31).

⁵³ Voir notamment M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002.

⁵⁴ M. GAUCHET, P. MANENT, A. FINKIELKRAUT, *La démocratie de notre temps*, Genève, Editions du Tricorne, 2003, p. 22.

⁵⁵ Cette critique est également bien présente dans la philosophie anglo-saxonne, que l'on imaginerait pourtant plus encline à vanter le droit. Voir notamment la tradition républicaine inspirée de Machiavel et réinventée par J.G.A. Pocock ou Q. Skinner (voir notamment J.G.A. POCKOCK, *Le moment machiavélien : la pensée politique florentine et la tradition républicaine atlantique*, Paris, PUF, 1997 ; Q. SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Paris, Albin Michel, 2001).

suscitées par la mondialisation, au sein desquelles le droit tient une part importante. Souvent, le juridisme est donc critiqué comme point d'appui du libéralisme, au nom d'une équation validée par la mondialisation entre libéralisme, marché et droit. Parce qu'il y a beaucoup à dire sur ces phénomènes, il faut reconnaître que haine et passion du droit ne sauraient plus aujourd'hui rendre compte avec subtilité de l'ensemble du discours de la philosophie contemporaine à l'égard des catégories juridiques. Reste à pouvoir dépasser le schéma qui a traversé la philosophie depuis Platon et qui en est peut-être constitutif, à savoir l'inadéquation dénoncée entre les modèles philosophiques et la pratique institutionnelle, ce que Perelman interprétait comme l'incapacité de la philosophie à penser le droit dans sa forme phénoménale et dont découlait selon lui la constitution d'une posture philosophique en opposition au phénomène juridique, avec tout ce qu'il a de faillible et d'imparfait⁵⁶. Dans son analyse, on l'a vu, Perelman ne visait pas tant l'absence du droit de la philosophie qu'une certaine façon de penser le droit. Les approches critiques du droit, comme celles de Marx, adopteraient de ce point de vue la même logique que les approches apologétiques : c'est bien au nom d'un droit authentique non bourgeois, débarrassé du capitalisme, que Marx s'en prend aux avatars du droit moderne.

Les mutations du monde contemporain – où le droit au sens large joue une grande part – s'imposent alors comme des défis pour la pensée philosophique, alors même que cette dernière, par son histoire et sa logique, est plutôt nourrie d'anti-juridisme pour ce qui touche au juge et aux institutions de justice. Or c'est bien dans la perspective de ce défi, me semble-t-il, que Guy Haarscher a abordé la philosophie du droit, y a apporté sa plus substantielle contribution et a fondé notre dette à son égard.

⁵⁶ Au contraire, le droit est souvent conçu soit comme un palliatif à la finitude humaine (rappelons-nous par exemple l'expression kantienne de « béquille de la morale »), soit comme la preuve des limites du projet rationaliste de droit naturel (souvenons-nous, par exemple, de Marx faisant du droit le « symptôme, l'expression d'autres rapports (de force) sur lesquels repose la puissance de l'Etat » (K. MARX, *Idéologie allemande*, Paris, Editions sociales, p. 325-326)).

Right Rhetoric

What Lawyers May Learn from the Study of Rhetoric

Francis J. MOOTZ III

It is a great honor and privilege to contribute to this *Festschrift* dedicated to the work of Professor Guy Haarscher. The timing of this celebration could not be better. We live in perilous times for deliberative democracies, and Guy has been one of the most important voices discussing rhetoric in contemporary political and legal spheres. On the other hand, the human race has always lived in perilous times. As we address contemporary perils, we confront the realization, yet again, that there are no fixed truths upon which we might anchor society. As our technical manipulation of nature and our conceptual powers reach heights that were unimaginable just a generation ago, we are fated to recall – with humility – that it is only in the realm of discourse about the probable that we sustain human society. There is no safety net to protect us, and yet we require prudential guidance. Reflecting on the work of Guy Haarscher is responsive to this vital need.

The title of my chapter has multiple meanings, and I unfold my thesis in the interstices of these meanings. I discuss “right rhetoric”, but I use this term in a deliberately confused manner. On one hand, I mean rhetoric that is done correctly – or, righteous rhetoric. This meaning can be opposed to the traditional epithet that one is engaged in “mere rhetoric”, by which the critic usually means sophistry and trickery. But there is another sense of “right rhetoric”, suggesting the rhetoric employed by those on the political right. The phrase “right rhetoric” contains within itself a conundrum: how can we judge the rhetoric of the political right without having a timeless standard of right rhetoric?

The subtitle, “What Lawyers May Learn from the Study of Rhetoric”, is a play on the title of Chaïm Perelman’s essay, “What the Philosopher May Learn from the Study

of Law”¹. Perelman famously argues that philosophers should not posit math or natural science as their model, but instead should look to legal practice and its practical attention to concrete problems that cannot be resolved by applying an algorithm. Legal practice is a continuing practical adjustment of guiding norms to meet the need for a decision that must be rendered on imperfect information and in cases where more than one reasonable argument may be made². We must admire the wisdom in Perelman’s conclusion that modeling philosophy on law “would permit better understanding of the specificity of philosophy, a discipline which is elaborated under the aegis of reason, but a reason which is essentially practical, turned toward rational decision and action”³. But is it not equally the case that the pragmatic engagements of the lawyer call for the refinement and perspective that might be offered by the philosopher of rhetoric? I wish to emphasize that this is one of the important roles that Guy Haarscher has played during his fruitful career.

The Dilemma of Right Rhetoric

In the West we face the dilemma of “right rhetoric”. Regressive forces who seek to limit dialogue and narrow the participation of those engaged in the dialogue pose a disturbing challenge to our increasingly globalized, multi-cultural societies. If the provincialism and anti-intellectualism of the right were to prevail we would be threatened with the prospect of a society grounded in contention and violence, as those who are silenced and excluded from avenues of peaceful participation respond to the repressive violence with violence of their own. This is a dilemma, and not simply a political problem, because it is difficult to see how we can confront the rhetoricians of the right, unless we are able to offer an account of how one may engage in proper rhetoric. The dilemma is whether we can combat the rhetoric of the right without a theory of righteous rhetoric, given that it is the notion of a righteous rhetoric that appears to be the very problem with the rhetoric of the right. Haarscher provides an important contribution to our civic discourse by tackling this precise question. Haarscher advances this endeavor in an article that diagnoses the pseudo-arguments used by religious fundamentalists to promote the ideology of creationism⁴. The problem identified by Haarscher is the rhetorical “wolf in sheep’s clothing” that occurs

¹ C. PERELMAN, “What the Philosopher May Learn from the Study of Law” (S. RUBIN trans.), in *Justice, Law and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, (Dordrecht, Holland, D. Reidel Publishing Co., 1980).

² Perelman writes: “It is when the subject matter escapes the qualification of true or false, because it does not depend upon a unitary science but upon a philosophical pluralism, that an attitude of tolerance is justified and that a dialogue, permitting the perspectives to be enlarged, is not only useful but even indispensable. Just as the judge, before making a decision, should hear two sides... the adoption of a philosophical positions, at the risk of lacking rationality, should take into account the opposed points of view concerning the subject matter”, *Ibid.*, p. 172-173.

³ *Ibid.*, p. 174.

⁴ G. HAARSCHER, “Perelman’s Pseudo-Argument as Applied to the Creationist Controversy”, *Argumentation*, 23/3, 2009, p. 361-373. Haarscher carefully notes the technical meaning of “pseudo-argument” in Perelman’s terminology. It does not refer only to hypocritical arguments, but to any argument in which the rhetor does not embrace the values that serve as the starting point. For example, one might believe that a course of action is proper but choose to invoke

when fundamentalist Christians use the liberal language of tolerance in an effort to introduce religious beliefs into the public school curriculum. He analyzes the situation from the perspective of a philosopher of rhetoric, noting the evolving patterns that the fundamentalists employed in their efforts to require religious education in public schools. His account provides an overview that brings together various points in time and situations to paint a picture of the abuse of rhetoric.

He begins his story with the famous Scopes trial, in which the progressive lawyer William Jennings Bryan directly and unapologetically argued that fundamentalist Christianity has a place in public education in order to ennoble society. Bryan was proved to be ignorant of scientific doctrine in a cartoonish stunt posed by defense attorney Clarence Darrow, but the trial court found Scopes guilty because he had blatantly and purposefully violated the law. The Supreme Court had not yet developed the doctrine under the First Amendment that religious dogma has no place in the science classrooms of public schools. In this environment, the advocates of a religious worldview competed directly with the secularists in the legislatures and courts, contending for the right to shape the contours of the society. On one side were religious believers, who rejected the chutzpah of modernity and sought a traditionalist society; on the other side were scientific secularists, who sought to relegate religious belief to the private sphere and to ground the organization of society on liberal democratic principles.

Haarscher contends that the obvious need for rigorous scientific education after the threat posed by the launch of Sputnik by the Soviet Union forced the fundamentalist Christian movement to use alternative strategies of persuasion in their effort to shape social mores according to religious doctrine. After the United States Supreme Court declared that an Arkansas statute prohibiting the teaching of evolution violated the Establishment Clause⁵, the fundamentalists no longer could promote their religious agenda directly. The debate became less open and honest, and as a result the debate became more dangerous. The fundamentalists altered their strategy to include rhetorical invocations of the desirability of open debate, the need for freedom in research and thinking, the acceptance of plural worldviews, and other disingenuous claims to advance their religious agenda. In the face of challenge, they changed their strategy to an indirect claim that the rights of believers must be given equal credence in the public sphere.

I will not recount Haarscher's detailed and complex analysis, and will just affirm my agreement with his conclusion that we should "not concentrate all our energies on the frontal attack" by enemies of liberalism, but instead that it is important for us to acknowledge that "indirect attacks, that is, the "wolf in the sheepfold" strategy, can perhaps be still more damaging to the very fabric of liberal-democratic values"⁶. I wish to strengthen this claim by emphasizing that Haarscher seeks to expose "right rhetoric" by offering a model of "right rhetoric." It is sophistry to argue that every

religious grounds for motivating a believer to agree to the course of action, even if one is agnostic as to those beliefs.

⁵ *Epperson v. Arkansas*, 393 U.S. 97 (1968).

⁶ "Perelman's pseudo-argument", p. 372.

form of argument is equally valid at every point for every cause. Rhetoric cannot be scripted in advance to ensure a specific result – such a view is antithetical to the heart of discourse – but nevertheless there is an integrity to argumentation that makes some arguments appropriate and others inappropriate. Haarscher provides an example of how we can reveal a lack of integrity in a specific instance of democratic argumentation without having to resort to the claim that there is only one correct answer to the social problem that can therefore be implemented and enforced without debate.

In other words, “right rhetoric” is not an invariable standard that we can derive from looking only to the results of discourse – this would be the sophistic mistake of conflating “right rhetoric” with reaching the “right answer”. Instead, we can regard “right rhetoric” as a standard of how one argues, paying attention to *logos*, *ethos* and *pathos*. In any given situation, there may be many arguments that are logically appropriate, but many of these arguments will fail to have integrity because they do not evidence the *ethos* of the rhetor as a person seeking an understanding of the subject matter in question. This is the nature of the threat posed by pseudo-arguments: the rhetor does not embrace the starting points of the argument, and so *ethos* is radically diminished, meaning that the argument is on shaky ground from the beginning. Nevertheless, even a pseudo-argument might make perfect logical sense, but the problem is that it can betray a lack of ethical commitment by the speaker that is manifested by an effort to manipulate, rather than to persuade, the audience ⁷.

This is the same problem that Haarscher addresses in an essay that challenges leftist thinkers to abandon their “politically correct” forgiveness for positions taken by some Muslim activists, solely in the interest of expressing solidarity with an oppressed people ⁸. He recalls the situation in the last century when left intellectuals apologized for the tyranny in Soviet Russia and China out of a misplaced sense that to criticize these socialist regimes would be to weaken the effort to overcome capitalism. He again identifies a rhetorical basis for this criticism, exploring how the rhetorical device of “poisoning the source” is used to subvert a genuine rhetorical engagement. Whereas the critics of communist tyrants were labeled “fascist reactionaries”, the defenders of free dialogue about the Muslim religion are branded “Islamophobe racists”. Such an *ad hominem* rhetorical framing of the issue serves to cut off genuine discussion of the issues on the merits, reinforcing the sophistic goals of the left in supporting certain persons and causes.

In both of these recent articles Haarscher has spoken clearly to the question of how to provide the standard by which to criticize the rhetoric of the right. In yet another

⁷ I agree with Haarscher (and his reading of Perelman) that pseudo-arguments may have integrity in some situations. For example, I would regard it as appropriate to seek to persuade a religious believer that stewardship of God’s creation required us to attend to the threat of global warming, even though I do not share the premises of belief to which I would anchor my argument. This strategy need not be manipulative or deceptive, but could be an open translation of one ethical system to another in an effort to find a basis for shared commitment from a variety of sources.

⁸ See G. HAARSCHER, “The Decline of Free Thinking”, in P. HAY *et al.* (eds.), *Resolving International Conflicts, Liber Amicorum Tibor Várady*, CEU Press, 2009, p. 119.

article on the abuses of the forms of liberal discourse by its opponents, Haarscher recognizes the problem in clear terms :

“It is here that, it seems to me, a fundamental question must be raised, which concerns both Vico and Perelman. How can we make a meaningful difference between “good” rhetoric and a confused, irrational discourse, full of *paralogisms*, that is, involuntary errors of reasoning, or – worse – a deliberately manipulated speech (*sophistry*)?”⁹

The answer he offers is that we must attend to the integrity of arguments; we must take arguments seriously and recognize that they have an internal structure that must align with the speaker’s *ethos*. By attending to this integrity, Haarscher shows that we can identify and critique the sophistry of those on the right who deploy the rhetoric of liberal democracy against its own tenets, as well as the sophistry of the left who shield their favored persons from challenge and critique.

Haarscher and the Lessons of Rhetorical Philosophy

I believe that the foregoing demonstrates that the philosopher of rhetoric has much to teach the practitioners of rhetoric in the political and legal spheres. This is not to suggest that we can provide a philosophical model that will generate the right results in particular cases. Perelman’s incisive point remains equally important today : the practical engagement of the jurist in a particular case reveals how moral reasoning works, and the philosopher is incompetent to provide a roadmap to a person who is confronting an ethical or legal dilemma. Nevertheless, it remains true that philosophical reflection on the activity of rhetorical engagement can generate critical insight that facilitates practical judgment.

It is useful to recall Hans-Georg Gadamer’s “praise of theory”, despite having spent a career emphasizing the irreducibly practical nature of understanding and critique. Gadamer insists that he does not discount the importance of theory, and he emphasizes that his defense of hermeneutical engagement is theoretical, just as Aristotle’s defense of ethical engagement in the *Nicomachean Ethics* is theoretical¹⁰. Gadamer builds a theoretical argument that leads him to conclude that practical engagement is necessary, but that also guides his understanding of the manner in which practical engagement should take place in order to be most productive. From Gadamer’s pathbreaking work in hermeneutics we can learn something important about the role of theoretical reflection on the art of rhetoric, even if the role is more circumscribed than we academics might hope.

Whereas Perelman challenged moral philosophers to look to the world of action (the world of argumentation, practical reasoning and judgment by judges in law cases), we can conceive of Haarscher as pulling in the opposite direction, asking lawyers and civic officials to consider what they might learn from a philosophical approach to rhetorical discourses. But, if there is no overriding directive theory that we can provide to actors, no methodology to generate the correct results in given cases, what is the

⁹ “Rhetoric and Its Abuses”, p. 1229.

¹⁰ H.-G. GADAMER, “Praise of Theory”, in *Praise of Theory: Speeches and Essays?* (Ch. DAWSON trans.), New Haven, Yale University Press, 1999, p. 16-23.

lesson to be learned? Haarscher's project is to carefully reveal the rhetorical moves that undermine democratic discourse and sidetrack practical reasoning. He does not attempt a theoretical short-circuit that eliminates the need for practical discourse to take place; rather, he illuminates how the intertwined discourses that are necessary for the building and maintenance of society might be augmented and protected from abusive tactics.

We can return to Haarscher's analysis of the shifting strategies of religious fundamentalists as part of their effort to introduce the teaching of creationism in the public schools. He concludes that these indirect rhetorical ploys can be exposed by careful rhetorical analysis, but he also notes that in each instance the court ruled against the creationists. We might ask whether his example undermines his case. Does this suggest that the philosopher of rhetoric is, in fact, unnecessary; that the law courts are able to reason their way to the correct conclusion without the assistance of contemporary rhetorical theory? I want to suggest just the opposite. The court reaches the correct result in these cases by seeing through the justificatory rhetoric to the motivations of the creationists, but the courts do not analyze (and most likely, do not understand) how these improper motivations are executed. This leaves room for error, because courts may not always appreciate the driving force of the arguments that are proffered. Haarscher notes this problem with regard to a case before the European Court of Human Rights, which accepted the translation of the religious claim against blasphemous speech into a right of believers not to have their beliefs gratuitously offended. Here, the rhetorical claims of the religious right are accepted as a "wolf in sheep's clothing", despite employing the same rhetorical move that has failed in the United States when the motivations are more obvious¹¹. In short, by drawing more attention to the ways in which rhetoric is deployed, philosophers can help to keep courts from falling victim to sophistic persuasion in situations where the *ethos* of the claimants is not patently deficient.

I want to push – and, perhaps, to some extent beyond – Haarscher's analysis in order to deepen his point that a direct rhetorical confrontation is desirable. Discussing the famous Scopes trial, Haarscher describes it as an honest confrontation between religious ideology and liberal principles of free speech that predated the later rhetorical abuses by creationists. Unfortunately, his analysis suggests that when the arguments are accurately presented the winner is virtually preordained according to our modern conceptions of freedom and democracy. Indeed, it was the perceived futility of making direct arguments after the United States Supreme Court adopted the modern Establishment Clause jurisprudence that presumably motivated the creationists to mount a series of unsuccessful pseudo-arguments.

I want to revisit Haarscher's example of the direct clash between William Jennings Bryan and Clarence Darrow during the Scopes trial to underscore that a genuine rhetorical exchange can be the source of a rich dialogue that can undermine ideological commitment on both sides of an argument. Bryan was a famous populist politician and ardent defender of the rights of the common person. We might blame his defense of the school district on the grounds of fundamentalist Protestant beliefs,

¹¹ G. HAARSCHER, "Rhetoric and Its Abuses", p. 1246-1250.

but we find a much more interesting story through a closer examination. Bryan can be criticized for seeking to impose religious worldviews through public education, but the evolutionists of the day cannot be absolved of responsibility for the reprehensible ideology manifested by some of their members. When the rhetorical clash was direct and genuine, the clash between Christianity and evolutionary science produces a far more nuanced picture than we assume.

Bryan argued against the teaching of evolution not only to secure the primacy of the biblical story of creation, but also to combat the racist uses to which the “science” of evolution was put in Europe and the United States¹². Scopes was convicted for using a textbook that described Darwin’s and Mendel’s work to support the practice of eugenics as a natural consequence of taking a “scientific” view¹³. The analysis in the high school text begins with unapologetically racist premises:

“**The Races of Man.** At the present time there exist upon the earth five races or varieties of man, each very different from the other in instincts, social customs, and, to an extent, in structure. [He then describes the Ethiopian (Negro), Malay (brown), American Indian, and Mongolian (yellow) races] . . . and finally, the highest type of all, the Caucasians, represented by the civilized white inhabitants of Europe and America”¹⁴.

After linking Darwin’s theory of evolution to his observation of the successful breeding of animals, the text emphasizes the responsibility of persons to breed well and the relevance of eugenics to the modern social order¹⁵. Having demonstrated the results of “feeble-minded” persons having similarly impaired descendants, the text proposes the following “remedy” that could lead to a better society :

“If such people were lower animals, we would probably kill them off to keep from spreading. Humanity will not allow this, but we do have the remedy of separating the sexes in asylums or other places and in various ways preventing intermarriage and the possibilities of perpetuating such a low and degenerate race. Remedies of this sort have been tried successfully in Europe and are now meeting with success in this country”¹⁶.

Bryan was specifically aware of the “scientific” eugenics movement in Germany, an ideology that helped to fuel the chaos of World War I and that came to fruition a generation later in the horrifically warped expressions of Nazi ideology. When the wolf is not in sheep’s clothing promoting the ideology of free dialogue, we might find that Christianity has a lesson to teach the proponents of evolution. Clothed in the rhetorical mantel of scientific truth, the blatantly political and ideological extensions of basic evolutionary science escape a genuine and challenging dialogue.

¹² The motivations for Bryan’s crusade against evolution late in his life are described in his biography. See P. E. COLETTA, *William Jennings Bryan*, University of Nebraska Press, 1964 (Vol. 3, Ch. 8 : “The Antievolution Crusade”).

¹³ The textbook is G. W. HUNTER, *A Civic Biology: Presented in Problems*, New York, NY, American Book Company, 1914. It is available in full text at <http://books.google.com/books>.

¹⁴ *Ibid.*, p. 196.

¹⁵ *Ibid.*, p. 253-261.

¹⁶ *Ibid.*, p. 263.

This is precisely the dialogue that Bryan – champion of the common man, defender of the individual against the power of the elites – wished to initiate in the trial, as he offered the Christian notion of the sanctity of each person against the incipient fascist eugenics of the day.

The point is not to reverse the order of priority and to present Bryan as the virtuous person in the debate. Certainly, the principles of free speech and the arguments against the dogmatic inculcation of public school students with the religion of the majority were nobly advanced by Clarence Darrow, himself a crusader against injustice. Moreover, Bryan was linked to the Ku Klux Klan during his political career – not as an active or even sympathetic supporter, but because he was too ready to tolerate their beliefs as representatives of common men. Ironically, he was flirting with a Christian version of the very racist eugenics that he found deplorable in the scientific evolutionary theory of his day. The point to be taken away from the Scopes trial is that the issues were richly presented, before the creationists went underground and pursued pseudo-arguments, and before the defenders of secularism adopted an *ad hominem* attack on believers that rejected out of hand any arguments flowing from Christian belief.

The philosopher of rhetoric, exemplified by Haarscher, can remind us of the structural blindness on both sides of a public argument if they both resort to the sophistic pursuit of victory without attending to the integrity of the debate. Haarscher has demonstrated that our modern conceptions of secular democracy are imperilled when creationists adopt pseudo-arguments that do not engage the issues openly on their merits. We should not conclude that those motivated by Christian faith are to be ignored, though, because the rhetoric of scientific truth is also used to shield ideological commitments from genuine debate. The philosopher of rhetoric can show how the debates become derailed, which is not the same as providing the answer to the debates but is far better than a quiescent resignation that the practices of argumentation lie beyond the reach of theoretical critique.

Philosophy in law? A legal-philosophical inquiry

Michel ROSENFELD

The question of whether there is philosophy in law – whether any part of what we take as being within the subject matter of philosophy can also form part of the subject matter of law – is a difficult and contentious one. First of all, it is not obvious what the question itself means. One may think that the question is the one that figures at the base of the traditional debate between positivists and natural law proponents¹. Or, one may think that the question is whether certain legal issues are indistinguishable from certain corresponding philosophical ones, such that there is an overlap between law and philosophy. For example, what constitutes justice, equality and proportionality is a traditional philosophical question going at least as far back as Aristotle², but it is also a legal question in at least certain contexts, such as the adjudication of constitutional equality claims³. Or else, one may think that the question is whether law must necessarily derive from philosophy as Dworkin has asserted, arguing that constitutional law cannot make sense unless it is understood in terms of a particular political philosophy⁴. Finally, the question may also be whether law is ultimately a branch of practical or applied philosophy. Does, for instance, legal pragmatism boil

¹ Compare, H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 1961 (law, as such, is independent from morality) to R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1978 (law is inextricably linked to morality).

² See ARISTOTLE, *The Nichomachean Ethics*, Bk V.

³ To cite but one case, whether affirmative action based on gender or minority status is consistent with constitutional equality depends to a large extent on whether it can be defended as being in conformity with the dictates of justice, equality and proportionality. See generally, M. ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*, 1991.

⁴ See DWORKIN, note 1, *supra*.

down to a practical application of philosophical pragmatism in the context of legal relationships⁵?

The question that this essay sets out to explore is, however, a somewhat different one: does or can philosophy *inhere* in law? Or, in other words, could or should philosophy, in at least certain cases, figure in the very mechanics, structuring or functioning of law? For example, do legal determinations concerning equality or proportionality depend for their *legal validity* on the performance of some operation that fits squarely within the domain of philosophy, or that qualifies as “doing” philosophy? In this context, the focus is not on overlap, but rather on incorporation of a philosophical task within the carrying out of a legal operation. If indeed such incorporation were possible and appropriate, then it would be analogous to the need to have recourse to the laws of physics in the course of carrying out an engineering project. Moreover, if the question regarding philosophy in law can be answered in the affirmative – and I will argue below that it can – then the next key question, which will also be addressed in what follows, concerns the implications of the answer to the first question for law and for legal validity.

In order to address these two questions systematically, this essay will proceed as follows: the first part will attempt in very broad terms to put the question of philosophy in law in proper context in relation to certain familiar debates in legal philosophy; the second part will make the case for philosophy in law; and, the third part will lay out some of the principal implications of philosophy in law from the standpoint of legal validity.

Placing Philosophy in Law in the Context of Legal Philosophy

Legal philosophical inquiry ultimately boils down to two questions: What is law? And, what are the proper criteria of legal validity?

Law carves out a normative order that is coercive in nature. Law, in Dworkin’s words, is a social practice providing for justified uses of “collective power against individual citizens or groups”⁶. Moreover, what makes coercion through law “justified” depends on one’s legal philosophy. In the broadest terms, legal philosophers who address this question can be divided into two principal schools: positivists who rely ultimately on “justice according to law”; and natural law proponents who appeal to “justice beyond law”⁷.

For positivists, what counts as “law” boils down to a matter of pedigree. Thus, if in a democracy the constitution empowers the national parliament to enact laws by a simple majority vote of its duly elected members, then any norm enacted accordingly

⁵ See Richard Posner’s elaboration of a pragmatic jurisprudence in his *The Problems of Jurisprudence*, 1990 and R. RORTY, “The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice”, in M. BRINT and W. WEAVER (eds.), *Pragmatism in Law and Society*, 1991, p. 89, 92 (asserting that “judges will... not find pragmatist philosophers ... useful”). See also, M. ROSENFELD, *Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics*, 1998, Ch. 6 (providing a critical assessment of the relationship between pragmatism in philosophy and pragmatism in law).

⁶ R. DWORKIN, *Law’s Empire*, 1986, p. 109.

⁷ For an elaboration of this distinction, see M. ROSENFELD, *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*, 1998, p. 89-90, p. 95-100.

is both “law” and “*legally* valid”. And this is the case regardless of whether the legal norm in question is moral or immoral or just or unjust according to the political philosophy of John Rawls or of any other respectable political philosopher. Hence, positivists subscribe to “justice according to law” and sever legal validity from moral validity or validity in the realm of political philosophy⁸.

For natural law proponents, on the other hand, law and morals are inextricably bound together such that immoral “laws” (in the positivist sense of the term) – or at least laws that do not have a certain minimum of moral content⁹ – are not “law” and *a fortiori* have no “legal validity”. Consistent with this, for natural law proponents, law and legal validity depend ultimately on morals or criteria of justice pursuant to political philosophy, or, in other words, on “justice beyond law”.

In the end, the debate between positivists and natural law proponents looms above all as a metaphysical one that is of limited use. This seems particularly true in the current era of legal pluralism yielding a diverse array of distinct legal norms that hardly fit within the paradigm circumscribed by pedigree and coercive enforcement or within that based on grounding in a commonly shared conception of morals or criterion of justice¹⁰. It matters little, for example, whether a properly pedigreed law imposing racial “apartheid” is deemed a law in form but not in substance or a genuine law that is unjust and immoral. Indeed, this latter distinction pales from the standpoint of one’s responsibility as a decent citizen, legal practitioner or judge who cannot avoid confronting the “apartheid” prescription in question. On the one hand, given the relevant plural sources of law, including international covenants, *jus cogens*¹¹, and

⁸ This is but a crude characterization as positivism certainly does not exclude incorporation of moral precepts such as “thou shall not kill” into law. For a nuanced positivist account that indicates how moral precepts may be made part of the content of law from a positivist standpoint, see J. RAZ, “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal*, 81, 1973, p. 823. Although extended discussion of this issue would take us too far afield, it suffices for present purposes to specify that for a positivist law only encompasses those moral precepts that have been explicitly incorporated into it through recognized legitimate forms of lawmaking. Moreover, as positivists conceive of law and morals as different and separate practices, incorporation of a particular moral precept into law means that it will be dealt with according to the structures of legal practice rather than those of moral practice.

⁹ See L. FULLER, *The Morality of Law*, 1964, p. 33-41.

¹⁰ If one adds “soft law” to “hard law”, judicial made law and administrative made law to private arbitrator made law; national law to transnational one based on treaty, customary norms, and non-governmental based law such as that emanating from *lex mercatoria*; and if one accounts for the fact that even norms accepted as universal in scope such as international human rights have led to conflicts of interpretation emanating from clashing conceptions of the good as evinced by the controversy over “Asian values”; then it becomes apparent that accounts of law assuming a single unified set of sources or a commonly shared vision of morals or justice are insufficient if not downright misleading. For a discussion of the changes produced by the interplay between the proliferation of legal pluralism and increases in ideological diversity, see M. ROSENFELD, “Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism”, *International Journal of Constitutional Law* (I. CON), 6, 2008, p. 415.

¹¹ “*Jus cogens*” comprises a set of preemptory norms that have a character of supreme law in international law regardless of treaties, ordinary customary law or state consent. See L. HENKIN, *et al.*, *Human Rights*, 1999, p. 355.

constitutional principles that may be plausibly incorporated through interpretation in the relevant domestic constitution, arguably the “apartheid” prescription may end up lacking legal validity. On the other hand, whether or not the state’s coercive “apartheid” prescription is deemed to have the “force of law” or lawless tyrannical force, it must be equally fought and deemed an illegitimate use of state coercive power whatever its ontological status.

Leaving aside metaphysics, in certain instances there appears to be an overlap between the treatment of legal and philosophical issues. As already mentioned, this comes up in the handling of claims arising in the context of constitutional equality¹². The Equal Protection Clause of the United States Constitution¹³ furnishes a good example of this as it constitutionalizes the concept of equality¹⁴, and often requires courts to determine whether equal treatment or equality of result is mandated in a particular case. This determination is moreover crucial and frequently determinative in affirmative action cases¹⁵. Is preferential treatment in university admissions or public employment sometimes justified in spite of general adherence to the principle of equality of opportunity? Do considerations of corrective or distributive justice legitimate certain departures from equality of opportunity in pursuit of equality of result¹⁶?

In searching for answers to these questions, judges operating under as broad and open-ended a constitutional provision as the American Equal Protection Clause – “No state shall deny... any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” – must in substance engage, at least in part, in the same kind of reasoning as would philosophers considering the same questions. Although the vocabularies used by judges and philosophers may differ to a certain extent, they would both have to explore the arguments for and against overriding or limiting equality of opportunity to compensate for past wrongs or to mitigate disadvantages traceable to past unjust deprivations in the competition for scarce goods, in the context of adherence to the postulate that all persons within the polity must be deemed to be inherently equal. How much of an overlap may be possible in any given set of circumstances would differ and would be contingent on the particular legal norms in play. Thus, for example, if the relevant constitution were to explicitly prohibit all affirmative action or affirmative

¹² See note 3, *supra*.

¹³ U.S. Const., Amend. XIV (1868).

¹⁴ See R. FALLON, “A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation”, *Harvard L. Rev.*, 100, 1989, p. 1189, 1205.

¹⁵ See M. ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice*, *supra* note 3, at Ch. 7.

¹⁶ In the landmark US Supreme Court decision in *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978) the justices on the Court articulated two positions that have framed the closely divided decisions that would span the next several decades. The first of these announced by Justice Powell stipulates that the Equal Protection Clause requires equal treatment regardless of race, thus rejecting the legitimacy of most corrective justice based arguments for preferential treatment to redress past racial injustices. In contrast, the second position is perhaps best captured in Justice Blackmun’s statement that “in order to treat some persons equally, we must treat them differently” (*Bakke*, at 407). Contrary to Powell’s position, Blackmun’s stresses the appropriateness of equality of result to correct for the injustices caused by past state sanctioned racial discrimination.

action on a particular well settled ground¹⁷, then judges operating thereunder would be barred from relying on sound philosophical arguments to the contrary.

Whatever the overlap may happen to be, law and philosophy constitute different practices or, to use Wittgenstein's concept, different "language games"¹⁸. Even if the same argument is made in a philosophy class and in oral argument in a courtroom, the context and consequences of the argument in question vary greatly depending on whether it is made in the former venue or the latter. For example, a judge's conclusions may be proven to be philosophically unwarranted and yet they would be legally binding and they would provide a legitimate legal basis for apportioning rights and duties. Or a judge may have to disregard a sound and *prima facie* pertinent philosophical argument, because in the "language game" of law, precedents and acceptable interpretations of statutes or constitutional provisions would trump all inconsistent philosophical arguments. In short, the uses and connotations of the same argument are bound to vary depending on the particular "language game" into which the said argument is introduced. Much like the two different games of chess and checkers can be played on the same board, notwithstanding that each makes different uses of that board consistent with its own distinct game rules, so too the same argument may be used in diverse language games such as law and philosophy, but its place, import and scope is bound to differ in proportion to the discontinuities that set apart each language game involved from the others.

The conception of law as a distinct language game meshes well with Luhmann's autopoietic theory of law. For Luhmann, law is a self-referential systematic process that sets up a network of communications¹⁹, and that interacts as one subsystem among many – including the economic and the political – within the realm of social relations²⁰. Each of these subsystems, including law, is, according to Luhmann normatively closed while remaining cognitively open²¹. In other words, the economic and political subsystems cannot partake or influence the production and application of legal norms, but they do relate to the legal subsystem by constituting its environment²². Accordingly, the legal subsystem, which is cognitively open, can process material coming from its economic or political environment, but can only do so by incorporating it within its own normative system. Moreover, as morals and at least certain philosophical concerns, such as the questions surrounding equality and proportionality, also form part of the social environment of the legal subsystem, they too are susceptible of being processed within the unique normative ambit circumscribed by autopoietic law.

Luhmann's account of law's autopoietic self-enclosed normative system is very elusive and highly abstract²³. In the broadest terms, the core function of legal

¹⁷ See, e.g., *State of Uttar Pradesh v. Pradip Tandon*, (1975) 1S.C.C. 267 (Supreme Court of India) (affirmative action on the basis of caste prohibited under that country's constitution).

¹⁸ See L. WITGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, 1953, Paras. 7 & 23.

¹⁹ See N. LUHMANN, *Essays on Self-Reference*, 1990, p. 3.

²⁰ *Ibid.*, p. 176-178.

²¹ *Ibid.*, p. 229.

²² *Ibid.*, p. 176-178.

²³ See M. ROSENFELD, *Just Interpretations*, *supra*, p. 93.

communications, under Luhmann's theory, is to provide information concerning the meaning of events and, in particular, actions in relation to the binary code legal/illegal²⁴. What is crucial in terms of the current inquiry, however, is to get a sense of the systematic process whereby a self-enclosed normative system can appropriate and redefine that which comes from its environment into its own language according to the rules of its own language-game. In this respect, Luhmann's autopoietic account of the economic subsystem, which he characterizes as operating analogously to its legal counterpart²⁵, seems quite illuminating.

In essence, according to Luhmann, self-regulation of the economic system is based on the connection between needs (which fluctuate depending on factors located in the economic system's environment) and a closed monetarized exchange process that systematically mediates the complex interrelationship between the totality of existing needs and the network of products and services susceptible of contribution to satisfying those needs. Thus, in the context of a free market economy under conditions of moderate scarcity, the monetarization of all exchange relationships provides a self-regulating system that structures an operating order best suited to meet existing needs.

Assuming the analogy between economics and law holds (whatever the actual configuration of the legal normative self-referential system may turn out to be), then the system whereby needs, desires, projects and aspirations are translated into exchange values that cohere into a single integrated communicative code delimited by the process of monetarization does suggest a potentially productive conception of the place of philosophy in law. Philosophy would thus emerge as a relevant part of the environment of law, and philosophic concerns, such as those typically associated with the concepts of justice, equality and proportionality, would translate into vehicles incorporated into the language of law through systematic processing in terms of the latter's closed self-referential normative apparatus. I now turn to examining whether the analogy holds, and how it might be conceived in terms that are less abstract and less artificial than those advanced by Luhmann.

Philosophy in Law: Transformation or Incorporation?

Before tackling the above mentioned analogy, two brief clarifications are in order. The first concerns philosophy; the second, law as a language game.

It is important not to conflate morals or politics with philosophy. Whereas moral and political philosophy deal respectively with morals and politics (in the broad sense of the pursuit of what is good for the polity), moral and political norms do not necessarily derive from philosophy. "Thou shalt not kill" is a moral precept that may derive from religion or the established mores of a community and, as such, it may be defended or promoted without reference or recourse to the language game of

²⁴ See N. LUHMANN, *Essays on Self-Reference*, *supra*, p. 229-232. Luhmann's reliance on the binary code legal/illegal has been widely criticized as inadequate and overly reductionist. See, e.g., H. ROTTLEUTNER, "A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System", *Law and Society Review*, 23, 1989, p. 779, 792. For present purposes, however, it is unnecessary to address this issue further.

²⁵ See N. LUHMANN, *Essays on Self-Reference*, *supra*, p. 230-231.

philosophy. In this context, the precept in question comes within the purview of moral discourse and philosophical analysis of such precept or of its place within morals figures as a distinct metadiscourse on morals. Consistent with this, integration of the prohibition against killing within the realm of law (either through a positive act of lawmaking or through extrapolation from a list of precepts and prohibitions believed to be inextricably embedded in what is constitutive of law's very normativity²⁶) does not involve any incorporation or application of philosophy within the realm of law. In short moral and political theory come within the purview of philosophical metadiscourse, but morals or politics as such do not.

There can be cases, however, where a moral or political precept can only be derived from moral or political theory respectively. For example, to borrow Dworkin's terminology, does treatment as an equal entail equal treatment²⁷? Suppose there is a consensus that all persons should be treated as equals, but a dispute as to whether that automatically entails equal treatment or whether it is sometimes morally necessary or desirable to depart from equal treatment to better vindicate treatment as an equal. In such a case, it seems that recourse to moral theory, and hence to philosophy, would be necessary in order to sort out plausible answers from inconsistent ones, if not to find the right answer²⁸.

In light of the preceding discussion, what I understand by "philosophy in law" is those instances, if any, in which recourse to philosophical discourse, either within the ambit of moral or political philosophy is either necessary or desirable to settle or advance an issue that has a bearing on law as a normative practice. It is clear that pursuant to Luhmann's conception of law as a self-referential normatively closed system, there is no room for philosophy in law. But is contemporary law in all its manifold diversity best characterized as normatively closed? To be in a better position to shed some light on this question, it is first necessary to take a closer look at law as a distinct language game.

In Luhmann's autopoietic vision, law's function is to simplify and rationalize the extremely complex universe of social relations characteristic of the contemporary polity. Law's function as a normatively closed subsystem is to provide order and insurance through the stabilization of the expectation of expectations²⁹. Thus,

²⁶ Whereas the theoretical debate putting positivism against natural law is a philosophical one, the embrace of either of these two positions within the practice of law does not necessarily entail reference to philosophical metadiscourse. Thus, for example, a judge may interpret the law in a narrow positivistic fashion or a more expansive natural law inspired way because he feels to do so is "right" or consistent with his polity's judicial traditions. In such case, the judge is not "philosophizing", but rather engaging in the language game of law and perhaps also that of morals.

²⁷ See R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *supra*, p. 227.

²⁸ See *ibid.*, p. 228 and f. Dworkin does believe that philosophy can lead to *the* right answer, and thus concludes, for instance, that affirmative action is justified in certain sets of circumstances.

²⁹ See N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, 1985, p. 31-40. The brief discussion and critique of Luhmann's theory provided here is based on the more extensive one found in M. ROSENFELD, *Just Interpretations*, *supra*, p. 104-113.

for instance, if I enter into a contract that requires some future performance with a stranger at market, I risk non-performance and face uncertain expectations. By making contracts binding, law provides me with a certain kind of insurance and justifies my expectation that either I will obtain the future performance that I have bargained for or a legal remedy of comparable value to me in the event of failure of performance. Accordingly, whatever factual uncertainties may be genuinely at play, my normative expectations would be stabilized. Moreover, if contractual relations are set as a paradigm, the actual content of law looms much less important than legal predictability. Thus, if the law provides that the seller bears the responsibility to insure sold goods in transit against damage or loss unless specifically provided otherwise in the relevant contract of sale, then that law is bound to reduce unpredictability and allows for contractors to face fewer complexities when setting out to arrange for a future exchange.

Luhmann's focus on insurance and stabilization of expectations leaves out much that occupies a prominent place in the complex contemporary setting carved out by the interplay between national, transnational, and international legal regimes. Thus, the processes of juridification of human rights and of proliferation of broadly conceived constitutional rights, such as liberty, equality, privacy or due process of law, and of constitutional values or principles such as those centering on human dignity, clearly seem to exceed the bounds set by Luhmann's conception of law. On the one hand, legal implementation of human rights and constitutional norms often require subordinating predictability to equity or fairness. For example, should traditional understanding of marriage as being exclusively between a man and a woman factor decisively in adjudication of claims for recognition of same sex marriage on constitutional liberty, equality, and privacy and dignity grounds³⁰? Or should long entrenched precedents declaring constitutional equality and racial "apartheid" to be mutually compatible stand in the way of changing course in the wake of a major moral outcry more than a half century later³¹?

On the other hand, beyond juridification of moral precepts such as respect for the inherent dignity of every human being, the proliferation of human and constitutional rights often calls for reference to contested conceptions of justice in the course of adjudicating legal claims. Thus, in handling claims to constitutional equality, courts may well have to choose among contrasting views arising respectively under a libertarian conception of justice and under an egalitarian one. Assuming a relevant constitution is not explicit on the issue, should it be understood as merely requiring formal equality or as also demanding some measure of material equality?

³⁰ See, e.g., *Minister of Home Affairs v. Fourie*, 2006 (1) SA 524 (CC) (Constitutional Court, South Africa) (considerations of dignity, equality and moral citizenship lead Court to recognize constitutional right to same-sex marriage and to instruct Parliament to enact legislation that would place same sex marriage on same footing as heterosexual marriage).

³¹ Compare *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) ("separate but equal" accommodations for blacks and whites constitutional under U.S. Equal Protection Clause) to *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) (racial segregation in state run schools unconstitutional).

As this last question can only be answered properly through recourse to philosophical reasoning or through engaging in applied philosophy³², it strongly suggests that contemporary law cannot be completely *normatively* closed to philosophy. In other words, philosophy cannot, in all cases where relevant, merely figure as part of the environment of law as does occur in some cases. For example, it may well be that notions of fairness would lack cogent meaning absent recourse to the language game of philosophy and that yet at the same time law could appropriate the concept of fairness developed in its philosophical environment and subsume it exhaustively within its own normative language game. Legal fairness would thus be distinguishable from its philosophical counterpart. There are bound to be other cases in any complex, multilayered, contemporary legal setting, however, where such exhaustive wholesale transposition into the normative language game of law would not be workable, and where any attempt to exhaustively confine all normativity to the realm of law would be both impractical and undesirable. Thus, if dignity were enshrined as an essential constitutional value, then openness to philosophical clarification and elaboration of the concept would be bound to enrich law in at least certain settings and in certain circumstances. To be sure, “legal” dignity could be exhaustively circumscribed within the language game of law as fairness was assumed to be in the preceding example. Nevertheless, in as much as law would be impoverished by doing so, it would be better for law to become open to incorporating some norms as processed through the language game of philosophy.

There are many concepts that lend themselves to the same positioning involving a normative opening of law towards philosophy as does dignity in the preceding example. Actually, for those concepts that are thus amenable, whether or not recourse should be had to normative openness, would ultimately be a complex contextual matter involving the nature of the legal system and of the philosophical discourse at stake. Accordingly, in the abstract, the concept of fairness is not inherently different from that of dignity in the context of the present discussion. Indeed, one could even imagine confining fairness exclusively to the language game of law in one legal context, such as corporate law, while at the same time keeping it open to the language of philosophy, in another context, such as constitutional law³³.

Given that in some cases law must remain normatively open to philosophy at least to a certain extent, how does that impact on the appropriateness of any analogy between law and Luhmann’s autopoietic conception of the economy as driven by monetarization? There is no simple answer to this question as in one important sense the analogy holds, and in another it does not. Moreover, to further complicate matters, appearances seem bound to shift depending on whether one places oneself within

³² See, e.g., M. ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice*, *supra*, for a discussion of the contrasts between libertarian, contractarian, utilitarian and egalitarian justifications for and against affirmative action and their respective constitutional implications in the context of the U.S. Equal Protection Clause.

³³ For example, in the context of corporate transactions, “fairness” could be confined to full disclosure of relevant information and non-coercion whereas in the constitutional context, “fairness” would be left open ended to be determined so as to preserve and promote the equal dignity of all individuals within the polity.

the perspective of law or within that of the web of socio-political intersubjective relationships taken as a whole.

The analogy holds in so far as the ultimate determination as to whether, and to what extent, a particular philosophical handling of an issue may be legally relevant depends on law as a normative system taken as a whole. Luhmann's overly simplistic binary code legal/illegal can be replaced by the code legally relevant/legally irrelevant, and, consistent with this, philosophy can be incorporated within law if proven to be legally relevant. For example, if as determined within the language game of philosophy, corrective justice calls for affirmative action under a particular set of circumstances, then that may be determinative under a constitution that leaves the matter open, but irrelevant under another that explicitly forbids affirmative action under all circumstances.

On the other hand, the analogy does not hold to the extent that the code legally relevant/legally irrelevant lacks the systematically transformative capacity inherent to monetarization. Monetarization systematically quantifies everything that comes within the purview of the economy as a language game by ascribing to it an exchange value in a monetary amount. Thus, even my "priceless" (to me) family heirloom has a price *within* the economy, and if I were forced to sell it to feed my children, presumably I would not be able to do so above its established market price regardless of my special attachment to it. In contrast, in cases in which determination within the language game of philosophy is deemed legally relevant, inclusion within the language game of law would involve incorporation rather than transformation. If a constitution enshrines the principle of equal dignity and leaves open the question of affirmative action, then the philosophical reasoning that would lead from the premise of equal dignity to the conclusion that corrective justice warrants the use of affirmative action could be incorporated without transformation into legal discourse. There may be differences of vocabulary coupled with need to address the issue of legal relevance, but *in substance* there would be no difference between the philosophical and the legal argument. In short, in the last example there would be nothing akin to the transformation necessarily triggered by the process of monetarization in the context of economic relationships.

Within the strict confines of the inner perspective within the realm of law, arguably the decisive normative step is the determination of legal relevance. From this perspective, what is decisive is not any philosophical conclusion as such, but assessment of the latter in terms of the code legally relevant/legally irrelevant. Within the broader perspective carved out by reference to the entire web of socio-political intersubjective relationships, however, from a functional or an operative standpoint, there do not appear to be any firm impermeable boundaries between law, morals and politics. In a world in which a domestic legal system, even if confined to the scale of the traditional nation-state, is obligated to incorporate what is prescribed by *jus cogens*, and to align the interpretation of its constitution and of its laws with the dictates of universal human rights, what is deemed morally imperative to prevent crimes against humanity or to sustain an acceptable minimum of human dignity must be factored in the determination of domestic legal relevance. In other words, from this broader perspective, determinations pursuant to the code legally relevant/legally irrelevant are neither purely internal to the traditional nation-state nor entirely severable from

morals or politics. Unlike in Luhmann's conception confining the role of law to insurance and the stabilization of expectations, under any plausible contemporary conception, the determination of legal relevance cannot stand alone, severed from all other normative specifications. Instead, as captured within the broader perspective within which it is embedded, contemporary determination of legal relevance must derive from a dynamic confrontation between internal and external sources of legal legitimation that are, at least in part, inextricably linked to other sources of normative validation, such as morals and politics.

Consistent with the preceding analysis, leaving aside questions of metaphysics, philosophy can, and does in any viable contemporary setting to some degree, inhere in law. Philosophy and law are thus at least partially normatively open to one another³⁴, and therefore some of what originates in the language game of philosophy can be incorporated in substance without transformation into the language game of law. This leads to the following question: what relevant consequences for law and legal validity are likely to emerge based on the above conclusion?

Philosophy in Law and Legal Legitimacy

The place of philosophy in law as understood here is likely to be interstitial in the case of most existing complex legal systems. Indeed, a particular legal system could constitutionally enshrine the principle of equal dignity, which would profit from philosophical elucidation in the course of its implementation, and at the same time contain certain specific constitutional prohibitions, such as one against affirmative action, with the consequence that the latter prohibition would trump any support based on a philosophical elaboration of equal dignity – no matter how strong – for affirmative action. In other words, incorporation of philosophy in law is likely to be rather narrow in scope, and because of that the impact of such incorporation on the legitimacy of law is likely to be relatively limited. It is important to distinguish in this connection between a philosophical legitimation of a legal system as a whole or in part (*e.g.*, contract law or constitutional law) and the legal legitimacy of the incorporation of any particular fragment of philosophical discourse within the normative discourse of law.

Dworkin, who, as already mentioned, argues that constitutional law cannot make sense unless understood in terms of a particular political philosophy³⁵, does not appear to address this latter distinction. As I understand him, Dworkin makes two key assertions that seem relevant in connection with the distinction I am drawing: First, Dworkin claims that constitutional law makes no sense unless it can be interpreted

³⁴ It may be objected that proper use of the language game of philosophy should be limited to analytic discourse, and that, accordingly, recourse to philosophy for normative purposes would be unwarranted. Without entering into debates relating to differing conceptions of philosophy, suffice it for now to point out that at least under some plausible conceptions, philosophical discourse may be legitimately regarded as encompassing normative as well as analytic determinations. Thus, for example, philosophical derivation of the categorical imperative and examination of its moral implications naturally leads to the philosophical grounding of certain moral precepts, such as the absolute prohibition against lying.

³⁵ See note 6, *supra*.

as deriving from a particular political philosophy; and, second, based on this latter claim, he asserts that there is one right answer to every hard case³⁶. Whatever may be the merit of the first of these two assertions, it ultimately only makes sense as a counterfactual. As a matter of historical fact, it would be a hard to fathom coincidence if an actual constitution were to be subsumed *in toto* under a particular political philosophy. One can imagine as a purely theoretical matter that a constituent assembly would put forth a constitutional scheme meant to conform to John Rawls's *A Theory of Justice*, and then draw on that work to draft actual constitutional provisions and to anchor constitutional interpretation. As no actual constitution comes close to this, however, reference to Rawls would best be understood as having counterfactual import, in the sense of suggesting how an existing constitution may be perfected or on what basis it ought to be viewed critically as falling far short of the desired Rawlsian ideal. Furthermore, Dworkin's second assertion is even more implausible as it could only be vindicated, if at all, by taking sides within philosophical discourse regarding particular highly contested concrete issues that remain open to considerable philosophical disagreement. Thus, for example, if a constitution purports to seek conformity with liberalism, how can one reach the one correct answer in a hard case involving the constitutionality of affirmative action (where the constitution protects equality but is silent on affirmative action) if libertarian liberalism leads to a conclusion that is opposite to that reached in accordance with egalitarian liberalism? And, what if one subsumes the constitution under libertarian liberalism, and libertarian philosophers disagree among themselves concerning the normative acceptability of affirmative action³⁷?

Keeping in mind the above distinction, it is important to elucidate the nature of the relationship, if any, between critical counterfactual philosophical assessment of law and the legal legitimacy of philosophy incorporated into law. As the above discussion indicates, the two are *logically* distinct, but there may nonetheless be factual or ideological affinities or even mutual dependence between them, contingent upon the particulars involved. This is perhaps most obvious in cases in which positions emerging within the language game of philosophy – or, which is for this purpose equivalent, within the language game of morals or politics – prompt calls for legal reform. For example, if liberal philosophers were to reach a broad based consensus that equal dignity requires legalization of same sex marriage and that were used to urge legalization in a polity where such marriages happened to be illegal, then a philosophical critique of the law could lead to a change within the latter. Moreover, such change would result in an alignment between the normative discourse of

³⁶ For an extended critique of Dworkin's interpretive theory and of his "one right answer thesis", see M. ROSENFELD, "Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique", *Revue Internationale de Philosophie*, 59, 2005, p. 363. In what follows, I draw in part, on that earlier work.

³⁷ See M. ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice*, *supra*, p. 52-60 (detailing the libertarian argument against affirmative action) and p. 63-64 (detailing the libertarian argument in favor of affirmative action).

philosophy and that of law and it may, though it need not, result in one more discrete instance of philosophy in law³⁸.

The mutual dependence at stake above can also occur within the ongoing workings of an established legal system as exemplified by the need to implement the norms deriving from *jus cogens*, applicable human rights regimes, and broadly phrased constitutional rights. Thus, for instance, *jus cogens* imposes an absolute prohibition against torture and other cruel and inhuman treatment which binds under international law even a country that is not a signatory to the UN Convention Against Torture (CAT)³⁹. Although CAT defines torture⁴⁰, that definition leaves much open in terms of the boundaries of cruel and inhuman treatment – a subject that could benefit from elucidation within the language game of philosophy. Under these circumstances, at least in the case of a country that is not a signatory to CAT, the critical philosophical assessment of practices, that may be plausibly characterized as cruel and inhuman and yet legal within the relevant country's domestic legal system, would be relevant and should inform any appropriate philosophy in law upon which the country's legal language game could or should count on to determine how to conform to the dictates of *jus cogens*.

There are also other cases, of course, in which no direct connection could be drawn between critical philosophy and philosophy in law. If one concludes, for example, as does Derrida that law and justice are ultimately mutually incompatible because all law generalizes whereas justice calls for simultaneous vindication of the universal and the singular⁴¹, then that critical insight could not conceivably figure directly in any legitimate use of philosophy in law. Indeed, a judge who would have to decide whether affirmative action would be consistent with corrective justice in a particular set of circumstances would not have a legitimate choice, siding with Derrida, to refuse to decide the question based on his conviction that justice is impossible. Since that judge is compelled to decide the case, either he avoids philosophy in law and turns to other sources for support for his decision; or, he invokes elements of philosophy in law that are squarely inconsistent with the critical philosophy that he endorses within the confines of the language game of philosophy.

Given the complexities identified in the course of the preceding discussion, there can be no single answer to the question of the legal validity of any actual or contemplated use of philosophy in law. Some cases are easy either because there is no room for philosophy in law or because there clearly is, but recourse to it ought to be completely uncontroversial. Where the constitution forbids affirmative action and no

³⁸ If the philosophically prompted reform results in adoption of a new law legalizing same sex marriage by the legislature, then no philosophy in law would be in play. But if such reform were pursued through judicial reinterpretation of a constitutionally established equal dignity principle, then there would be an area carved out for philosophy in law.

³⁹ The Convention was adopted in 1987 and ratified by 147 countries as of 2010. See *UN Treaty Collection*, <http://treaties.un.org>

⁴⁰ See CAT, Article 1.

⁴¹ See J. DERRIDA, "Force of Law: The Mystical Foundation of Authority", in D. CORNELL, M. ROSENFELD and D. CARLSON (eds.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, 1992, p. 3.

supranational applicable norms require it, philosophical arguments in favor of it are not legally relevant and hence not legally valid. On the other hand, if a constitution extends freedom of religion to all religions and a court must decide whether such freedom already granted to Christians and Jews ought to be extended to Muslims, then, to the extent that philosophy in law may be appropriate under the circumstances⁴², the only plausible answer that it could provide would be in the affirmative.

Leaving aside the threshold question concerning the appropriateness of turning to philosophy in a particular situation⁴³, this leaves basically three different categories of harder cases. These are in increasing order of difficulty from the standpoint of legal legitimacy: First, cases in which the conclusions within philosophical discourse to be incorporated into law happen to be unwarranted; second, cases involving essentially contested philosophical concepts over which there is widespread disagreement within the polity; and third, similar cases to those in the second category, with the difference that the disagreement extends beyond the polity as it concerns supranational or international norms applicable within the polity's legal system. Moreover, as between these three categories, the difference between the first and the remaining two is one of kind whereas that between the second and the third is one of degree.

Cases falling in the first of these categories present more of a practical than a theoretical problem. They involve an error in philosophical reasoning or in the application of a philosophical proposition that becomes incorporated into law. Were the unwarranted step confined to the language game of philosophy, it could eventually be straightened out through further engagement in philosophical discourse. Once incorporated in law, however, it becomes legally binding and may be difficult to dislodge as when it becomes embedded in a judicial precedent within a common law jurisdiction.

From a theoretical standpoint, the philosophical error that has now become incorporated in law can be easily dealt with through further argumentation within philosophical discourse coupled with a convincing argument as to why the correct philosophical conclusion should replace the erroneous one currently incorporated into the law. This can be illustrated through an analogy with economics in law. Suppose a country's antitrust law is aimed at prohibiting all significant anti-competitive conduct, and that a judge accordingly decrees a particular business practice to be illegal upon concluding erroneously that it is anti-competitive. Suppose further, that a consensus

⁴² This would depend, for instance, on whether or not there were legally binding precedents on the definition of a religion. In the absence of such precedents, it would seem entirely appropriate to inquire within the language game of philosophy concerning what ought to count as a religion.

⁴³ The threshold question can certainly be hard as it may turn on contested views of whether there ought to be room for recourse to philosophy in law in a particular case. To the extent that the answer turns on whether the relevant factors within the language game of law preclude or not an opening to philosophy in law, the task is no different than that involved in any other interpretive controversy *within* the language game of law. On the other hand, if the answer depends on a choice among two or more contested propositions of philosophy in law, then the challenge is akin to those encountered in the hard cases posed by controversy over contested propositions of philosophy in law.

among economists develops leading to the conclusion that the prohibition of the practice at stake will thwart competition rather than help it. It seems clear in that case both that economic analysis is relevant to law and that the law ought to be changed to conform to what economic analysis properly conducted actually prescribes.

From a practical standpoint, a philosophical error should not be much more difficult to correct than one involving legal doctrine or the application of legal standards. An erroneous judicial inference in the application of norms that are wholly encompassed in the language game of law, such as an applicable doctrine in contract or tort law, does lead to a binding legal result, which can be overturned on appeal or subsequently through repudiation of precedents based on the error at stake or through corrective legislation. Correction of a philosophical error would seem amenable to a similar process, with the one difference that it would require a dialogue between practitioners of the two different language games involved in contrast to cases entirely confined within the language game of law. To return to the analogy above, just as an economist's analysis of anti-competitiveness may be readily "translated" for use in antitrust law, so too could a philosopher's conclusion relevant in law.

The question of philosophical error is likely to be relatively minor and to pale in comparison with the problems raised by the incorporation within law of normative content originating in philosophical discourse regarding essentially contested concepts over which there is widespread disagreement within philosophy. Furthermore, the reason for dividing reliance on contested philosophical concepts into two separate categories is predicated on the intuition that, all else being equal, one would more strenuously object on legitimacy grounds to being subjected to a supranational norm with which one strongly disagrees than to a comparable norm originating within the confines of one's own polity.

Vigorously contested norms are common both within the confines of law to the extent that it can be conceived as a separate self-enclosed normative system and within other relevant normative systems to which law is normatively open, such as morals, politics and philosophy. This leads to two key questions: To what extent do contested norms affect legal legitimacy? And, what difference does it make, if any, whether the contested norm is within the law as narrowly conceived as opposed to within an external normative order which is interstitially incorporated within law?

In a nutshell, reliance on contested norms does affect legal legitimacy and the challenge to the latter increases as one moves farther away from law as narrowly conceived and from the boundaries of one's community and of one's country. Before proceeding to detail this conclusion, one caveat is in order. For analytical purposes, each normative system involved and each source of law, national and supranational, will be taken separately. In reality, however, any complex contemporary legal regime depends on a cobbling together of elements from each of the normative systems discussed above (and undoubtedly others) and on integrating legal norms issuing from a plurality of sources. Consistent with this, to avoid distortion, the analytic conclusions drawn below will be supplemented by a brief synthetic account designed to suggest how the parts may fit within the whole.

Contested norms within law as narrowly conceived seem both inevitable and highly unlikely to have a significant impact on legal validity. For example, in a

legal regime where it is clearly up to the legislator to determine whether to impose a minimum wage law, adoption of such a law by a very narrow parliamentary majority in the face of a vigorous debate among an evenly divided citizenry, might not lessen divisions over the fairness or usefulness of the new law. But that would not have any significant effect on the law's *legal* legitimacy as a positivist pedigree theory of legal validity would appear to be largely sufficient. As we move away from the production of legal norms, and focus on their interpretation and application, greater challenges to legal validity could arise to the extent that pedigree issues may become open to greater challenges. Nevertheless, overall, short of attacking the legal regime as such, challenges to legal legitimacy in the context of regular production, interpretation and application of legal norms ought to remain minimal.

Contested norms in the other normative systems that have an impact on law, on the other hand, are likely to have an altogether different effect on legal validity. Take for example the moral debate over abortion in the context of a constitution that is silent on the subject but that enshrines individual liberty, equality and privacy rights. Assume further that the polity in question is fairly evenly divided among those who based on their most deeply held moral and religious convictions deem abortion to amount to infanticide and those who are morally persuaded that a woman's moral worth as a free and equal person requires her to have full control over her own body and that prohibiting her from having an abortion would be an affront to her moral worth. If under such circumstances a constitutional court must adjudicate whether a law criminalizing abortion is constitutional, it cannot avoid the contested moral issue, and it will inevitably antagonize one camp or the other, if not both ⁴⁴.

Where, like in the above example concerning abortion, the relevant moral and legal norms are inextricably intertwined and the moral norms remain highly contested and deeply divisive, any legal determination would seem subject to serious challenges regarding legal validity. In this respect, it is not surprising that the US Supreme Court's recognition of a constitutional right to abortion in *Roe v. Wade* ⁴⁵ has been one of its most contested decisions, prompting a massive assault on the legitimacy of its role as constitutional interpreter ⁴⁶. Moreover, the same applies in cases where the divide is

⁴⁴ The judges charged with deciding the constitutionality of the law banning abortion cannot avoid the contested moral issues by seeking refuge in the realm of law as narrowly defined, by invoking, for example, textualism as their chosen criterion of constitutional interpretation. A narrow textualist approach based on the lack of explicit constitutional provision addressing abortion would not deprive the consequent decision of moral effect and would lead at least implicitly to a morally charged further specification of the meaning of constitutional liberty, equality, and privacy for women. The only way that the judge could completely avoid the moral issues would be if the constitution systematically dealt with them by treating abortion explicitly and by providing legal standards for resolving differences among the contending camps. This would set an extremely high threshold that would be nearly impossible to achieve for both internal and external reasons. Internally, constitutional norms are unlikely to ever become fully exhaustive and, externally, given the contentiousness of the issue, it would seem impossible to muster the requisite level of support for exhaustive ex-ante agreement on all facets of the issue.

⁴⁵ 413 U.S. 113 (1973).

⁴⁶ See L. TRIBE, *Abortion: The Clash of Absolutes*, 1992.

over politics – in the sense of what is good for the polity – or over philosophy. The only significant likely difference between philosophy, on the one hand, and morals and politics, on the other, in the present context, is that to the extent that the former is more abstract and more prone to being inaccessible to the citizenry at large, recourse to it may produce increases in alienation. And greater alienation may often translate into more extensive questioning of legal legitimacy.

The argument in support of the assertion that incorporation of philosophy in law originating at a supranational level is likely to lead to more legal legitimacy objections than a counterpart set in motion at the national level is analogous to that above comparing philosophy to morals and politics. The supranational is more distant and seems much less amenable to control or influence from the standpoint of an affected national citizenry. Because of that, all other things being equal, a contested norm imposed from outside one's own polity would seem subject to greater objections on legal legitimacy grounds. Up to a point, legal legitimacy can be established based on an argument from democracy. As long as a polity as a whole has a solid basis for cohesion and lacks sources of profound existential cleavages, it stands to reason that some contested issues would be settled democratically and that those whose views had not prevailed would accept the legitimacy of the result on largely procedural grounds. Thus, the combination of lesser identification with supranational proponents of contested norms and less democratic input into supranational policy making and norm production⁴⁷ appears to make all legal norms and, above all, philosophy in law norms coming from abroad more vulnerable to legal legitimacy attacks.

As indicated above, an analytic breakdown such as the one just sketched is likely to be misleading absent a corresponding synthetic account that factors in the dynamics of the complex pluralistic legal regime prevalent in the typical contemporary polity. Indeed, in the abstract a foreign norm looms as more contestable than a domestic one, but that need not be the case. In an ethnically or nationally divided polity, for example, transnational norms may well sometimes become less contested than national ones. It is not hard to imagine that a dispute relating to applicable legal norms between Cataluña and Spain or Scotland and the UK may benefit from recourse to the EU. Or, to refer to another example, in theory there would seem to be to be much greater opportunity for contested philosophy in law instances at the level of constitutional law than at that of ordinary parliamentary law. Increasingly, however, these two levels become more intertwined, and in some countries like Germany, constitutional norms and principles have been made applicable to purely private legal transactions⁴⁸.

As these two examples illustrate, the analytic categories detailed above provide useful guideposts, but the dynamics of legal relationships in the multi-ethnic, multi-national, multi-religious contemporary polity seem bound to belie neat separations. An important consequence of this for present purposes is that significant contestability of legal validity and legitimacy will often extend all the way down to the level of

⁴⁷ Consider in this connection the claim that the European Union suffers from a “democratic deficit”. See D. MARQUAND, *Parliament for Europe*, 1979, p. 64.

⁴⁸ Pursuant to the German Basic's law “third party effect” or “*Drittwirkung*” fundamental rights protections extend to private party transactions. See N. DORSEN *et al.*, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, 2^d ed., 2010, p. 896.

infra-constitutional majoritarian law making. Conversely, contestability need not automatically increase as one progresses from the local to the global, and on occasion consensus may project all the way up.

In the end, philosophy in law, though interstitial, is ubiquitous as it can become incorporated directly or indirectly at all levels of the complex pluralistic contemporary legal order. Moreover, at least in significant part, philosophy in law triggers or increases contestability regarding legal validity and legal legitimacy. In short, philosophy in law is inevitable and it makes all claims to legal validity and legal legitimacy non-trivially contestable. In some cases, particularly where there is great convergence within the relevant polity, contestations will be easily met, but, under conditions of great divergence, serious damage to the entire legal order's claim to legitimacy may naturally ensue.

Contestability associated with philosophy in law cannot be eliminated, but its scope and intensity may be markedly reduced through commitment to a particular philosophical perspective, namely that carved out by normative pluralism. Normative pluralism strives to accommodate as many competing conceptions of the good as possible based on the belief that fostering plurality is a worthy and desirable end⁴⁹. Consistent with that, normative pluralism may be used to achieve inclusion of as many competing perspectives as possible thus minimizing irreconcilable conflicts among them, and accordingly reducing – without ever being able to eliminate – reasonably available grounds for contestation of legal validity and legitimacy. If an instance of philosophy in law could at once accommodate both libertarian and egalitarian liberals, then neither of the two would be prone to contesting the validity of the resulting legal norm (though non-liberals would still be excluded and thus likely to contest). Furthermore, whereas detailing how normative pluralism would operate in this context remains beyond the scope of the present undertaking⁵⁰, as a general rule it would seem best to combine a greater stress on diversity at the national level with more emphasis on unity at the transnational level. Hopefully, that would lessen contestation by prompting greater acceptance of difference among one's fellow citizens while at the same time searching for common values and points of convergence across borders.

Conclusion

The preceding analysis reveals that philosophy in law is inevitable in the context of complex modern legal systems. This means that law as a normative system must remain normatively open contrary to Luhmann's autopoietic theory which posits law as cognitively open but normatively closed. Moreover, philosophy in law must be distinguished from law under (moral or political) philosophy as understood by Dworkin. For Dworkin, law lacks coherent meaning unless interpreted in terms of a particular moral or political philosophy. Instances of philosophy in law, in contrast, are internally incorporated within law, are interstitial, and are unlikely to be amenable to being collectively harmonized into a single comprehensive normative theory within

⁴⁹ See M. ROSENFELD, *Just Interpretations*, *supra*, p. 199-234 (for an extended argument in favor of normative pluralism).

⁵⁰ For a more detailed discussion, see M. ROSENFELD, "Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism", *supra* note 10.

the language game of philosophy. As a consequence philosophy in law opens the range of opportunities for contestation of legal validity and legal legitimacy in any setting marked by significant disagreements regarding ideology, morals, politics and law. Finally, I have suggested that recourse to normative pluralism may help reduce the areas and intensity of contestation. That may be achieved through a recasting of poles of unity and of poles of difference within the relevant socio-political and legal space. However, any further inquiry into how exactly that might be accomplished so as to bolster law's legitimacy under current circumstances will have to be put off till another day.

Brèves remarques sur le légalisme : droit et règle

Luc J. WINTGENS

Une théorie du droit s'organise autour d'une définition du droit. Celle-ci articule, au niveau ontologique, la nature du droit, un terrain que se partagent traditionnellement le jusnaturalisme et le positivisme, avec des accents différents sur le « donné » et le « construit », sur le transcendant et l'humain. L'approche que je propose d'élaborer dans cette contribution explore une couche plus primitive, celle de l'ontologie même. Au sein de l'ontologie occidentale, nous assistons à une mise en chantier de la hiérarchie entre intellect et volonté à partir du XIV^e siècle. Cette mise en chantier donne lieu à une différenciation entre le réalisme d'un côté et le nominalisme de l'autre. Selon le premier, la réalité se compose d'idées ou d'essences dont l'accès mène à une vérité ontologique. Selon le deuxième, en revanche, les idées, essences ou concepts n'existent pas en soi, mais sont des constructions humaines. C'est sur cette différenciation dans l'ontologie même que se greffe la distinction entre jusnaturalisme et positivisme. Paradoxalement, les deux courants se recoupent dans l'idée du légalisme selon lequel la normativité d'une action doit être pensée comme le fait de suivre des normes ¹.

Dans le monothéisme chrétien, Dieu se manifeste comme origine, c'est-à-dire comme source autoréférentielle de l'Être qu'il est lui-même. De cette source découle tout l'Être et tout étant, ce qui remplace le premier moteur de l'Antiquité pour donner lieu à l'idée d'un Dieu tout-puissant. Cette conjonction de la tradition grecque avec le christianisme médiéval ne s'opère pas sans problèmes. Le nécessitarisme d'Averroès qui préside à la réintroduction d'Aristote dans le monde occidental s'avère en effet difficilement compatible avec l'idée d'un créateur tout-puissant et donc absolument

¹ Voir J. N. SHKLAR, *Legalism. Law, Morals, and Political Trials*, 2nd ed. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1986.

libre. Le nécessitarisme a mené sans détour à la condamnation en 1277 de cette approche, tout en donnant le vent en poupe à la critique de la toute-puissance divine telle qu'elle était célébrée dans la *Somme théologique* de saint Thomas d'Aquin².

Cette critique a causé une véritable révolution copernicienne dans la relation entre l'homme et son créateur, démarche qui se développe en deux grandes étapes. La première étape en produit la prémisse essentielle. C'est à Duns Scot que nous devons l'articulation de celle-ci. En s'attaquant à la théorie, héritée d'Aristote, des quatre causes³, qui se rejoignent dans chaque étant, il argumente que « matière » et « forme » sont séparables, si Dieu le voulait, c'est-à-dire *de potentia absoluta Dei*. Même si, dans l'expérience humaine, matière et forme se trouvent souvent sinon toujours unies, cela n'est d'aucune façon nécessaire. Autrement dit, il est logiquement possible, puisque pensable, que forme et matière soient séparées, si Dieu le voulait *de potentia absoluta*.

La distinction entre matière et forme est un exemple de ce que Scot appelle la distinction formelle⁴. Cette distinction met en lumière le caractère absolu de la puissance divine. Ce caractère absolu signifie que le pouvoir divin ne connaît d'autre limite que celle que lui impose la nature divine. Or, il n'est pas logiquement contradictoire de penser que Dieu aurait pu, dans sa toute-puissance, séparer matière et forme. La matière ne recevant pas son être de la forme, elle peut donc exister séparément de celle-ci, et elle peut être connue comme telle, tout cela si Dieu le voulait.

La deuxième étape développe cette idée en la radicalisant. Plus spécifiquement, c'est sous la plume de Guillaume d'Occam qu'on trouve les traces les plus claires d'une nouvelle compréhension de cette relation⁵. En effet, les théologiens du Bas Moyen Age font partir leurs réflexions sur le monde de leur croyance en Dieu. La philosophie se présente dans cette perspective comme servante de la théologie⁶, l'explication rationnelle de la foi, partant d'une participation à – ou dépendance de

² Voir THOMAS D'AQUIN, *Summa Theologica*, Turin, Marietti, 1910 ; M. BASTIT, *La naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de saint Thomas à Suarez*, Paris, PUF, 1990 ; H. BLUMENBERG, *The Legitimacy of the Modern Age*, translated by R. M. WALLACE, Cambridge, MA, MIT Press, 1983 ; V. BROCHARD, *Etudes de philosophie ancienne et philosophie moderne*, Paris, Vrin, 1954 ; A. DE MURALT, *L'enjeu de la philosophie médiévale. Etudes thomistes, scotistes, occamiennes et grégoriennes*, Leiden, Brill, 1993.

³ Voir ARISTOTE, *Politics*, in *The Complete Works of Aristotle*, edited by J. BARNES, Princeton, NJ, Princeton University, 1984 ; ARISTOTE, *Metaphysics*, in *ibid.* ; P. AUBENQUE, *Le problème de l'être chez Aristote. Essai sur la problématique aristotélicienne*, 3^e éd., Paris, PUF, 1972.

⁴ Voir DUNS SCOT, « Quaestiones in Secundum Librum Sententiarum a Distinctione tertia usque ad decimam quartam », in *Johannis Duns Scoti Opera Omnia*, Paris, Vives, 1893 ; DUNS SCOT, « Reportata Parisiensia », in *ibid.*, 1894.

⁵ Voir G. D'OCKHAM, *Scriptum in Librum Primum Sententiarum Distinctiones II-III*, edited by S. BROWN and G. GAL, St. Bonaventure, NY, Franciscan Institute, St. Bonaventure University, 1970 ; *Summa Logicae*, edited by G. GAL and S. BROWN, St. Bonaventure, NY, Franciscan Institute, St. Bonaventure University, 1974 ; M. McCORD ADAMS, *William Ockham*, vol. 1. Notre Dame, IN, Notre Dame University Press.

⁶ Voir E. GILSON, *Le philosophe et la théologie*, Paris, Arthème Fayard, 1960.

– l'esprit divin. Cette approche *a Deo* se trouve remplacée, sous la plume d'Occam, à deux niveaux ⁷.

Premièrement, au lieu de l'interprétation ontologique ou métaphysique de la toute-puissance divine, est proposée une interprétation logique. Selon cette nouvelle interprétation, Dieu ne crée plus le monde selon le plan de la loi éternelle. L'erreur de l'interprétation ontologique consistait, selon les adeptes de la nouvelle approche, à limiter la puissance divine à créer ce monde-ci et l'empêchait dans sa toute-puissance d'en créer un autre. Même si Dieu créait le monde selon un plan qu'il avait lui-même créé, l'objection ne perdrait rien de sa validité, parce que l'idée même d'un plan guidant la création serait à même de limiter la liberté créatrice divine. La limitation de la liberté divine par l'homme est jugée blasphématoire parce qu'elle se heurte à la croyance en Dieu tout-puissant.

Entre alors en ligne le deuxième aspect. La toute-puissance divine ayant sa base dans la foi se voit articulée du côté de la philosophie. C'est le théologien qui interprète la toute-puissance en philosophe, c'est-à-dire par les seules lumières de la raison non assistée par la révélation. Il s'agit d'une compréhension de la toute-puissance *a homine*, par la raison humaine. Partant de la façon dont l'homme peut comprendre la nature divine, s'ouvre le vaste champ des mondes possibles que Dieu aurait pu créer dans son omnipotence. Cette interprétation logique remonte donc de la compréhension humaine de la nature divine vers la croyance en Dieu tout-puissant, *a homine* et non plus *a Deo*. Plus exactement, l'intellection de la nature divine passe de la conception de Dieu qui se révèle à travers sa création à l'idée de ce que l'Être tout-puissant pourrait créer. La toute-puissance divine se dédouble ainsi en *potestas absoluta* et *potestas ordinata*. Peut être créé tout ce qui n'entre pas en contradiction avec la puissance absolue. Tout ce qui est logiquement possible peut être créé, mais ne l'est pas nécessairement. L'interprétation logique de la toute-puissance s'avère donc comme une compréhension modale du monde créé, c'est-à-dire comme possibilité.

C'est bien de la « compréhension » du monde qu'il s'agit, et non plus de son « être ». En effet, quoique nous attribuions couramment le « tournant linguistique » en philosophie à Wittgenstein, c'est à Occam, et avant lui à Abélard que revient l'honneur d'en avoir fourni les prémisses initiales. Pour les nominalistes, la vérité se situe au niveau de l'énoncé. Comprendre le monde est une activité de l'entendement humain. Celui-ci opère avec l'aide du langage, parlé, écrit ou pensé, pour ne s'exprimer qu'en lui. Or, tandis que Wittgenstein proclamait que l'on doit se taire sur les choses dont on ne peut parler ⁸, la piste ouverte par Occam était plus radicale. Ce que l'on ne peut concevoir en termes logiques et exprimer en des propositions non-contradictaires, ne peut par conséquent pas exister.

Comme toute existence d'une création, il s'ensuit que ne peuvent être créées que des « choses » dont l'existence n'entre pas en contradiction avec la nature divine. La thèse de la séparabilité de la matière et de la forme, du côté des choses (*ex parte*

⁷ Voir E. A. MOODY, *The Logic of William of Ockham*, London, Sheed & Ward, 1935 ; M. A. PERNOD, « Innovation in William of Ockham's References to the « Potentia Dei » », *Antonianum*, 45, 1970, p. 65-97.

⁸ L. WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, translated by G. E. M. ANSCOMBE, Oxford, Blackwell, 1976.

rei), étant acquise de *potentia absoluta Dei*, elle n'attend que sa radicalisation sous la plume d'Occam. Celle-ci revient à dire qu'il est incompréhensible parce que logiquement inconcevable que Dieu, étant tout-puissant, puisse créer des formes, des idées, des concepts, des essences ou des genres qui auraient une existence *extra mentem*. Si les concepts existent ou ont un *esse objectivum*, ils n'existent tout au plus que dans l'entendement humain qui fonctionne désormais de façon autonome pour les découvrir comme idées claires et distinctes. C'est la piste modérément nominaliste sur laquelle se lancera Descartes. La piste radicalement nominaliste pour sa part, qui est celle d'Occam, leur dénie tout *esse objectivum* et les réduit au statut de construction humaine⁹.

Voilà les grandes lignes de l'interprétation logique de la toute-puissance divine qui voit le jour dès le début du XIV^e siècle et qui est riche de conséquences quant à la pensée normative. Tout pouvoir venant de Dieu, comme s'en était expliqué saint Paul, force nous est de constater qu'en l'absence logique d'un plan guidant la création, la normativité dans la création s'efface devant l'impossibilité de créer des essences comme par exemple la nature humaine. Celle-ci informait l'homme de sa *causa finalis* qui, selon la *visio beatifica* prédominante pendant le Moyen Age, était de « voir Dieu ». Elle est remplacée par la *visio intellectualis* ou une compréhension de Dieu par les seules lumières de la raison. C'est le premier thème de l'ère moderne qui va se développer à partir de Descartes comme le *rationalisme* menant à l'épistémologisation de la philosophie.

Un monde et des êtres dépourvus de finalité ne sont pourtant pas sans normes. La suite logique de la nouvelle interprétation de la toute-puissance divine s'annonce comme une transformation de la nature de la loi divine et la communication de celle-ci à ses créatures désormais libres puisque dépourvues de normativité naturelle. Voici le deuxième thème de l'ère moderne, la *liberté*. Il est logiquement lié au troisième *leitmotiv* de la modernité, à savoir *l'individualisme*. Dieu ne pouvant plus créer des essences, des « natures » ou des *species* voit paradoxalement son omnipuissance limitée à la création d'individus qui ne sont plus liés par une nature commune. Ne peuvent exister que des êtres individuels, libres de toute contrainte normative naturelle, mais non pas dépourvus de normes pourtant. Ainsi, l'ensemble de la création se conçoit désormais comme une collection d'étants individuels, qui se dit comme *totum sunt partes*.

C'est à leur liberté que Dieu surimpose sa loi comme norme, loi qui ne trouve désormais plus sa source dans la loi éternelle comme plan de la création, mais qui provient uniquement de la volonté divine unie à l'intellect divin. Volonté et intellect sont deux aspects qui ne sont plus hiérarchiquement ordonnés comme l'entendait la haute Scholastique, mais unis. La volonté n'étant plus hiérarchiquement subordonnée à l'intellect selon la tradition intellectualiste, il s'ensuit qu'elle a une priorité sur l'intellect. L'intellect divin peut informer mais n'ordonne plus, laissant libre cours à la volonté toute-puissante qui s'étend jusqu'au libre arbitre divin. Ainsi, les dix

⁹ Voir P. VIGNAUX, « Nominalisme », in A. VACANT *et al.* (dir.), *Dictionnaire de théologie catholique*, vol. XI, Paris, Letouzey & Ané, 1931 ; J. LARGEAULT, *Enquête sur le nominalisme*, Paris et Louvain, Nauwelaerts, 1971.

commandements doivent désormais se comprendre comme ayant pour seule source le libre arbitre divin.

Pour être librement commandées, ces normes pourraient donc être arbitraires, voire changer, selon la discrétion de la volonté divine. Arbitraire, le premier commandement d'aimer Dieu aurait tout aussi bien pu prescrire de le haïr (*odium Dei*). Au commandement de ne pas tuer, une exception est faite pour Abraham à qui il est ordonné de sacrifier son fils. De même que le pouvoir de commander n'exige aucune justification quelle qu'elle soit de la part de Dieu, il peut accorder sa grâce au bon samaritain autant qu'au meurtrier, tout aussi bien à celui qui le hait qu'à celui qui l'aime.

Résumons. Les trois thèmes de l'ère moderne, à savoir l'individualisme, le rationalisme et la liberté et leur connexion se trouvent préparés dès la fin du Moyen Age. C'est à partir d'une approche de Dieu par le seul moyen de la raison naturelle que sa toute-puissance est interprétée de façon logique. D'un côté cette interprétation élargit le pouvoir créateur dont l'intention est tout ce qui est logiquement possible. Il s'ensuit d'un autre côté qu'est logiquement exclue la création des natures ou d'essences. La conséquence en est l'individualisme ontologique, qui entraîne comme suite nécessaire la liberté naturelle qui n'est limitée que par l'imposition des normes commandées par Dieu. Ces trois thèmes sont logiquement liés à la toute-puissance divine dans sa nouvelle interprétation. On pourrait donc les déduire l'un de l'autre selon différents schémas partant chaque fois d'un concept différent d'où suivent les deux autres.

Dans les pages suivantes, je propose de continuer notre réflexion à partir du thème du rationalisme, ce qui nous mène inévitablement à Descartes. Si j'ai souvent qualifié celui-ci d'initiateur de la pensée philosophique moderne, j'ai aussi apporté une nuance importante. Cette nuance consiste à voir le rationalisme, l'individualisme et la liberté s'enraciner dans le contexte théologique médiéval.

L'originalité de Descartes réside dans son effort de court-circuiter une des conséquences de l'interprétation logique de l'omnipuissance divine. Cette conséquence revient à ce que Dieu comme cause première peut causer en nous l'intuition d'un objet non existant, de la même façon que le fait tout objet existant comme cause secondaire. Il s'ensuit que nous ne savons pas qui (Dieu) ou quoi (l'objet) a causé cette intuition, de sorte que nous ne savons pas si notre connaissance est vraie ou non. Elle ne peut évidemment pas l'être au cas où l'intuition ne correspond pas à une chose existante, c'est-à-dire quand elle est causée par Dieu *de potentia absoluta*. L'interprétation logique de la toute-puissance divine se résout donc en un scepticisme épistémologique, dont Descartes cherche à endiguer les conséquences ontologiques¹⁰.

L'hypothèse du malin génie que Descartes invoque, traduit ce souci que provoque ce scepticisme et propose une solution à ce problème. Le malin génie, dans une certaine interprétation, ne serait autre que Dieu qui essaierait de « tromper » l'homme. C'est l'hypothèse d'une intuition d'une chose non existante produite par Dieu, cause

¹⁰ Voir R. DESCARTES, « Méditations métaphysiques touchant la première philosophie dans lesquelles l'existence de Dieu et la distinction réelle entre l'âme et le corps de l'homme sont démontrées », in *Œuvres de Descartes*, vol. IX, Paris, Vrin, 1996.

première. Même s'il l'essayait (ce qui serait sans doute une pensée blasphématoire), il n'y réussirait pourtant pas, puisque l'homme est capable par la seule raison naturelle, c'est-à-dire la raison non assistée par la révélation, de prendre conscience de sa propre existence. Cette prise de conscience de son existence est une première certitude qui est en même temps ontologiquement vraie, sans devoir faire appel à la véracité divine dont auront besoin les autres idées claires et distinctes déduites à partir du *cogito*.

La solution du problème du scepticisme affecte à son tour les deux autres thèmes, notamment l'individualisme et la liberté. L'homme ayant confirmé son autonomie par rapport à son créateur, se voit réaffirmé dans son statut d'individu ontologiquement séparé de ses semblables. L'homme ne partage aucune « nature » avec ses semblables, de quoi Hobbes tire une conclusion politique : l'homme-individu est libre, c'est-à-dire doué d'un droit à tout. Le chaos qui en résulte dans l'état de nature le mène à la constitution d'une société politique, suite à la loi naturelle. Plus tard, Kant¹¹ raisonnera selon une piste structurellement similaire à celle de Descartes et de Hobbes. Il substituera la conscience transcendantale théorique et pratique comme source de vérité et de normes à une réalité comme objet de connaissance et de normativité tout en faisant abstraction de Dieu. Vérité et morale proviennent de la seule source qu'est la raison.

Il est peut-être étonnant de voir Descartes, Hobbes et Kant rangés sur une même ligne. Je m'en explique. Le Dieu de Descartes est indifférent au Vrai tout autant qu'au Bien, puisqu'il les crée tous les deux lui-même. Quant au Vrai, l'idée du vrai est une création divine et se résume dans le principe de non-contradiction. Quant au Bien, le souverain Bien est bien parce que créé par Dieu. Le souverain Bien est objet de connaissance tout comme le principe de non-contradiction est le fondement de cette connaissance. Que Dieu aurait pu commander de le haïr reste une possibilité pour Descartes comme il s'en explique dans son entretien avec Burman. C'est l'entendement qui prescrit alors à la volonté « ce qu'il faut faire », et par conséquent la bonté morale de l'acte revient à sa correspondance au bien créé et imposé par la volonté divine, source de ces normes. Ainsi, on observe chez Descartes une forme de légalisme.

Hobbes¹² pour sa part coupe la voie vers le Bien qui est une essence que son nominalisme lui interdit de connaître, parce qu'il ne peut exister. C'est à la loi naturelle, commandement divin, qu'il revient de mesurer la bonté morale d'un acte. Ce n'est plus le Bien, créé et imposé, qui guide nos actions, c'est la volonté divine, qui s'exprime dans des normes, qui est la mesure de la bonté morale des actes humains. Surgit ici comme ailleurs la distinction dans le pouvoir divin entre la volonté créatrice et la volonté impérative que l'on retrouve chez Pufendorf. En bonne doctrine nominaliste, ce sont deux aspects du pouvoir tout-puissant et non pas deux pouvoirs différents. Force est de constater, comme le fait Hobbes, que la même logique nominaliste a pour

¹¹ Voir E. KANT, « Metaphysical First Principles of the Doctrine of Right », in *The Metaphysics of Morals*, translated by M. GREGOR, Cambridge, Cambridge University Press, 1996 ; E. KANT, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, translated and edited by M. GREGOR, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

¹² Voir notamment Th. HOBBS, *Leviathan : or, the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, in *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, vol. III, edited by W. MOLESWORTH, 2nd ed., Aalen, Scientia Verlag, 1966.

conséquence que les lois naturelles, qui trouvent leur fondement dans la volonté de Dieu, sont inopérantes dans l'état de nature.

Leur caractère inopérant dans l'état de nature est dû au vide sémantique qui les affecte. Leur « vrai » sens n'existe pas. Cela force Hobbes à faire appel à un autre Dieu, mortel celui-ci, pour donner un sens aux commandements divins. C'est au souverain civil qu'incombe cette tâche. Quoique la source de son pouvoir soit toujours d'ordre divin, l'autorité (*auctoritas*) de ses commandements se trouve liée à la fois à la loi naturelle qui oblige rationnellement à instaurer l'Etat et à la volonté représentative des sujets qui conforment ainsi leur volonté au commandement divin. Tous les commandements du souverain sont désormais moralement obligatoires. Ils le sont non pas de par leur contenu mais de par le fait qu'ils expriment la volonté du souverain imputée à ceux qui lui ont donné naissance. La bonté de l'action morale revient ainsi à la correspondance de l'acte avec le commandement du souverain qui est imputé à celui qui a l'obligation d'y obéir.

C'est ce dernier aspect qui nous mène vers Kant. Champion de la dignité humaine au niveau de la connaissance ainsi que de l'action, il reconstruit le thème de la liberté à partir de l'individu rationnel. Etant rationnel, l'homme est capable de se représenter la loi comme s'il en était lui-même le législateur. L'imposition d'une norme serait contraire à sa dignité. L'idée que se fait Kant de la liberté humaine est inséparablement liée à l'autonomie de la volonté de l'homme. Celui-ci doit présupposer un sujet « derrière lui » qui que cela puisse être, tout comme une « chose en soi » qui peut-être existe mais reste en tout état de cause inaccessible à la connaissance humaine.

En se représentant librement l'idée de la loi, c'est l'universalisation d'un contenu qui en fournit la forme. Le contenu de la loi provenant des maximes de l'individu, sa volonté de les voir applicables à tous en détermine la légalité. La bonté morale d'une action revient ainsi à la correspondance de celle-ci à la norme universalisée qui trouve sa source dans la bonne volonté de l'homme. Est bonne la volonté qui se conjugue selon les exigences formelles de l'universalisation par respect pour la loi à laquelle la volonté doit se conformer.

A la différence de Hobbes, avec qui il partage l'idée d'un contrat social¹³, Kant fait la distinction entre la morale et le droit. C'est le même impératif catégorique, loi morale ultime, qui commande l'action morale et la fondation de l'Etat. Pour que je puisse vouloir que le mien soit protégé, il faut également vouloir que le tien le soit. Ainsi, je *dois* quitter l'état de nature, non pas pour me promener librement dans la forêt, mais parce qu'il *faut* entrer dans l'Etat civil. Le commandement de la loi morale se dédouble désormais, du moins en principe, en l'obligation morale qui s'adresse à la volonté et l'obligation juridique qui exige de se conformer extérieurement aux normes étatiques indépendamment du motif de l'action. Légalité morale et légalité juridique trouvant leur source dans le même impératif catégorique, elles partagent le dénominateur commun qui est la conformité à une norme, qu'elle soit intérieure ou extérieure.

D'une façon ou d'une autre, nos trois philosophes s'alignent sur l'interprétation logique de la toute-puissance divine. Selon cette interprétation, ils contribuent tous

¹³ Voir par exemple J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2006.

à leur manière au légalisme qui en découle. Le légalisme, on s'en souvient après la lecture de *Legalism* de Judith Shklar, est l'attitude éthique qui consiste à considérer l'action morale comme « suivre des règles », et les relations morales comme des droits et des devoirs contenus dans ces règles, et peu importe d'où ces règles proviennent. La conformité à la norme, voilà en quoi consiste la moralité de l'action. Le légalisme n'est donc pas le monopole du positivisme mais se rencontre également dans le jurnaturalisme moderne¹⁴.

Le cadre global du projet étant ainsi esquissé, nous devons maintenant déterminer brièvement la contribution spécifique de chacun des trois philosophes à celui-ci.

La perspective épistémologique que Descartes développe part du Dieu tout-puissant, qui crée l'idée de vérité ainsi que le souverain Bien. Le monde aurait pu être différent si Dieu l'avait voulu partant de sa *potestas absoluta*. Il a créé ce monde-ci de façon arbitraire. Pour éviter le piège du scepticisme, le sujet s'oppose à son créateur et se pourvoit ainsi de son autonomie épistémique. Ainsi la certitude épistémique ouvre la porte vers la vérité ontologique, passage qui est garanti par Dieu. Avant de pouvoir agir, il faut que l'homme connaisse les normes commandées. Mais cette connaissance ne peut provenir que de la représentation que l'homme s'en fait. Il se représente ce qui est commandé et qu'il trouve comme contenu de son intellect.

La certitude de la connaissance de ces contenus de pensée comme représentation présuppose pourtant que le monde *est* tel que nous nous le représentons. Si Dieu nous garantit la vérité de ce que nous connaissons de façon claire et distincte, il nous incombe pourtant d'accomplir notre partie de la tâche, à savoir penser correctement. Si nous pensons correctement, le monde *est* tel que nous le concevons dans notre entendement. Voilà le représentationalisme avec lequel Descartes contribue au projet philosophique moderne.

Hobbes pour sa part y contribue avec sa perspective politique en s'appuyant sur la conséquence de la toute-puissance divine, à savoir l'indifférence de Dieu par rapport au Bien. Son épistémologie nominaliste interdit l'accès aux essences que de toute façon Dieu ne pourrait pas créer. La nature humaine n'a par conséquent plus de valeur normative, tout comme le reste de la création d'ailleurs qui baigne dans le vide normatif. Ce vide normatif de la création est pallié par l'imposition des lois naturelles dont la connaissance dépend d'un exercice de représentation de l'homme grâce à sa capacité rationnelle.

Kant enfin concourt au projet en y apportant une perspective morale en critiquant l'origine divine de la connaissance humaine qui se doit de déterminer ses propres limites par rapport à la religion¹⁵. Suite à cette césure le sujet construit sa connaissance du monde qui s'annonce comme intuition, et qui est transformée en représentation par les catégories de l'entendement. Il en va de même au niveau pratique où le sujet se représente comme auteur de la loi selon les exigences de l'impératif catégorique, qui est lui-même une représentation de la loi.

¹⁴ Voir M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, 2^e éd., Paris, PUF, 2003.

¹⁵ Voir L. J. WINTGENS, « Modern Science as Freedom. An Essay on the Mechanisation of the Worldview, Religion, and the Epistemologisation of Philosophy », *Rechtstheorie*, 41, 2010, p. 199-232.

Le représentationnalisme qui prédomine dans le projet auquel Descartes, Hobbes et Kant contribuent par leur perspective épistémologique, politique et morale affecte à son tour l'idée d'« obligation ». L'obligation se conçoit à partir d'une norme, la conformité à celle-ci constituant la moralité de l'action. Leur approche s'articule à partir d'une première vérité (Descartes), une première norme (Hobbes) ou une première valeur (Kant).

Comme je l'ai montré plus haut, de par la toute-puissance divine telle que pensée dans l'interprétation nominaliste, l'intentionnalité naturelle du sujet ne s'oriente plus sur le Vrai ni sur le Bien. La connaissance ne passe plus de l'objet vers l'intentionnalité du sujet, tout comme l'action ne peut plus être orientée vers le bien naturel. Les objets sont des choses individuelles et il ne peut exister de connaissance du général. La généralité que porteraient en eux les objets, à savoir leur essence, ne peut être créée par Dieu. Il s'ensuit que la connaissance doit trouver son origine dans la conscience de l'homme, et elle doit se limiter à des idées individuelles. De la même façon, l'orientation naturelle de la volonté vers le Bien donne lieu à une confrontation avec la toute-puissance divine.

La recherche de la vérité procède désormais selon le seul principe de non-contradiction, vérité éternelle créée par Dieu. Le résultat en est que la connaissance de la vérité est ancrée dans le sujet qui en a la certitude, avec l'aide de Dieu qui garantit la correspondance avec la réalité. Cette garantie n'est plus censée nécessaire pour Hobbes et pour Kant, qui se contentent de certitude ou de vérité analytique, dont la correspondance avec la réalité reste incertaine parce que les choses en soi sont inconnues ou inexistantes.

C'est la même logique nominaliste qui affecte la nature du bien qui, dans un cadre téléologique, orientait l'action. L'existence d'un monde téléologique est condamnée ; il se voit remplacé par un monde normativement vide. C'est ici que le vieux problème de la nature du bien réapparaît. Dans l'*Eutyphron*, Platon se pose la question de savoir si quelque chose est commandé parce que c'est bien, ou si c'est bien parce que c'est commandé. Nombreux sont les philosophes qui ont traité ce problème avec différentes nuances. La logique nominaliste implique une prise de position ferme : la toute-puissance divine empêche de penser que le bien est bien « en soi ». Il ne peut être pensé comme bien que parce qu'il est commandé.

Ainsi, pour Descartes, Dieu crée le souverain Bien et le commande. C'est l'entendement qui lui impose *a priori*, de par Dieu qui est indifférent au bien, la norme par laquelle le sujet sait « ce qu'il faut faire ». La norme commandée sert d'intermédiaire entre celui qui est commandé et celui qui a l'autorité de le faire. Cette relation triadique transforme par conséquent la nature de l'obligation, qui se présente désormais comme une relation verticale entre celui qui commande et celui qui est commandé. Ce dernier se trouve dans l'obligation de conformer son action à la norme commandée, obligation qui consiste à conformer sa volonté à une volonté supérieure. La norme comme commandement trouvant sa *source* dans la volonté tire son *autorité* de la supériorité de celui qui commande.

On voit ainsi se substituer, dans la pensée normative, une logique binaire avec son vocabulaire déontique de « bon/mauvais », « moral/immoral », « légal/illégal » à une approche en termes d'« excellence » propre à l'approche téléologique. Cette

transformation de la nature de l'obligation et la substitution subséquente d'une morale des devoirs à une morale des vertus a des répercussions sur les « sources » du droit.

On se souvient de l'argument de Duns Scot selon lequel la toute-puissance divine permet de penser la matière comme séparable de sa forme. La matière n'étant plus ontologiquement liée à une forme, le même raisonnement s'applique à la norme. Comme nous l'avons vu, la toute-puissance divine limite la volonté créatrice à la seule possibilité de la création d'individus. Par un argument structurellement identique, la volonté impérative divine ne peut plus être liée à un contenu préétabli qui est ensuite commandé. Dieu pouvant ordonner qu'on le haïsse, il pourrait également commander de tuer ou de voler. Par conséquent, la norme divine n'est plus obligatoire de par son contenu, mais de par le fait qu'elle est commandée.

« Commander » est un acte purement formel qui ajoute à n'importe quel contenu propositionnel la forme de « norme ». Comme la forme est ajoutée au contenu, ils sont donc séparables au même titre que la matière et la forme des étants. Il en découle une deuxième séparation, à savoir celle entre la légalité de la norme (aspect formel) et sa légitimité (portant sur son contenu). La connaissance de la norme, « ce qu'il faut faire », est ainsi précédée de la re-connaissance de celle-ci. On re-connaît la norme à sa forme, son « être commandée », indépendamment de son contenu.

Ces brèves remarques sur le légalisme montrent l'origine d'une façon de penser la normativité comme conformité à une norme. Le légalisme, toujours prédominant dans la pensée juridique, n'est pas une invention de la modernité. Il trouve ses racines dans la pensée pré-moderne, à commencer par Duns Scot et Occam, et poursuit son développement dans la pensée de Descartes, Hobbes et Kant, parmi bien d'autres. C'est d'eux que nous avons hérité notre façon de penser le droit en termes de règles qui ne paraît que difficilement surmontable.

La moralité purement interne du droit ou l'art de la retenue et de la connexion

Thomas BERNIS

Les débats de théorie du droit laissent penser qu'on ne peut traiter de la règle de droit sans avoir *au préalable* posé le choix de « comprendre » celle-ci de manière *soit* interne au droit lui-même, développant ainsi une théorie pure du droit de type positiviste, *soit* externe, qu'il s'agisse alors de se référer à une extériorité morale, dans le cadre d'une théorie jusnaturaliste, ou à des rapports psycho-sociaux, dans le cadre d'une approche « réaliste » psychologique ou sociologique, ou à une décision politique, dans le cadre par exemple d'une approche républicaine mais aussi de type « schmittien » ; chacune de ces trois dernières approches, malgré leurs différences fondamentales, se rejoignent dans le fait de repousser l'idée d'une autonomie du droit, telle que prônée au contraire par la perspective positiviste.

Au contraire, et paradoxalement, la pratique juridique, et cette sorte de « bon sens » dont se réclament les analyses philosophiques de Guy Haarscher lorsqu'il tente d'approcher cette pratique, nous semblent reposer de la manière la plus profonde sur le fait de refuser, ou de reporter, un tel choix plutôt que de le considérer comme *préalable* à toute prise en considération juridique. Qu'est-ce à dire ?

Nous voulons suggérer par là que c'est l'abandon du caractère préalable de la dichotomie interne *versus* externe qui assure la possibilité et même la force du droit : en d'autres mots, c'est toujours *dans* le droit, tel qu'il s'exerce (et non *avant* le droit), que cette dichotomie ¹ peut avoir un éventuel sens, mais le droit lui-même disposant donc d'une consistance historique propre qui n'est essentiellement pas sujette ou relative à cette dichotomie. Disant cela, nous ne supprimons pas, bien entendu, la différence

¹ Dont l'expression rythme d'ailleurs toute l'histoire de la pensée du droit. Ainsi, le fameux passage de saint Augustin (*La Cité de Dieu*, livre IV, chap. IX, Paris, Le Seuil, 1994, p. 167) où il compare le souverain et le pirate témoigne avant tout de la permanence de cette tension.

entre l'intérieur et l'extérieur, ni l'intérêt des théories qui se fondent par référence à cette opposition. Nous proposons seulement de faire de ces deux pôles l'enjeu même d'une hésitation du droit lui-même, d'une hésitation propre au droit *tel qu'il se fait*, c'est-à-dire que le droit doit être pensé comme libérant une telle hésitation depuis la pratique qui lui est propre en ce qu'elle ne subit dès lors pas cette dichotomie, ou encore en ce que cette pratique consiste à produire les conditions d'une indifférence à la dichotomie en question de telle sorte qu'elle puisse devenir l'objet d'une éventuelle hésitation. Cet article tentera de montrer quelles pourraient être quelques-unes des composantes, issues de traditions philosophiques diverses, d'une philosophie du droit qui respecte cette hésitation en la considérant comme inhérente au droit, dès lors que ce seraient les mots et la pratique du droit qui la rendent possible.

Partir des exigences que les juristes se donnent

D'un point de vue méthodologique, il s'agira en conséquence de proposer un type de philosophie *du* droit (considérée ainsi sous l'angle d'un génitif plus subjectif qu'objectif) qui ne se présente pas comme le dévoilement des fondements pouvant être offerts au droit, mais comme l'analyse des exigences que les juristes se donnent à eux-mêmes pour produire du droit. Sur ce point, le travail de Bruno Latour sur la mécanique du droit déployée dans le cadre du Conseil d'Etat français nous paraît véritablement exemplaire².

Si de la sorte, le philosophe du droit semble devoir nécessairement se replier sur un point de vue internaliste, celui-ci n'apparaît que comme provisoire, au sens où l'était la morale par provision de Descartes dans le *Discours de la méthode*. Ce repli internaliste n'a en effet de sens que dans la mesure où il n'est pas considéré comme la conséquence logique d'un fondement donné, mais seulement comme l'expression expérimentable d'une stabilité initiale à produire ; cette stabilité permettant d'ailleurs elle-même de relayer ou de refléter des enjeux et des soucis externes. Au même titre, on peut toujours considérer que l'exclusion de la perspective jusnaturaliste chez Kelsen est le reflet d'un jusnaturalisme plus profond³. Bref, l'ouverture de la question du fondement ne donne lieu qu'au constat d'une ambiguïté toujours plus intense, et c'est ce vis-à-vis de quoi le droit s'offre la possibilité de se montrer d'abord indifférent.

Ce qui pourra par contre apparaître ainsi, dans le repli provisoire du droit sur lui-même, ce n'est ni plus ni moins qu'un *ethos* spécifique au juriste, dont le moteur serait un souci de cohérence le poussant à relier sans cesse chaque acte produit à la totalité du droit. Cette cohérence, qui n'est comme telle ni le reflet d'un fondement donné, ni la conséquence d'une autonomie assurée, pourrait donc être pensée non pas tant comme le fait du système en tant que tel, pas même dans une perspective que nous pourrions appeler luhmanienne, que comme le résultat du travail constant de tous ceux qui y participent.

² B. LATOUR, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002.

³ Ou que le fameux passage de saint Augustin auquel on s'est référé dans une note précédente est avant tout le reflet du caractère difficilement dépassable d'une posture juridique positiviste.

C'est à ce titre que nous voulons parler d'une « moralité interne du droit », mais en donnant à celle-ci une inflexion qu'elle n'avait pas dans l'esprit de celui qui le premier a fait usage de ce terme. Sans pour autant contredire les différents principes de légalité cernés sous ce nom par Lon Fuller⁴, avec le sens essentiellement procédural qu'il leur reconnaissait (et donc la rationalité communicationnelle ainsi supposée), nous pensons en effet qu'il est surtout important de pointer dans cette moralité interne l'ensemble des exigences éprouvées qui la constitue au sein même de la mécanique du droit, avec les répétitions, les obligations et les rites qui lui sont propres et qui témoignent d'un souci de la cohérence spécifique au monde du droit.

Ne se soucier que des conséquences juridiques

Par cette idée d'une moralité interne du droit, il ne s'agit donc nullement de restaurer un horizon jusnaturaliste contre les positivistes, en confondant, selon ces derniers, la sphère morale et la sphère juridique, mais de montrer la moralité inhérente à la rigueur de la posture positiviste elle-même telle qu'elle se déploie en effet dans les institutions juridiques. C'est précisément sur ce point que le travail de Latour nous semble éclairant quand il indique que la force du droit, sa capacité à juridiciser l'entièreté du social, découle de l'accumulation de procédures et de travaux de textualité par lesquels sont produits une distance, un détachement, une indifférence par rapport à la réalité même des objets que les juristes ont à traiter ; en ce compris par rapport à l'histoire future de ces objets, dès lors que cet *ethos* juridique dénote aussi un soin à n'induire *que* des conséquences juridiques, avec pour conséquence que c'est la réalité tout entière qui semble ainsi prendre une forme juridique de par ce travail du droit. Cette sorte de retenue, qui serait comme telle de la force, de l'efficacité, nous apparaît comme le cœur de la moralité interne du droit⁵.

Concrètement, ce détachement, cette prise de distance, dont on ne peut qu'éprouver la prégnance et l'efficace dès qu'une part de notre réalité est travaillée ou mise en forme juridiquement, est ce qui fait que le droit n'est pas une simple casuistique, quoi qu'on en pense, aussi relativiste qu'on soit, aussi sensible qu'on soit aux lectures du droit d'un Montaigne⁶ ou d'un Derrida⁷ avec les coups de force qu'elles révèlent au sein du droit qui ne suppriment pourtant jamais la spécificité du registre du droit. Je dirais même que c'est à l'aune, dès lors bénéfique, de cette possibilité d'une

⁴ L. FULLER, *The morality of Law*, Yale Univ. Press, 1969, p. 33 et s., qui dénombre huit principes de légalité constitutifs de cette moralité interne du droit, à savoir la généralité, la publicité, la non-rétroactivité, l'intelligibilité, le caractère non contradictoire, la praticabilité, la stabilité de la norme, et enfin le fait que sa mise en œuvre corresponde à sa formulation.

⁵ Ceci ne s'oppose nullement à l'idée que le champ juridique organisé par cet *ethos* peut et même doit aussi être analysé de manière critique non seulement comme un espace de concurrence (avec une véritable division du travail entre des prétentions concurrentes) pour le monopole du droit, mais aussi comme le lieu d'une violence symbolique qui passe par l'exclusion du profane et la neutralisation des enjeux (c'est-à-dire précisément cet effet de déréalisation que nous analysons). Dans une telle perspective, voir bien sûr P. BOURDIEU, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, septembre 1986, p. 3-19.

⁶ Voir T. BERNS, *Violence de la loi à la Renaissance. L'originaire du politique chez Machiavel et Montaigne*, Paris, Kimé, 2000.

⁷ Voir J. DERRIDA, *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994.

dissolution du droit, d'une réduction du droit à un texte ou une fiction parmi d'autres reflétant des rapports de force singuliers, que s'apprécie réellement sa spécificité⁸, son irréductibilité à une suite de cas, ou encore, que s'apprécie le fait que le tribunal, comme lieu de référence du droit, est l'expression d'un système qui ne peut jamais seulement se comprendre comme une simple instance de médiation ou de conciliation parmi d'autres.

L'art de la retenue

Voilà ce qu'il nous semble fondamental de percevoir, d'analyser et de respecter dans toute sa singularité, c'est-à-dire comme propre au monde juridique, comme fruit du travail constant des juristes – mais surtout pas comme fondé en quelque sorte à leurs dépens ! Cette spécificité, fruit de ces accumulations et de ces répétitions de procédures mises en évidence par Latour grâce auxquelles les juristes produisent incessamment un détachement capable d'assurer les vérités juridiques, est elle-même due à un souci extrêmement raffiné du système, à une sorte de conscience en acte du système (et je crois qu'ici le doute doit subsister quant à la nature du génitif !). Le système n'existe en effet que par la répétition des gestes et des procédures qui ne cessent de le prolonger et de le renforcer. De cela, de cette précarité et de l'urgence qu'elle induit, le juriste semble extraordinairement conscient, et c'est ce qui nourrit sa vigilance. Le droit nous apparaît de la sorte comme cette construction, certes sans fondement préalable, mais entièrement habité et nourri par le souci de sa propre cohérence interne, un souci agissant dans la moindre petite veinule du monde juridique qui devra toujours avoir été préalablement connectée.

Si la doctrine avait pris l'habitude de distinguer trois manières concurrentes de rendre compte de la validité d'un droit – la validité formelle, fonction du seul ordre juridique dont le droit en question fait partie, la validité empirique, qui renvoie ce droit à son efficacité dans un contexte psychologique, social, économique ou politique donné, la validité axiologique, qui abordera chaque droit en fonction des « valeurs » qu'il accepte de relayer – pour considérer qu'il conviendrait peut-être désormais de les combiner⁹, il nous paraît bien plus fondamental de voir dans l'ensemble de la pratique juridique, et dans toute son histoire, un travail constant de mise en suspens préalable du choix qu'impliquerait une telle distinction, et de considérer dès lors que la combinaison effective de ces trois types de validité découle d'une telle mise en suspens. Cette mise en suspens, qui libère alors ces trois possibilités, consiste dans le fait de replier l'enjeu juridique sur la seule question de la production d'effets à caractère strictement juridique. « Ne te soucie d'abord que des effets juridiques de chacun de tes actes », tel serait le secret de cette moralité interne du droit, capable sur cette base, du fait de ce repli sur le seul monde du droit, de recouvrir des enjeux de nature diverse hors de celui-ci. Mais ce qui compte ici, ce qui doit d'abord être pensé

⁸ Pour le dire avec Montaigne, « Quiconque leur obeyt parce qu'elles sont justes, ne leur obeyt pas justement par où il doit » (*Essais*, III, 13), ce qui laisse entendre qu'une certaine justesse propre au droit résiste à son éloignement de tout fondement dans le juste, et persiste malgré la reconnaissance des fictions qui le constituent.

⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 324 et s.

quant au droit, c'est le moment du repli, cette retenue qui consiste, dans le chef du juriste, à se concentrer sur les seuls effets juridiques produits. Aucune négation de la réalité ou de l'importance des enjeux moraux, naturels, politiques, etc. dans ce repli ; seulement, une retenue, grâce à laquelle ce qui comptera désormais, c'est uniquement que ces autres enjeux puissent être correctement traduits dans le langage du droit.

Cette retenue en apparence procédurière, et la distance par rapport au réel – « objet » du droit – mise en évidence par Latour qui en découle, peuvent apparaître comme une sagesse¹⁰, la sagesse de reporter tout simplement la question du fondement du droit pour plutôt *faire* du droit, en maintenant en son sein une hésitation fondamentale dont les différentes composantes pourront du moins s'exprimer désormais dans les mots du droit.

Connecter et pourchasser tout danger de dispersion

Le langage du droit est ainsi reconnu et analysé comme exigeant, comme profondément contraignant : rien de libre, rien de joué d'office, ni donc de formel, dans cette traduction. Tout l'art du juriste consiste à trouver la bonne traduction dans le langage des conséquences juridiques, traduction par laquelle l'unité du système juridique sera garantie. Cette intransigeance à maintenir une unité tout en ajoutant, cet art de maintenir l'unité dans l'augmentation¹¹, fait du juriste un artiste de la connexion, qui pourchasse toute forme de dispersion. Les limites qui feraient sombrer le droit dans une pure casuistique, qui réduiraient le tribunal à une simple enceinte de négociation, seraient franchies précisément si cette connexion de tous les actes de droit était défaite, déliée ou même assouplie.

Cette connexion qui garantit l'unité d'un système de droit ne peut d'aucune manière être rencontrée si on la réduit à un élément purement formel, à une question de structure. Pour la saisir, il faut au contraire accepter de la concevoir comme un véritable élément de qualité : même si la validité se pense en terme d'appartenance, même si elle « désigne simplement l'appartenance au système juridique »¹², elle nous fait entrer dans un registre qualitatif dans lequel pourra très strictement s'apprécier la qualité juridique d'un texte ou d'un acte. Tout ne peut pas être traduit et bénéficier de cette qualité juridique : c'est précisément ce que montrent les travaux de Guy Haarscher, quand ils mettent en lumière les dangers des mauvaises traductions de certains droits et libertés dans le champ des droits de l'homme¹³. Même dans le domaine des droits de l'homme, les bonnes et les mauvaises traductions ne s'apprécient pas tant à l'aune de la nature de l'homme qu'à celle de la rigueur juridique et des exigences résultant de ce réseau de connexions qui composent le droit.

¹⁰ Sagesse qu'on retrouve aussi dans *certaines* versions de la laïcité (cet autre champ d'étude majeur de Guy Haarscher), quand celle-ci exprime une retenue, mue par l'idée toute générale qu'il y a des questions auxquelles « il vaut mieux ne pas toucher » !

¹¹ Dont H. ARENDT (« Qu'est-ce que l'autorité ? », in *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1972, p. 160) fait le socle même de l'autorité.

¹² M. TROPER, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2003, p. 48.

¹³ Et plus particulièrement des tentatives de limitation de la liberté d'expression : voir par exemple G. HAARSCHER, « La laïcité et le poids des mots », in N. GEERTS (dir.), *La laïcité à l'épreuve du XXI^e siècle*, Bruxelles, Editions Luc Pire, 2009.

Se soucier de la sécurité du système

De cette qualité qui fait le droit, le système dans son ensemble est considéré comme dépendant, que celui-ci se pense de manière réglementaire ou jurisprudentielle : c'est l'état de droit comme tel, c'est le système de droit lui-même qui serait mis en péril par une norme qui lui serait incompatible tout en prétendant l'intégrer. Peu importe la question bien trop théorique de savoir si une telle norme, dans sa singularité, ferait ou ne ferait pas partie du système qui l'aurait produite : ce qui compte de notre point de vue est le fait que l'art de la connexion dont est porteur le juriste consiste à considérer que le système, qu'il soit pris en considération sous une forme codifiée ou jurisprudentielle, est mis en jeu dans son ensemble par chacune des phrases qu'il écrira, laquelle doit s'intégrer à ce système, au point que chacun des éléments qui composent ce dernier existe sur un mode plus relationnel ou syntaxique que substantiel.

Cette qualité de juridicité à laquelle le juriste veille, et par laquelle le système juridique peut augmenter sans se disperser, assure la possibilité de la sécurité juridique, entendue comme le principe selon lequel le justiciable doit pouvoir prévoir les conséquences de ses actes : ces conséquences sont précisément les conséquences juridiques dont le juriste a fait son horizon. En d'autres mots, si le droit apparaît comme un univers où la sécurité pourra régner, c'est dans la mesure où cet univers se déploie précisément dans ce langage et cette connectivité auxquels le juriste accepte de se tenir.

L'art de la connexion propre au droit doit être pris en considération pour lui-même, en appréciant tout autant ce qu'il permet de mettre de côté que ce qu'il permet de « faire ». Prenons un exemple, qui ne peut qu'intéresser le philosophe et susciter son étonnement ; c'est la question entêtante de ce qu'est la vie privée, et de ce qui la distingue d'un autre type de vie. Le philosophe affrontera spontanément cette question en tentant de produire des partages à même la vie, en renvoyant celle-ci aux exigences diverses qui doivent nécessairement la baliser ; derrière la vie privée on cherchera ce qu'il y a de plus intime, de plus intérieur, de plus propre à la personne. Si on regarde la vie privée depuis le droit¹⁴, on trouve une série d'aspects de la personne radicalement hétérogènes les uns par rapport aux autres qui sont liés d'une manière extrêmement forte et contraignante sans pour autant jamais devoir être considérés comme les « parties » d'une nature unitaire et intime de la personne elle-même : la race, les opinions religieuses ou politiques, la vie sexuelle, l'usage des langues (dans le cas de la Belgique !) renvoient de manière fondamentalement différente à la personne et n'en sont pas moins des aspects de la vie privée (en Belgique). Le droit apparaît ainsi comme la possibilité de connecter des éléments hétérogènes, sans détour ontologique, et même contre tout détour ontologique (en se « retenant » de faire ce détour) : qu'est-ce que la vie privée ? La race, la foi, la sexualité, la langue, etc. Pourquoi ? Parce que ces données sont sensibles et qu'on doit donc les protéger : c'est à partir des conséquences, à protéger, permettre ou exclure, sur le terrain juridique que la vie privée prend forme comme un ensemble cohérent qui devra être lui-même relié à d'autres aspects de la vie humaine.

¹⁴ Voir par exemple la loi belge du 4 juillet 1962, modifiée le 1^{er} août 1985, relative à la statistique publique.

Leçons et contagions : du juriste au philosophe

De par la spécificité de cette moralité interne du droit, celui-ci apparaît comme véritablement digne d'intérêt pour le philosophe, et ce, alors même que ce dernier n'est plus investi de la mission d'en dévoiler les fondements. Si le monde du droit apparaît comme digne d'intérêt pour le philosophe au nom de sa capacité à être produit en l'absence de tout fondement, par la seule rigueur de ceux qui l'habitent, il offre de la sorte aussi l'occasion d'analyser à nouveaux frais le rapport mutuel de fascination qu'entretiennent ces deux mondes. Et sur cette base pragmatique, la philosophie critique du droit devient aussi une philosophie critique de la philosophie systématique.

En effet, le point névralgique qu'il nous paraît nécessaire d'évoquer ici réside dans le fait qu'au réalisme des anciens, soucieux d'un ordre inscrit dans les choses ou dans la volonté divine, a succédé l'idée de la possibilité d'un ordre à la fois strictement humain et rationnel – qui dès lors semblait exclure la représentation prudentielle de la pratique juridique qui avait prévalu auparavant. Le juriste devenait philosophe, et non plus artisan. Approcher à nouveau l'art du juriste réclame de défaire cette équation qui depuis le seuil de la modernité unissait trop facilement le droit et la philosophie, pour y réintroduire une dimension technique.

Il ne s'agit pas ainsi de restaurer la nature des anciens contre l'artificialisme des modernes, mais plus modestement de faire du monde du droit, avec ses artifices bien spécifiques, un monde parmi d'autres, construit selon une moralité bien particulière, et apte à susciter à ce titre des questions.

Ceci suppose au préalable de relativiser l'importance de la référence des penseurs majeurs du XVII^e siècle au modèle mécaniciste et géométrique, pour montrer combien l'idée et la pratique de la construction des systèmes philosophiques ont plutôt été nourries par un certain esprit lié aux théories et aux codifications juridiques du XVI^e siècle, voire antérieures, avec le souci dont elles témoignaient d'une structuration et d'une organisation cohérente de la diversité ; et ce, au même titre que ce sont avant tout les idées de souveraineté, de sujet, de contrat, d'état, d'ordre, de personne, de nature qui sont apparues à cette époque comme les points cardinaux à partir desquels réfléchir la vie humaine. L'éloignement de la théologie a donné lieu au seuil de la modernité à un consensus relativement généralisé autour de l'idée selon laquelle la « *vera et summa philosophia* », voire la « *vera theologia* », sont contenues par excellence dans les livres de lois et dans l'activité, hégémonique et supérieure à toute autre, des juristes, des auteurs de codifications, des jusnaturalistes, etc.¹⁵

Bref, ramener le droit à sa teneur la plus technique, aux qualités qui y donnent lieu et à la moralité qui la sous-tend, c'est aussi la meilleure manière d'entreprendre la critique des quelques concepts de la tradition jusnaturaliste qui trouvent leur force dans le fait de se déployer dans un espace de continuité et d'échange entre le droit et la philosophie. Cet espace de continuité et d'échange, quand on le considère pour lui-

¹⁵ Le superbe article de D. R. KELLEY, « *Vera Philosophia : the Philosophical Significance of Renaissance Jurisprudence* », *Journal of the History of Philosophy*, 14, 1976, p. 267-279, offre un point de départ très solide pour une enquête sur cette prétention philosophique du juriste renaissant.

même, n'apparaît pas du tout comme ce « nœud », défini par l'idée de la souveraineté entendue comme la réponse ultime mais parfaitement solipsiste dès lors qu'elle ne peut jamais que se vouloir elle-même, réponse vis-à-vis de laquelle le droit ne serait jamais que la vérification, et une vérification qui ne pourrait être que répressive. Cette réduction du pouvoir à sa première teneur juridico-discursive, qui fut à juste titre remise en question par Michel Foucault, est précisément ce que permet d'éviter la prise en considération du droit, non pas depuis son fondement, mais depuis les contraintes qui s'y donnent et s'y dévoilent¹⁶. Et en conséquence, ce n'est plus la clôture représentée par le souverain qui retient notre attention comme objet de la fascination du philosophe, mais, à l'opposé et de manière à se défaire de cette fascination, le soin apporté à la cohérence d'un système qui n'est justement jamais encore clôturé. Sur cette base, de nouvelles questions peuvent être ouvertes – et avant tout celle-ci.

D'autres états de droit sont-ils possibles ?

La qualité de juridicité qui se déploie à même la technique juridique est aussi précisément ce qui permet et permet de passer du « *rule of men* » au « *rule of law* ». Historiquement, notre droit apparaît ainsi comme essentiellement lié à l'Etat : cet état de droit qui a pu nous éloigner du gouvernement des hommes est le droit de l'Etat, ou au moins dans l'Etat...

Peut-on imaginer « exporter » désormais cet état de droit, ce droit qui s'est accompli dans l'Etat, vers d'autres entités que celui-ci, dans d'autres « états » (sans majuscule), dans d'autres espaces que celui-ci, des espaces plus internationaux ou plus « privés » ? Cette question doit être posée, et peut du point de vue que nous adoptons ici être considérée donc comme ouverte, mais la réponse qui lui sera apportée doit prendre en compte l'*ethos* propre à notre droit de l'Etat. Ce n'est donc pas une sorte de qualité naturelle du droit qui le rendrait inexportable en ce qu'elle serait essentiellement liée à l'Etat, mais ce sont les exigences historiques et le « sérieux » dont les juristes se sont parés dans un monde qui en effet s'est organisé autour de l'Etat qui doivent être pris en considération pour envisager cette éventuelle « migration » normative. Et sur ce point-là, il faut reconnaître que Guy Haarscher exerça au sein du Centre Perelman, face à ceux qui, comme moi, voulaient explorer de nouvelles formes de normativité¹⁷, non étatiques, voire non juridiques, le rôle de garde-fou en rappelant à tout moment le sérieux de l'état de droit, avec cette moralité interne qui anime le droit et fait qu'il n'est pas seulement un espace de médiation parmi d'autres.

¹⁶ L'idée même de la discursivité du droit nous semble ici fortement compliquée par rapport à ce que Michel Foucault a pu en dire dans l'ensemble de son œuvre : ce n'est plus tant l'*énonciation* générale et préalable d'interdits permettant à la puissance souveraine de se vérifier qui nous paraît devoir être prioritairement analysée et critiquée (même si une telle pente correspond aussi à une certaine représentation du droit et du pouvoir dans la philosophie) que la *poursuite* cohérente d'un discours spécifique (et réfléchi comme tel) concentré sur les conséquences produites.

¹⁷ T. BERNIS, B. FRYDMAN *et al.*, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; T. BERNIS, *Gouverner sans gouverner. Une archéologie politique de la statistique*, Paris, PUF, 2009.

En se défaisant du présupposé que seul l'Etat a la forme du droit, le souci de la qualité de juridicité peut apparaître maintenant comme la première condition pour envisager d'autres états de droit – lesquels devraient donc être questionnés à l'aune de cette qualité, et pas seulement en terme d'efficacité, bien sûr, mais pas non plus sur une base exclusivement structurelle : il s'agit de se demander si un même degré de « moralité interne » peut être produit, et pas seulement si certaines formalités ou procédures peuvent être respectées. Ce souci de la qualité de juridicité apparaît donc plus globalement encore comme la condition pour ouvrir tout questionnement sur les différents types de normativité, et sur les nouvelles formes de normativité aujourd'hui en vogue (responsabilité sociale de l'entreprise, normativité statistique, évaluation et *benchmarking*...). Sur cette base à la fois pragmatique et qualitative, l'accent pourra être posé non plus sur la question du fondement de la normativité en question, non pas plus, pour autant, sur leur seule efficacité, mais sur ce qu'on appellera un peu pompeusement la puissance normative concernée, c'est-à-dire sur la capacité des normes en question à produire des concepts, des sujets et des objets intéressants, de manière cohérente, sérieuse et contraignante.

La question de la « régulation » éclairée par la démocratie antique

Lambros COULOUBARITSIS

Au seuil de la « contemporanéité »

Le débat autour du déficit démocratique dans nos régimes politiques, attribué aussi bien à la distance qui sépare de plus en plus l'Etat de la société civile qu'à la complexification croissante de nos sociétés dominées par les structures technico-économiques, a éveillé la nostalgie d'une démocratie directe, telle qu'elle fut conçue par Périclès. Après le règne de la démocratie représentative¹, héritière des Assemblées fort hiérarchisées de l'époque moderne, et, dans son sillage, la promotion de l'Etat providence², fondé sur l'idée de la protection des citoyens, l'image antique de la démocratie a retrouvé une certaine crédibilité à travers le thème d'une démocratie participative. Celle-ci est souvent envisagée d'une façon limitée à travers des projets particuliers pratiqués dans diverses régions du monde, selon une implication variable des habitants³. C'est pourquoi on tente aujourd'hui d'aller plus loin dans cette direction en engageant un débat autour de l'idée d'une « démocratie de proximité »

¹ Voir notamment B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996.

² Voir les études de H. HATZFELD, *Du paupérisme à la Sécurité sociale. Essais sur les origines de la Sécurité sociale en France 1850-1940*, Paris, Presses universitaires de Nancy, 1989 (1971) ; P. ROSANVALLON, *La crise de l'Etat providence*, Paris, 1984 (1981) ; F. EWALD, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986 et G. ESPING ANDERSEN, *Les trois mondes de l'Etat-providence*, 1990.

³ M.-H. BACQUÉ, H. REY, Y. SINTOMER, *Gestion de proximité et démocratie participative : les nouveaux paradigmes de l'action publique ?*, Paris, La Découverte, 2005 et L. BLONDIAUX, *Le Nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Paris, Le Seuil, 2008. Pour une critique de l'idée même de démocratie participative, voir M. KOEBEL, *Le pouvoir local ou la démocratie improbable*, Bellecombe-en-Bauges, Les éditions du Croquant, 2006.

pour pallier les aléas de la mondialisation qui alimente la marchandisation du monde, l'atomisation des sociétés et la passivité des citoyens. Aussi porte-t-il l'accent tantôt sur des politiques locales et territoriales où des proximités spatio-temporelles seraient réalisables⁴, et tantôt sur des modèles possibles instaurant une forme de cosmopolitisme politique par l'application de normes et de valeurs démocratiques à des institutions internationales, comme, par exemple, l'UE et l'ONU⁵.

Cette ambivalence pose la question de savoir comment on peut concilier des tendances aussi opposées, c'est-à-dire celle qui se concentre sur l'ordre local et celle qui est extrapolée jusqu'à l'ordre planétaire, en espérant réaliser une forme possible de proximité entre les êtres humains. Il n'est pas difficile d'observer que cette opposition se heurte à des obstacles à première vue insurmontables. Par exemple, si l'on peut espérer que l'autonomie décisionnelle des citoyens est applicable dans une démocratie de proximité, elle est moins évidente sur le plan du cosmopolitisme. D'autant que le cosmopolitisme contemporain doit tenir compte des structures technico-économiques dominantes, ce qui implique l'adaptation de la démocratie à l'évolution rapide du monde où les facteurs d'incompatibilité se multiplient et sont de moins en moins contrôlables. En fait, on risque de plus en plus d'appeler démocratie ce qui n'est – selon les termes des penseurs anciens (repris par Cornelius Castoriadis) – qu'une oligarchie, c'est-à-dire un régime fondé sur le pouvoir économique.

Plus concrètement, l'opposition entre démocratie de proximité et cosmopolitisme affronte des difficultés d'ordre à la fois conceptuel et pratique. Parmi les difficultés conceptuelles figure, au premier plan, la différence, le plus souvent occultée, entre proximité spatio-temporelle et proximité relationnelle. Du fait que les distances s'amenuisent grâce aux moyens de déplacement et que le temps se rétrécit (*via* les moyens de communication électroniques et notamment l'Internet), on croit le plus souvent que les rapports humains sont plus faciles qu'auparavant, l'absence de distance aidant à surmonter les conflits. Or, en réalité, cette simplification occulte l'importance des proximités relationnelles qui révèlent que l'absence des distances est susceptible d'accentuer les conflits ou, à l'inverse, d'amenuiser les conflits et d'accroître les proximités relationnelles⁶. Bien plus, cette simplification oblitère aussi la nécessité de règles tacites, qu'elles soient écrites ou non écrites, indispensables pour la régulation des proximités relationnelles. C'est dire qu'une proximité spatio-temporelle limitée, dans un couple, un foyer, un voisinage, une école, un bureau, une entreprise ou une

⁴ Voir sur ce sujet Ch. LE BART et R. LEFEBVRE (dir.), *La proximité en politique. Usages, rhétoriques, pratiques*, Presses universitaires de Rennes, 2005 et A. BOURDIN, M.-P. LEFEUVRE et A. GERMAIN (dir.), *La proximité. Construction politique et expérience sociale*, Paris, L'Harmattan, 2005.

⁵ Introduit, comme on le sait, par Kant, le cosmopolitisme a été développé récemment selon plusieurs versions. Voir, entre autres, les travaux de U. BECK, *Cosmopolitan Vision*, Cambridge, Polity Press, 2006 et D. HELD, *Cosmopolitanism. Ideal and Realities*, Cambridge, Polity Press, 2010.

⁶ Voir à ce propos, mon livre *La proximité et la question de la souffrance humaine*, Bruxelles, Ousia, 2005, ainsi que mon article « Proximité et antagonismes », in P. CALAME, B. DENIS et E. REMACLE (dir.), *L'art de la paix. Approche transdisciplinaire*, Bruxelles, Berne, Berlin..., P.I.E.-Peter Lang, 2004, p. 203-233.

association n'implique pas nécessairement des proximités relationnelles positives. Celles-ci requièrent d'autres conditions, tant d'ordre existentiel, comme l'affectivité, l'entente, le respect, l'amitié, la convivialité, l'hospitalité, etc. que d'ordre normatif, notamment sur le plan de règles de conduite. À l'inverse, la distance peut rapprocher les personnes grâce à la parenté, aux souvenirs, à la nostalgie, aux convictions communes, aux désirs, etc.⁷ Si bien qu'on peut considérer que la proximité relationnelle n'est vraiment positive que si elle met en jeu une forme de *régulation* dans les rapports sociaux.

Quant aux difficultés pratiques, elles sont multiples et variées, mais je pense que l'obstacle majeur est celui que j'ai qualifié d'*antinomie* entre les puissances technico-économiques qui dominent le monde et les aspirations démocratiques des citoyens. Cette antinomie me semble constituer la spécificité de notre *contemporanéité*, et dont le fonds propre n'est plus seulement le *multiple* hétérogène mis en évidence par la post-modernité, mais la *complexité* croissante, comme formant la nouvelle structure métaphysique de notre époque. Cette antinomie est si redoutable qu'elle peut paraître insurmontable, dans la mesure où il faudrait, pour qu'elle puisse être surmontée, transformer ces puissances en instruments de l'homme afin que les structures technico-économiques soient à la portée de chacun (comme c'était encore le cas des *technai* anciennes), et qu'elles puissent être contrôlables démocratiquement. Si, toutefois, cette transformation s'avère difficile, c'est pour plusieurs raisons, dont je retiendrai les plus claires⁸. Par exemple, les objets de la technique moderne qui envahissent notre environnement sont des facteurs de risque (tant pour être produits que par leur usage) et, en plus, sont tributaires d'une multiplicité de processus de provenance à partir de matières premières, dont chacun est lié intimement à des facteurs économiques (y compris la finance et la commercialisation) et à des facteurs existentiels (des multiples souffrances). Dès lors, la question de savoir comment peuvent être maîtrisées les puissances technico-économiques devient une question primordiale de notre contemporanéité, qui appartient essentiellement à la problématique de la complexité et doit, de ce fait même, mettre en œuvre des procédures de régulation.

De la configuration à la régulation

Pour éclairer cette perspective, on peut prendre comme paradigme la complexité propre à chaque individu et la façon dont elle est abordée dans la vie quotidienne. Une fois ce cas éclairé, il est possible d'extrapoler sur le plan des structures technico-économiques.

Lorsqu'on cherche à se connaître soi-même, on se heurte à la complexité qu'on y découvre, et qui est incommensurable. En effet, je ne découvre mon visage que par la médiation d'un miroir ou d'une photo, je connais peu de choses de mon corps et presque rien de mes organes, sans parler du psychisme qui se dérobe dès lors que je

⁷ Voir, en plus des études citées dans la note précédente, mes articles « L'ambiguïté de la bienfaisance », in *L'art de comprendre*, 15, 2^e série, 2006, p. 143-162 et « Loyauté et fidélité », in P. KERSZBERG, A. MAZZU et A. SCHNELL (éd.), *L'œuvre du phénomène* (Hommages de philosophie offerts à Marc Richir), Bruxelles, Ousia, 2009, p. 31-50.

⁸ Il s'agit là d'un des thèmes de mon livre sur *La proximité et la question de la souffrance humaine*, déjà cité.

l'aborde par le biais de l'inconscient qui est tributaire de toute mon histoire affective. En fait je ne me connais vraiment qu'à travers quelques *configurations* qui nous aident à vivre à chaque instant et à gérer le devenir. Par ces configurations que je façonne sans cesse, je progresse dans les domaines du savoir, de l'action et de la production, tout en formant mon propre monde de proximité – ce que j'appelle mon « monde proximal ». Celui-ci constitue mon monde personnel qui me permet de vivre d'une façon ordonnée, en laissant à distance non seulement la plus grande partie de l'univers, mais également la complexité qui me constitue, qui est en moi-même – et que je qualifie de « monde distal »⁹. Pour vivre dignement, il faudrait en théorie promouvoir, parmi toutes les configurations possibles de mes expériences, celles qui doivent être adaptées de telle façon qu'elles puissent affronter activement les problèmes quotidiens, sans se perdre dans le désordre pratique et psychique suscité par une fuite en avant dans l'effort de circonscrire une complexité irréductible¹⁰. Dès lors que les configurations que nous formons et qui sont constitutives de notre monde proximal contribuent à un *équilibre* existentiel, on peut les considérer comme formant des procédures de régulation qui contrôlent les dérives possibles dans nos pensées et actions. L'idéal serait qu'elles s'accordent à une forme d'*autonomie*, dans nos vies personnelles, qui nous préservent des multiples aliénations qui nous guettent quotidiennement.

Par analogie, on peut supposer que la complexité techno-économique qui cerne de toutes parts chacun de nous, mais chacun différemment, ainsi d'ailleurs que les acteurs politiques des institutions dans lesquelles nous vivons, ne nous est accessible que par des configurations que nous façonnons en produisant sans cesse notre propre monde proximal. Par les pressions qu'elles nous imposent, moyennant ces produits et images qui nous fascinent mais suscitent des tentations en faveur de la consommation, les structures de la technico-économie se dérobent à tout contrôle. Paradoxalement, s'il est vrai que la technique moderne a réussi, grâce à l'automatisation, à *réguler* la plupart de ses processus, en revanche, les structures technico-économiques, à cause des multiples *interactions* qu'elles impliquent et des systèmes non linéaires qu'elles mettent en jeu, souvent loin de l'équilibre, perturbent les contrôles. Or, si l'on souhaite contrôler d'une façon démocratique leurs puissances, nous n'avons pas d'autres moyens que d'opter pour des configurations efficaces, qui sont en fait des systèmes de *régulation*. Ceux-ci ne sauraient être assumés que si le politique atteste son autonomie afin qu'il puisse, sinon s'opposer aux régulations imposées par les mécanismes propres à la technico-économie, comme le sont la régulation des marchés, la régulation sectorielle et la politique conjoncturelle, du moins les infléchir dans le sens des intérêts des citoyens.

Cette précision fait voir que le terme de « régulation » ne se limite pas à un aspect seulement juridique, mais recoupe préalablement les trois axes qui ont convergé lors de son instauration à l'époque de la découverte de l'automatisation et de l'aspiration à l'autonomie de l'être humain : la technique, l'économie et le politique. A l'origine,

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Sur ce point, comme sur celui du politique qui suit, on peut trouver des éclaircissements dans l'œuvre de Cornelius Castoriadis, qui cependant ne discerne pas suffisamment le statut des puissances technico-économiques et occulte l'importance des souffrances humaines.

l'expression a servi à marquer l'*équilibre* et la *stabilité* d'une machine ou d'un système moyennant des techniques qui permettent de maintenir la constance d'un flux ou d'une fonction. Par extension, elle a été transposée à l'économie, avant d'acquérir un statut juridique et politique. En tenant compte de cette convergence, qui découle des systèmes *complexes*, j'entends par régulation dans le domaine de la technico-économie, les processus (activités diverses) et les normes (lois, règles et toutes sortes de règlements...) instaurés d'une façon autonome par le politique en rapport avec la réalité socio-économique, ce qui inclut des règles de conduite citoyenne permettant le contrôle des puissances technico-économiques afin d'empêcher les dérives qui agissent au détriment de l'intérêt de l'ensemble des populations, et qui risquent de subvertir la dignité humaine. Le principe de régulation concerne ici tout ce qui a trait à la protection et à l'épanouissement de l'être humain, ce qui inclut son intégrité personnelle, son environnement social et son écosystème. Or, la complexité de ce qu'il s'agit de réguler est telle que les procédures de régulation sont non seulement nombreuses mais doivent être adaptées d'une façon contextuelle et circonstanciée à tous les niveaux de la vie, allant du foyer jusqu'à la planète. Une approche plus approfondie de cette problématique devrait tenir compte des données actuelles des études sur la complexité et plus spécialement l'*émergence*, l'*auto-organisation*, les *systèmes complexes d'adaptation* et les *stratégies décisionnelles*¹¹. Toujours est-il que c'est dans cet espace que devient crucial un rapport possible entre une forme de démocratie de proximité et le cosmopolitisme.

En somme, face aux puissances technico-économiques, il convient d'établir des procédures de régulation aptes à garantir des pratiques démocratiques dans des sociétés de plus en plus complexes. Or, l'instauration de telles procédures n'est possible que si les conditions d'une *autonomie* du politique y existent déjà, ce qui ne me semble possible que si l'on consent à agir selon des principes propres à une *démocratie de proximité*. Ce genre d'autonomie me semble pouvoir agir, de différentes façons, sur les agents qui dominent les structures technico-économiques, pour réaliser des régulations susceptibles de contrôler leur puissance et leurs dérives éventuelles. Pour le dire autrement, ces régulations doivent s'accorder à chaque circonstance et à chaque contexte pour *configurer* la complexité des situations et des actions selon des *règles* démocratiques¹². Configurer des règles est une façon de réguler le système complexe qui caractérise la technico-économie. Celle-ci est d'autant plus redoutable qu'elle a la capacité de déployer ses propres mécanismes régulateurs qui alimentent sans cesse des intérêts particuliers au détriment des aspirations démocratiques des citoyens. Aussi, pour surmonter l'antinomie entre puissances technico-économiques et aspirations démocratiques, il faudrait envisager la possibilité d'*opposer* aux systèmes de régulation propres à la technico-économie (par exemple, la régulation du marché), des procédures de régulation politiques et juridiques, aptes à contrôler ces puissances

¹¹ Je reviens sur cette problématique dans un livre consacré à « La philosophie face à la question de la complexité », qui paraîtra aux Editions Ousia, en 2013. Mais je l'ai déjà abordé lors de deux séminaires (mai 2011 et juin 2012) du programme « Management et Philosophie » de la Solvay Brussels School of Economics & Management (ULB).

¹² Voir mon livre *La proximité et la question de la souffrance humaine*, *op. cit.*, complété depuis par de nombreuses communications et études parues ou en voie de parution.

par des moyens propres à l'autonomie du politique et à servir les êtres humains, en commençant par les protéger et par alléger leurs souffrances.

Retour paradigmatique à la démocratie antique

Pour évaluer la possibilité d'instaurer à l'échelle du cosmopolitisme une forme de démocratie de proximité qui soit respectueuse des contextes géopolitiques et qui puisse s'accorder avec les structures technico-économiques, il me semble utile d'engager, comme une sorte d'exercice, une analyse circonstanciée de la démocratie antique où la question de la proximité était centrale et plus claire, du fait qu'elle ne concernait que des cités territorialement limitées. Selon les données que nous établirons, on pourrait estimer s'il existe en elles des éléments qui sont susceptibles d'inspirer la politique actuelle, à condition de les extrapoler sur le plan cosmopolitique, qui est même éloigné de celui de l'Antiquité hellénistique, à cause des structures technico-économiques qui devraient y être intégrées. Compte tenu de toutes ces différences, un tel rapprochement est-il pertinent ? Je crois que oui, à condition de dégager quelques points précis qui ont rendu possible l'autonomie du politique, et qui pourraient servir aujourd'hui à repenser cette autonomie, diluée dans l'ordre technico-économique.

Il faut commencer par se rappeler que la démocratie antique avait réussi à allier la proximité spatio-temporelle, grâce à ses limites territoriales, et la proximité relationnelle en opposant aux multiples rapports négatifs (diverses formes d'antagonisme), un ensemble de rapports positifs (convivialité, bienfaisance, concorde, hospitalité, etc.). Ces proximités positives permettaient une sorte de régulation implicite de la vie dans la cité. Il est vrai qu'une fois que les territoires ont été étendus à l'époque hellénistique, par Alexandre le Grand et ses successeurs, puis par l'empire romain, la démocratie de proximité s'est progressivement effacée, sauf à l'époque de la République romaine. C'est dans le cadre des empires de l'époque hellénistique que les penseurs stoïciens ont mis en scène l'idée de cosmopolitisme. D'où la question qui doit nous interpeller aujourd'hui : compte tenu de ces données historiques, une démocratie de proximité n'est-elle pas condamnée d'avance sur un plan mondialisé ? Ou au contraire, existe-t-il des nouvelles conditions issues de la mondialisation et de la globalisation technico-économique, qui seraient susceptibles de la réaliser dans l'espace planétaire ?

A première vue, l'idée de proximité *relationnelle*, en tant qu'expérience concrète et intermédiaire entre la proximité spatio-temporelle limitée et la proximité qui fait irruption grâce aux technologies de communication, serait un facteur déterminant, du moins théoriquement, pour contribuer à la réalisation de ce genre de démocratie, quelle que soit la grandeur d'un territoire soumis à une gouvernance démocratique. Cependant, je l'ai souligné ci-dessus, notre contemporanéité est caractérisée, en plus des aspirations démocratiques des citoyens (qui peuvent réaliser des proximités relationnelles positives), par la *puissance* technico-économique, devenue, dans les conditions actuelles du monde, une puissance difficilement contrôlable. Cette antinomie est, on s'en doute, absente dans la démocratie antique. Cela doit être présent dans nos esprits, lorsque nous rapprochons démocratie antique et monde contemporain, relativement à des problèmes communs. C'est dire aussi que la proximité relationnelle ne suffit pas à mettre en valeur l'idée d'une démocratie de la proximité sur le plan cosmopolitique. Il faudrait un élément supplémentaire qui est le principe de régulation,

et que nous trouvons déjà inscrit dans le fonctionnement de la démocratie antique. Ce principe aurait comme fonction de réguler ce qui demeure improvisé ou calculé dans les proximités relationnelles, en leur assurant un cadre pour atteindre des équilibres, et qui met en jeu l'équité, l'émulation, la paix, etc.

En d'autres termes, l'absence d'une dimension technico-économique n'a pas empêché la démocratie antique de mettre en œuvre des *configurations* de contrôle dans les domaines économiques et politiques, qui constituent des modèles de régulation dignes d'attention. D'autant plus que la démocratie ancienne a instauré ces procédures par une pratique délibérative capable d'accomplir des projets communs. Parmi ces projets, l'un des plus importants a été un contrôle, du moins partiel, de la violence physique. Elle l'a fait, d'abord, au moyen des sports en instaurant des *pratiques d'émulation* et, ensuite, par les *débats politiques* en déplaçant les oppositions sur le plan de la violence discursive, – qui demeure encore aujourd'hui une configuration importante, mais problématique, des échanges politiques en démocratie, où la violence discursive est devenue un art, et dont les effets ne sont pas moins problématiques.

En fait, dans le domaine des débats politiques, la violence discursive (qui transfigure la violence narrative, fort présente dans les mythes, les tragédies, etc.) a été déterminée par la situation sociale particulière d'Athènes. Comme on le sait, la démocratie athénienne était une démocratie de citoyens libres et mâles, ce qui équivalait environ à quarante mille personnes sur deux cent mille habitants, – puisqu'on avait exclu les femmes, les esclaves et les classes sociales inférieures. Or, si en théorie, tout citoyen pouvait participer activement aux débats publics, en pratique, cela était impossible, sinon il faudrait un stade de la dimension d'un terrain actuel de football plein, mais sans l'usage d'un micro. Seuls quelques citoyens influents prenaient la parole, limitant la perspective du pouvoir égal pour tous les citoyens. Dans la mesure où les Athéniens avaient conscience de cette défaillance, ils avaient trouvé des procédures de régulation pour sauvegarder l'équité démocratique et se préserver des dérives prévisibles.

En d'autres termes, pour affronter un ensemble d'écueils qui subvertissaient l'entente dans la société civile, les dirigeants de la démocratie antique ont élaboré des procédures de défense, grâce auxquelles *le politique avait réussi à avoir (pleinement) l'initiative sur toutes les autres activités*. Parmi ces procédures figurent d'abord des régulations d'ordre économique, que l'on peut distinguer selon trois rubriques : (1) l'interdiction d'exploiter un sol ou de l'argent en prenant la personne comme gage ; (2) le jeton de présence aux Assemblées (*misthos*), (3) la responsabilité dans la reddition des comptes (*euthynai*). J'analyserai séparément la première régulation et je regrouperai les deux suivantes. Ensuite, je traiterai successivement les régulations d'ordre politique, que l'on peut également classer en trois rubriques : (1) l'ostracisme, (2) la dénonciation pour atteinte à la sécurité de la cité (*eisangélie*) et (3) l'action en illégalité (*graphè paranomon*).

Toutes proportions gardées, ces techniques sont des *configurations* pour délimiter les dérives, précisées sur le mode de différentes pratiques de régulation. Elles résonnent, dans certains cas, d'une façon très actuelle. D'où la question qui guide mon exposé : ces procédures de régulation peuvent-elles constituer des modèles, parmi d'autres possibles, pour rétablir la *confiance* du politique à notre époque, troublée

par les crises économiques et politiques dont les conséquences demeurent encore obscures ? Pour répondre à cette question, il est utile de les analyser, en essayant, au fur et à mesure, de les actualiser.

Le problème de l'endettement

Au cœur des problématiques de l'égalité de parole (iségorie) et de l'égalité de tous les citoyens devant la loi (isonomie), qui caractérisent l'originalité de la démocratie antique, s'inscrit, dès le départ, le problème de l'équité socio-économique, mise en place par Solon, lorsqu'il accéda au pouvoir en 594. L'origine du problème réside dans la crise économique qui ébranla l'Attique pour de nombreuses raisons, mais dont les principales sont le morcellement des terrains agricoles à cause des héritages, l'approvisionnement de produits moins chers à la suite de la colonisation et les rivalités avec la cité de Mégare qui provoquèrent des conflits. Face à cette situation, pour subvenir à leurs besoins et sauver leurs productions, les agriculteurs athéniens en difficulté ont dû emprunter de l'argent auprès des citoyens riches appartenant aux familles traditionnelles (les eupatrides). Mais dans l'impossibilité de rembourser leurs dettes, nombre d'entre eux se sont résignés à hypothéquer leur terre, en prenant le risque de l'incapacité d'honorer leurs engagements, ce qui impliquait à l'époque d'être réduit à l'esclavage.

Sans se prononcer clairement en faveur d'une réforme agraire (isomoirie) apte à fonder une égalité dans la possession du sol, mais qui aurait sûrement provoqué la réaction des eupatrides, avec le risque d'instaurer une tyrannie, Solon choisit de libérer les agriculteurs des dettes qu'ils avaient consenties, dues aux pressions économiques dont ils n'étaient pas responsables. L'initiative est d'autant plus remarquable que, pour rétablir la dignité humaine des pauvres, cette politique d'émancipation était accompagnée d'un *dispositif légal*, c'est-à-dire de lois écrites sur des stèles placées au centre de la cité (*agora*) pour marquer une *stabilité* durable¹³. Ces lois interdisaient, entre autres, à tout citoyen d'hypothéquer sa personne pour contracter un prêt, amorçant ainsi un processus de régulation d'ordre économique original et exceptionnel¹⁴.

En d'autres termes, par cette décision audacieuse, assumée moins par des considérations idéologiques (comme par exemple la nécessité d'imposer une réforme agraire) que par une réflexion pragmatique et réalisable, Solon configura le désordre et l'arbitraire régnant en imposant des normes pour réguler une situation multiples fois troublée et troublante. Par cet acte, il réussit à écarter l'aliénation de certains de ses concitoyens et à alléger leurs souffrances, tout en déterminant le cours de l'histoire

¹³ Voir N. LORAUX, « Solon et la voix de l'écrit », in M. DETIENNE (éd.), *Les savoirs de l'écriture en Grèce ancienne*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1992, p. 95-129, ainsi que mon étude, « Les enjeux du logos : de l'oral à l'écriture », in M. BROZE, B. DECHARNEUX, Ph. JESPERS et D. JONCKERS (dir.), *Oralité et écriture dans la pratique du mythe, Civilisations*, 46/1-2, p. 193-239.

¹⁴ Voir mon *Histoire de la philosophie ancienne et médiévale*, Paris, Grasset, 1998, p. 133-140, ainsi que « L'émergence de la cité solonienne ou la maîtrise de la violence », in A.-M. DILLENES (éd.), *La Philosophie dans la cité. Hommage à Hélène Ackermans*, Bruxelles, 1997, p. 189-215 ; « Les enjeux du logos : de l'oral à l'écriture », *op. cit.*

politique d'Athènes, en posant les prémices de la future démocratie, qui fit la renommée de sa cité.

On n'insistera donc jamais assez sur cette double révolution, qui constitue l'acte fondateur de la démocratie à Athènes, bien avant les réformes de Clisthène (507), qui introduisit une autre forme de régulation et d'équilibre par la division de la cité en *dèmes* représentatifs de l'ensemble des citoyens en vue d'ébranler les proximités électorales des membres appartenant aux familles riches des eupatrides. La politique de Solon avait assuré des fondements légaux à la cité, en fonction non seulement du principe régulateur d'*égalité*, mais aussi du principe novateur de *prévention*. Dans le premier cas, en vertu d'un horizon ultime d'égalité, la régulation permet, de *redresser* les injustices et d'établir l'*équité*, – thème qui sera thématiqué par Aristote, avant de devenir l'enjeu des philosophies politiques contemporaines¹⁵. Dans le second cas, en prévoyant quelques dérives futures, les lois cherchaient une régulation apte à éviter la répétition des anciennes dérives mais, il est vrai, sans rechercher les causes réelles qui les avaient provoquées.

Or, lorsqu'on découvre aujourd'hui la précarité dans laquelle vivent des milliers de familles dans le monde actuel, victimes de l'endettement dû à des structures économiques qui encouragent, par la production et l'innovation, *une consommation sans limites*, laquelle favorise, par surcroît, un système financier axé principalement sur le bénéfice croissant, l'inspiration historique de Solon paraît comme une solution révolutionnaire.

Bien entendu, les différences de conditions économiques, entre la minuscule cité athénienne et les Etats contemporains, ne prêtent pas à une comparaison de détails. La structure technico-économique actuelle est tellement complexe que les décisions ne peuvent pas être prises d'une façon univoque et simple, ne serait-ce que parce que, d'une part, les causes et les responsabilités, en interaction multiple, ne sauraient être délimitées et, d'autre part, les conséquences peuvent être néfastes par effet d'entraînement, provoquant une sorte d'avalanche économique. Du reste, si nos sociétés modernes favorisent le développement de telles situations, c'est aussi parce que les progrès du capitalisme (des finances) ont autorisé chacun de nous à acquérir des biens immédiatement en les payant à moyen ou à long terme. En différant le règlement d'une jouissance immédiate, cette possibilité extraordinaire offerte par nos économies, n'est pas un mal en soi. Ce qui devient un mal, c'est le manque de prévoyance de nos régimes politiques qui n'ont pas établi des systèmes adaptés de régulation, pour éviter les dérives. Pour de multiples raisons (que je ne vais pas étudier ici), nos dirigeants politiques ont laissé cette pratique se déployer d'une façon exponentielle, le plus souvent en prétextant que chaque citoyen libre est autonome, c'est-à-dire responsable de ses actions et est capable de contrôler ses désirs et d'évaluer ses limites financières. Paradoxalement, même l'Etat providence qui est fondé sur la protection des citoyens a contribué à consolider cette dérive.

¹⁵ Voir mon étude « De l'iségorie à l'isopraxie », in *Variations sur l'éthique* (Hommage à Jacques Dabin), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, p. 125-146.

Or, face à la marchandisation généralisée du monde et la pression de la surconsommation, secondée par une publicité efficace, cette sorte de confiance paraît, rétrospectivement, comme irréfléchie, voire comme un manque de responsabilité politique. D'où la nécessité désormais, d'une part, d'établir davantage la régulation préventive pour préserver les citoyens dans l'avenir et, d'autre part, d'engager une politique d'allègement des dettes des citoyens pour les libérer, comme dirait Solon, du « fardeau » qui les aliène¹⁶. En vertu de nos prétentions humanistes aujourd'hui, cette double nécessité n'amenuise en rien la nécessaire volonté d'aller plus loin, en s'inspirant de la politique de Solon et de libérer les êtres humains de leurs dettes, en dehors de toute considération morale ou financière, afin de rétablir ou d'établir leur dignité, qui concerne également un espoir pour les générations futures. Certes, cette éventualité paraît actuellement impossible, à cause des risques d'effondrement des banques, qui devraient être redressées par les Etats eux-mêmes, qui sont, pour la plupart, endettés. Que nos Etats contemporains affrontent eux-mêmes le redoutable problème de l'endettement à cause d'une multiplicité de facteurs, parmi lesquels domine une régulation fiscale défaillante, occulte fatalement les cas individuels et les souffrances qui s'ensuivent, suscitant une question vitale pour l'avenir de nos démocraties. Mieux, que les Etats eux-mêmes soient rentrés dans la spirale de l'irrésistible endettement, entraîne des conséquences plus générales pour l'ensemble de la planète et notamment pour les foyers où la pauvreté, les maladies et la violence se répandent. Cette situation constitue-t-elle l'une des articulations de la structure technico-économique actuelle en ce début du XXI^e siècle, qui l'alimente, en la rendant en même temps, elle-même, fragile ? Sans analyser ici ce point, qui caractérise l'une des manifestations essentielles de notre contemporanéité, on comprend que les conditions actuelles des multiples endettements sont autrement plus complexes que celles de l'époque de Solon, pour espérer une solution aussi radicale. Mais la radicalité solonienne n'en reste pas moins un paradigme dont la pertinence continue de requérir un véritable débat, que nos démocraties devraient enfin mettre à l'ordre du jour.

Par conséquent, la question qui se pose dorénavant est celle de savoir quels types de régulation sont nécessaires et en fonction de quels critères ils doivent être appliqués. L'exemple récent de la crise financière touchant les Etats-Unis et l'Union européenne, révèle que les tentatives de régulation sont déterminées le plus souvent, non pas en faveur des citoyens qui souffrent, mais en faveur des intérêts principalement économiques. Le fait qu'on puisse assister, dans nos démocraties, à des saisies d'habitations sans réaction de la part du politique, soulève une question éthique qu'on ne peut plus dissimuler. Certes, la complexité de la structure technico-économique globalisée met en jeu, en plus des antagonismes, des risques de contagion avec des conséquences imprévisibles, qui peuvent expliquer les politiques prudentes des Etats. Mais cette situation objective ne justifie pas une politique qui s'acharne sur des personnes en situation de précarité, ne serait-ce que parce qu'une telle action bafoue les principes mêmes d'une démocratie solidaire. Il existe des seuils concernant

¹⁶ C'est le sens du terme *sisachtie*, qui signifie « rejet du fardeau » plutôt que « abolition des dettes », comme on le traduit parfois.

la dignité humaine en dessous desquels une démocratie n'a plus de sens¹⁷, où, si j'ose dire, elle perd son âme.

Le problème des responsabilités

Par les procédures de régulation qu'il mit en œuvre, Solon amorçait une politique inédite de contrôle des riches, qui allait façonner, à l'époque de Périclès, l'image d'une démocratie comme « gouvernement des pauvres ». Attribuée à un oligarque inconnu, cette expression contraste avec l'idée aristotélicienne, plus juste, d'une république de citoyens (*politeia*) dominée par la classe moyenne, qui accorde à l'activité politique la prééminence sur les autres activités de la cité, considérées comme mettant en jeu des biens et des intérêts inférieurs. Pour Aristote, une classe moyenne abondante, dominante et responsable face à une minorité de riches et de pauvres permet la régulation de la cité, et donc son équilibre et sa stabilité. En fait, la thèse concernant le gouvernement des pauvres est l'aboutissement de la politique de Périclès, qui inventa l'idée d'un jeton de présence (*misthos*), pour encourager la participation plus active des citoyens aux affaires publiques. Cela permettait aux pauvres d'y trouver un moyen de subsistance. Certes, la motivation politique semblait bien subordonnée à la motivation économique, mais cette vérité n'encourageait pas moins la participation active à la vie politique. Lorsqu'on constate l'absentéisme dans les débats de nos Parlements, où l'on décide des politiques d'une nation, cette option n'est pas sans valeur. Non pas qu'il faudrait instaurer un système de jeton de présence pour encourager la présence des parlementaires, mais on pourrait au moins pénaliser financièrement l'absentéisme par des amendes, comme on le fait parfois dans les sports, lors des entraînements, ou encore comme on le prévoit pour le vote obligatoire aux élections, dans les pays où il est imposé.

C'est dire que la gratuité est certes une vertu, mais l'expérience humaine montre qu'elle s'épuise rapidement, comme si les êtres humains avaient besoin également de motivations pécuniaires en fonction d'un intérêt plus immédiat, ou même d'une sanction qui les touche financièrement plus directement. Du reste, la gratuité risque de devenir elle-même un intérêt lorsqu'il s'agit de profiter de certains avantages. C'est le cas dans le domaine ludique et celui des loisirs. Périclès l'avait bien compris, lorsqu'il imposa la gratuité pour le théâtre, même si ses intentions n'étaient pas aussi pures qu'on le prétend parfois. En réalité, par cette technique, il aurait cherché à neutraliser le mécénat politique, instauré par son riche adversaire Cimon, qui non seulement s'acquittait des liturgies publiques, mais entretenait de nombreuses personnes de son dème¹⁸, amorçant la mentalité clientéliste, généralisée à notre époque par les partis politiques dans nos démocraties, contribuant souvent à l'endettement des Etats. La Grèce moderne est un exemple dont on constate aujourd'hui les dégâts, même si, théoriquement, le clientélisme favorise la proximité relationnelle entre les hommes politiques et les citoyens. Il n'empêche qu'en reléguant à la cité l'obligation de *rétribuer* chaque citoyen pour sa participation dans les affaires publiques, tout en

¹⁷ Sur cette question des seuils, voir mon livre *La proximité et la question de la souffrance humaine*, *op. cit.*, p. 745-752.

¹⁸ Cf. MOSSÉ, *Périclès, l'inventeur de la démocratie*, Paris, Payot, 2005, p. 110-113.

instaurant la *gratuité* de la culture (le théâtre), Périclès achevait un processus politique qui diminuait, d'une autre façon, la distance entre la classe politique et la société civile. Le principe d'une proximité relationnelle devenait ainsi central dans ce genre de stratégie politique, débordant désormais les limites d'une démocratie directe.

Il est vrai qu'à notre époque, les loisirs sont devenus un domaine de prédilection du système technico-économique, avec comme but principal l'enrichissement, empêchant ce genre de proximité. Assister à des matchs de football, de basket-ball ou de tennis coûte cher et n'est pas à la portée de tout le monde. Même la vision télévisée de certains sports populaires n'est souvent accessible dans nos médias, que moyennant un paiement. Ce n'est pas une coïncidence si le maximum de gratuité offerte par notre système culturel concerne des colloques et conférences, ou quelques expositions, qui attirent peu de monde.

En revanche, nos démocraties ont heureusement promu la solidarité sociale, qui n'est ni de la charité ni de la philanthropie, en mettant en forme des systèmes d'allocation (chômage, maternité, familles nombreuses, handicaps, bourses d'études, etc.) pour préserver l'équité face aux inégalités des chances. Dans ce domaine, il existe un champ d'action où un rapprochement avec le monde antique est pertinent : il s'agit de l'idée d'une « allocation universelle »¹⁹, qui demeure encore embryonnaire, mais qui pourrait un jour rencontrer une meilleure destinée. Je crois que la « mistophorie » en est l'amorce historique, et présente l'avantage de promouvoir un engagement actif du citoyen dans la vie politique, contribuant, en plus de sa subsistance éventuelle, à sa participation à la vie politique, ce qui justifie le principe même d'une démocratie de proximité. Ce n'est pas un hasard si cette mesure de Périclès fut écartée par les oligarques, quand ils prirent le pouvoir à Athènes en 417 et en 404.

Enfin, la démocratie antique a également organisé des procédures spéciales pour contrôler les affaires financières, notamment l'action en responsabilité dans la reddition des comptes (*euthynai*), dont l'originalité réside dans l'obligation pour tout membre d'une fonction publique de rendre compte de l'utilisation de l'argent public à des auditeurs de comptes (*logistai*) assistés d'avocats publics (*synègoroi*). A l'audition des comptes succédait une seconde épreuve (*dokimasia*) au cours de laquelle le fonctionnaire devait répondre, devant des vérificateurs (*euthynoi*) et des assesseurs (*paredroi*), de toutes les autres infractions qu'il aurait pu commettre dans l'exercice de ses charges²⁰. De telles mesures préventives suffisaient à rendre les citoyens plus attentifs à leurs responsabilités et plus confiants à l'égard de leur administration et de leurs gouvernants. Lorsqu'on sait l'impact que produit sur les citoyens la publicité autour de la corruption dans nos Etats, et qui sape régulièrement leur confiance à l'égard du politique, la prévoyance des Anciens révèle l'importance des procédures de régulation pour préserver l'intérêt commun et la valeur des institutions.

¹⁹ Idée introduite par Ph. Van Parijs et J.-M. Ferry, pour réguler les inégalités dans nos démocraties.

²⁰ M. H. HANSEN, *La démocratie athénienne à l'époque de Démosthène*, Paris, Les Belles Lettres, 2003, p. 258-261.

Régulations d'ordre politique

A ces procédures qui concernent l'ordre économique, il faut en ajouter une série d'autres qui renforcent le caractère actif du peuple (*dèmos*)²¹, et qui révèlent que les Athéniens étaient moins indifférents que les citoyens de nos démocraties quant à leur engagement politique en dehors des élections.

Parmi les procédures de contrôle, l'une des plus anciennes est l'*ostracisme*. Par un vote écrit sur des tessons de poterie (*ostraka*), les citoyens décidaient le bannissement d'une personnalité influente qui pouvait menacer l'ordre public et la souveraineté du *dèmos*. Cette action, qui a frappé Aristide, Thémistocle, Cimon et d'autres, concernait davantage leur personnalité influente que leur programme. A une époque où la glorification des héros, des sages et des hommes politiques constituait une habitude culturelle, la diabolisation était également courante et s'accordait à la pratique de la violence discursive pour maîtriser la violence physique. Pourtant, Ephialte avait été assassiné peu avant l'accession de Périclès au pouvoir, sans doute parce qu'il avait retiré à l'Aréopage le rôle de superviser les lois, en accordant des prérogatives au peuple par le renforcement du pouvoir du Conseil (*boulè*) et des tribunaux populaires²². Pour le dire autrement, Ephialte avait souhaité instaurer un système de régulation plus démocratique que celui qui existait à Athènes. C'est manifestement parce que l'ostracisme était inopérant sur lui, du fait qu'il ne menaçait pas la souveraineté du peuple, que ses adversaires ont décidé de recourir à la violence physique pour l'éliminer.

Ce cas est intéressant parce qu'il révèle que la violence physique a été revalorisée à cause de l'impossibilité d'appliquer une procédure de régulation habituelle (comme l'ostracisme) ou quelque chose d'analogue pour neutraliser l'action d'un homme politique influent, qui s'est permis d'agir en faveur d'un système de régulation plus démocratique. Cet acte anéantissait d'un seul coup l'acquis de la démocratie antique qui avait réussi à déplacer la violence physique en se limitant à la violence discursive des débats, en vue d'arriver, par la délibération, à promouvoir des choix consensuels.

Toutefois, au fil du temps, le sens de l'ostracisme a changé, puisque le dernier qui a été ostracisé fut, en 417, un artisan, du nom de Hyperbolos. Il avait tenté de condamner Nicias et Alcibiade en profitant de leurs différends, mais ceux-ci se sont alliés contre lui. Le statut social du personnage, considéré comme indigne d'être honoré par l'ostracisme, expliquerait l'abandon de cette pratique. Mais je pense qu'il faut aussi attribuer cette disparition à l'absence d'un dispositif de défense pour les accusés, laissant libre cours aux calomnies et aux diabolisations.

Dans l'*Apologie de Socrate*, Platon met l'accent sur la différence entre un acte d'accusation devant un tribunal (*katègoria*) auquel on peut répondre en se défendant, et l'accusation par calomnie (*diabolè*) qui demeure incernable, parce qu'elle est de l'ordre de la rumeur publique. D'une façon plus concrète, concernant les deux accusations, celle d'après laquelle Socrate corrompait la jeunesse et celle qu'il ne croyait pas aux dieux, Platon distingue clairement deux périodes. Il révèle que déjà

²¹ Voir M. I. FINLEY, *Démocratie antique et Démocratie moderne*, Paris, Payot, 1976 et *Economie et Société en Grèce ancienne*, Paris, La Découverte, 1984.

²² Cf. MOSSÉ, *Périclès, l'inventeur de la démocratie*, op. cit., p. 59-62.

Aristophane avait avancé ces accusations dans ses *Nuées*, vingt-trois ans plus tôt, créant un mythe et une rumeur publique contre lui, en anticipant l'acte des accusateurs athéniens (Mélétos, Anytos et Lycon) après le coup d'Etat des tyrans qui avaient aboli momentanément la démocratie. Platon affirme qu'il ne craint pas cette mise en accusation, car il peut se défendre dans la mesure où les accusateurs sont présents, tandis que, pour Aristophane, il reconnaît qu'il est impossible de lutter contre la diabolisation devenue une rumeur publique. Platon discerne, par là, avec une rare lucidité le danger d'une diabolisation, mais aussi l'importance de la glorification des personnes dans la cité. Il était dès lors possible que face à l'absence pour certains accusés politiques d'une défense équitable, fondée sur des règles, on ait cru utile de remplacer l'ostracisme par d'autres procédures plus démocratiques.

Cette ambiguïté nous rapproche davantage de notre époque, où l'homme politique considéré comme une menace n'est plus exilé (à moins qu'il s'exile lui-même) mais peut être mis en examen judiciaire ou marginalisé. Le plus souvent, il devient la victime de rumeurs publiques, alimentées par les médias. Du reste, peu d'hommes politiques sont mis en examen et beaucoup d'autres y échappent, souvent parce que des accords permettent d'éviter des accusations mutuelles, laissant place à des compromis de coulisse qui effleurent la compromission. Ce genre de pratiques qui favorise une forme de paix politique, accorde tacitement l'impunité, nuisant à l'image et à la crédibilité du politique, tout en alimentant des rumeurs incontrôlables qui suscitent le sentiment que la politique est liée à de la corruption. De tels cas sont souvent exploités avec dextérité par les « leaders » populistes. Cette situation est d'autant plus grave que le plus souvent ceux qui sont condamnés ne sont pas nécessairement les commanditaires d'une politique néfaste, lesquels échappent généralement à toute investigation.

Cette sorte de métaphorisation de l'ostracisme met en jeu à la fois l'importance de la mythification dans nos démocraties et l'importance de l'opinion publique, quantifiées par diverses formes de sondages. Elle renvoie indirectement à un problème qui avait interpellé les Anciens : la nécessité d'instaurer des procédures de régulation qui soient non seulement crédibles et applicables, mais qui touchent au fond des problèmes.

Ainsi, l'élimination de l'ostracisme au profit de nouvelles procédures à la fin du V^e siècle, atteste une évolution décisive de la démocratie vers la mise en valeur de *thèmes* politiques au détriment des antagonismes entre des personnes illustres. Ces démarches dessinent les contours d'un Etat de droit axé, jusqu'à l'excès, sur la souveraineté du *démos*, puisque les accusations pouvaient être introduites par n'importe quel citoyen et sur n'importe quel sujet vital, et même après coup, et même si les propositions avaient été votées par l'Assemblée. L'accusé devait se défendre devant l'Assemblée, le Conseil ou le Tribunal du peuple. L'intérêt de ces démarches nous pousse à nous y arrêter un moment.

Une première de ces procédures est l'*eisangelia*, qui consiste en la dénonciation d'actes, comme la conspiration et la trahison qui subvertissent les intérêts du *démos*²³. Il s'agit, on le sait, d'un domaine complexe qui a beaucoup évolué à l'époque moderne, où le secret est un facteur important, mais ambivalent, du politique. L'importance des services secrets, du secret d'informations recueillies par des ambassades et les

²³ M. H. HANSEN, *La démocratie athénienne à l'époque de Démosthène*, op. cit.

banques, du secret de certaines délibérations, du secret des inventions, etc. est au cœur du fonctionnement politique et économique des Etats démocratiques contemporains, qui tiennent de plus en plus compte des intérêts géopolitiques et économiques au détriment des principes moraux et de la dignité humaine²⁴. Sans oublier le problème immense de la préservation de la vie privée et de l'intimité de chaque personne. Ces questions sont délicates, car il est difficile d'évaluer jusqu'à quel point la transparence est un bienfait dans une démocratie ou si elle ne serait pas, dans certaines circonstances, l'antichambre d'une forme totalitaire. Il n'empêche que les procédures inventées par les démocrates athéniens peuvent susciter un véritable débat sur les intentions secrètes de certaines stratégies politiques.

Au début, l'*eisangelia* visait les stratèges, mais ensuite elle a été étendue aux magistrats pour toute infraction. En revanche, la procédure concernant les orateurs, quand ils proposaient un *décret* considéré comme anticonstitutionnel ou comme préjudiciable aux intérêts du peuple, était qualifiée d'action en illégalité (*graphè paranomon*). Cette procédure me semble capitale pour réguler les positions politiques en conformité avec un intérêt public authentique, sans stratégies dissimulées. Après la restauration de la démocratie, en 403, cette procédure a laissé la place à l'action contre une *loi* inopportune (*graphè nomon mē épitedeion theinai*). Mais, dans les deux cas, l'auteur de la proposition risquait une amende et parfois le déshonneur.

S'il est vrai qu'il peut paraître aujourd'hui absurde qu'un responsable politique soit condamné pour une proposition ratifiée par une Assemblée à laquelle chaque citoyen pouvait participer, cette pratique consacre cependant l'idée que « le peuple ne peut jamais avoir tort et prendra indubitablement la bonne décision si le problème lui est correctement exposé ; sinon, c'est qu'il a été abusé par des orateurs fourbes et corrompus »²⁵. Envisagée comme un rempart contre les démagogues, cette procédure reconnaît surtout la capacité de chaque citoyen de bien juger, à condition qu'il soit bien informé.

Nous découvrons ici un caractère essentiel de ce que doit être une démocratie de proximité, où l'usage de l'information est décisif pour rendre les citoyens plus critiques, à condition que cette information garde une forme de « pudeur ». Déjà Protagoras, parce qu'il était sophiste et connaissait le danger d'une tyrannie du *logos*, avait considéré que les deux principes d'une démocratie sont la justice et la pudeur. Il nous a ainsi appris que face à la dignité humaine, prime avant tout une *obligation de réserve*, qui nous préserve d'accusations malveillantes au nom de la liberté illimitée de la parole. Dans nos cultures, les lois contre le racisme ne sont pas étrangères à cette thèse d'une obligation de réserve – qu'il ne faut pas confondre avec la notion

²⁴ Le cas du site WikiLeaks, fondé par Julian Assange et la façon dont les informations qu'il diffusa ont été reprises par des quotidiens importants, comme *Le Monde*, le *Guardian*, le *New York Times*, *El Pais* et le *Spiegel*, suscitent un réel débat concernant, non seulement la diffusion de documents « illégaux » tombés dans le domaine public, mais le choix de ce qui est publiable et le type d'analyse qui l'accompagne. A défaut de pouvoir tout publier et analyser, ces choix sont-ils toujours innocents ou servent-ils des intérêts partisans, voire occultes ? La question toujours ouverte est celle de savoir que signifie *bien informer* les lecteurs et plus généralement les citoyens.

²⁵ M. H. HANSEN, *op. cit.*, p. 243.

du « politiquement correct ». Cela fait voir qu'en démocratie, la liberté de la parole n'implique pas qu'on puisse dire et faire n'importe quoi. Il y a des règles établies ou non écrites qui appartiennent à des procédures de régulation des comportements et des paroles²⁶.

Mais, en réalité, l'action en illégalité et l'action contre une *loi* inopportune apportent quelque chose de plus pour la démocratie antique : la possibilité de *revenir* sur une loi imposée, qui n'est pas apte à apporter quelque chose d'essentiel au peuple, mais au contraire qui contourne, sans qu'on puisse s'en apercevoir dans l'immédiat, l'intérêt public et la dignité humaine. C'est cette pratique d'une *illégalité rétrospective* qui me semble originale et digne d'attention, car elle est susceptible d'éveiller la prudence et l'esprit de prévention, face à des intérêts particuliers ou même à des décisions populistes, qui s'opposent à l'intérêt commun et à la dignité humaine.

Ce n'est sûrement pas cette dimension de garde-fou que nos démocraties ont retenue du passé, mais seulement le droit du pouvoir judiciaire de faire superviser la législation par des Cours adéquates conçues à cet effet. Il nous manque donc, une fois encore, une procédure fondamentale de régulation pour qu'une démocratie représentative puisse être convertie en démocratie de proximité, alors que nous avons la chance de posséder à notre époque des moyens techniques exceptionnels pour bien informer, ne serait-ce que parce que l'information et l'image sont désormais captées au sein de nos foyers et de nos lieux de travail.

Conclusion

Ces procédures de *défense*, propres à la démocratie antique, conféraient au politique l'initiative sur toutes les autres activités dans la cité et favorisaient, moyennant des stratégies de régulation, des *proximités relationnelles positives* en limitant les antagonismes et les souffrances humaines. Or, on l'a vu, l'obstacle majeur pour l'épanouissement d'une démocratie à notre époque est la *complexité* accrue des structures technico-économiques, plus que jamais incontournables et incontrôlables, dans la mesure où leurs agents tendent à imposer au politique leurs propres règles du jeu. C'est en tenant compte de cette réalité qu'on peut imaginer des procédures nouvelles de défense et de régulation, grâce auxquelles *le politique pourra un jour réussir à avoir (pleinement) l'initiative sur toutes les autres activités*.

Pour concrétiser un tel projet en intégrant de nouvelles procédures de régulation auprès des autres formes de régulation déjà présentes, il faut se rappeler que les structures technico-économiques ne sont pas seulement, comme on le prétend souvent, un fonds qui alimente les antagonismes et les intérêts, multipliant sans fin les souffrances humaines. Elles sont aussi, – et ceci au-delà des bienfaits ambivalents (et donc parfois pervers) produits par les emprunts qui aident à réaliser la jouissance immédiate de produits et de services –, une source active de création, d'innovation et de consommation (de produits et d'images), susceptibles de contribuer, sous le mode de l'émulation, à des proximités relationnelles positives, y compris à la réalisation des

²⁶ Comme le disait déjà Aristote, dans l'*Ethique à Nicomaque* (livres III et VI), pour arriver à communiquer il faut toujours être indulgent à l'égard des paroles de l'interlocuteur, en dissimulant ses erreurs, car l'égalité de parole risque de produire de l'incommunicabilité et se braquer sur son opinion est déjà une décision.

aspirations humaines, qui varient selon les personnes²⁷. C'est là un point important qui nous rapproche davantage de l'Antiquité et de ses expériences concrètes, qui visent, en fin de compte, à réaliser le bonheur des individus et de la cité.

En effet, la recherche d'un équilibre (exprimée par la notion de « mesure ») qui a guidé les réflexions de Solon, pour réaliser ses lois²⁸, constitue un guide pertinent pour éclairer le statut des régulations, en tenant compte, non seulement du négatif à contrôler, mais du positif à favoriser. Aussi, j'oserai ajouter qu'une politique de multiples régulations suppose une forme de sagesse pratique (*phronèsis*) qui évalue les situations en fonction des circonstances et des contextes, en cherchant un équilibre entre ce qu'il convient de réguler et ce qu'il faut favoriser pour l'épanouissement des personnes et de la société. Les règles de ce type de sagesse ne se limitent pas à des principes généraux et ultimes, qui sont indispensables, mais néanmoins abstraits (comme les maximes de Kant ou les droits de l'homme). Tout en supposant ces principes, les règles doivent s'accorder davantage à la réalité concrète. Un tel accord peut se faire d'une façon pragmatique et, si j'ose dire, proximale, c'est-à-dire en évaluant les conséquences des décisions et des actions en fonction des circonstances et des contextes concrets où elles sont accomplies. Les méthodes des démocrates athéniens, et plus particulièrement celles de Solon et de Périclès, qui conféraient au politique l'*initiative* dans tous les domaines, révèlent au moins qu'une démocratie de proximité n'est pas une utopie, mais requiert une forme active de sagesse pratique adaptée aux circonstances et aux différents contextes particuliers des actions. Le plus souvent, dans l'Antiquité, cette forme de sagesse était guidée par l'idée de « juste mesure » – devenue la règle de conduite de la philosophie de l'action chez Aristote²⁹. Quel peut être le rapport entre le principe de régulation face à la complexité et la juste mesure demeure une question ouverte.

Dans les conditions actuelles de la globalisation technico-économique où la complexité perturbe les stratégies et les décisions, une forme de démocratie de proximité pourrait être conçue, si elle parvenait à allier les bienfaits d'une démocratie directe et ceux d'une démocratie représentative, en établissant les *configurations* capables de délimiter favorablement cette complexité, où les créations côtoient les antagonismes. A l'instar de l'Antiquité, il s'agirait d'abord de configurer des stratégies de « défense », en multipliant les procédures de régulation les mieux adaptées pour faire face aux abus des puissances technico-économiques. L'ampleur de ces abus étant sans comparaison avec ceux de l'Antiquité, les procédures de régulation sont aussi beaucoup plus nombreuses relativement à la complexité du monde actuel, mais en évitant une régulation à outrance pour toute chose. Toutefois, comme je l'ai déjà soutenu ailleurs, le critère de référence ultime qui devrait régir la constitution de ces

²⁷ Il s'agit là d'un thème central que je laisse entre parenthèses dans cet exposé, et qui déborde la question de la régulation. Je dirais seulement que si la justice (dans tous les sens du terme) est une condition nécessaire et préalable de toute démocratie, elle n'est pas pour autant suffisante pour réaliser les aspirations humaines, qui requièrent d'autres conditions, la plupart en accord avec des proximités relationnelles positives et des projets existentiels à long terme.

²⁸ Voir mon *Histoire de la philosophie ancienne et médiévale*, op. cit., p. 136 et s.

²⁹ Voir mes études « De l'iségorie à l'isopraxie », in *Variations sur l'éthique*, op. cit. et « L'ambiguïté de la bienfaisance », in *L'art de comprendre*, op. cit.

procédures devrait être les *souffrances humaines* dans le monde proche et lointain³⁰. Mais, pour transcender une politique permanente de défense (qui pourrait devenir obsessionnelle), il faudrait également tenir compte de la promotion des aspirations humaines (et non seulement de la recherche d'une justice au sens large du terme³¹), en favorisant, moyennant des procédures de régulation démocratiques, l'appropriation des *bienfaits* innombrables de la technico-économie, notamment ceux qui sont susceptibles de réaliser l'épanouissement des personnes et de la société.

En somme, la question de la démocratie de proximité ne se limite pas à un problème de proximité territoriale, comme le pensent la plupart de ceux qui en font état, mais elle concerne surtout le problème complexe de proximités *relationnelles*, occultées le plus souvent dans nos réflexions politiques, et qui présentent cette qualité remarquable de contourner les distances spatio-temporelles. Or, ces proximités relationnelles, qui traversent ou transcendent la proximité spatio-temporelle des groupes humains, révèlent également que, d'une part, le communautarisme propre à la multi-culturalité, qui favorise les proximités identitaires, peut être contourné et dépassé, et, d'autre part, qu'il existe bien des facteurs indiquant qu'elles peuvent être favorisées et accrues positivement. Reste à savoir comment.

Tout d'abord, elles peuvent être épanouies grâce aux *bienfaits* de la technico-économie dont les usages présentent désormais un caractère planétaire, amorçant les conditions d'une réalisation d'une forme de cosmopolitisme. Mais ces bienfaits ne peuvent être efficaces et acceptables que s'ils sont encadrés par des processus de régulation qui subvertissent les activités néfastes de la technico-économie, notamment ceux qui produisent des risques pour l'être humain et son environnement, et ceux qui se soumettent à des intérêts particuliers qui nuisent aux aspirations démocratiques de nos institutions. Ensuite, grâce à l'*interculturalité* qui certes respecte les spécificités des cultures, mais doit imposer aux divers groupes humains de cultures différentes des règles communes³², comme celles de l'égalité, de l'équité, de la dignité humaine, etc. Ici encore les bienfaits de la technico-économie peuvent favoriser cette communauté de référence à travers le droit d'user, à égalité, les produits de la technico-économie, ce qui favorise les proximités relationnelles positives.

Or, si ce qui différencie la multiculturalité de l'interculturalité est bien l'importance dans cette dernière structure des proximités relationnelles élargies, opposées aux proximités identitaires du communautarisme, on peut supposer que c'est par le biais de tout ce qui accroît les proximités relationnelles que le cosmopolitisme peut ressembler le plus à une démocratie de proximité. Mais, dans tous les cas, le principe de régulation précise la pratique des configurations, et constitue le mode de référence par lequel les institutions démocratiques et les citoyens qui les composent parviennent

³⁰ L'idée de prendre la souffrance humaine comme mesure de nos actions et des décisions politiques est le thème central de mon livre *La proximité et la question de la souffrance humaine*, déjà cité.

³¹ Comme on le fait généralement dans la philosophie politique actuelle depuis surtout les travaux de J. Rawls.

³² « Dimensions sociales des sciences : émancipation, domination et opacité », in M. VANDEN ABEELE (dir.), *Sciences et Croyances. Quelle place pour la démarche scientifique en Europe ?*, Bruxelles, Centre d'action laïque, p. 21-44.

à régir positivement la complexité du réel et les structures technico-économiques qui la manifestent activement.

L'historien en robe de procureur

La notion de responsabilité morale/juridique chez les historiens

Marc ANGENOT

Le droit et l'historiographie partagent des paradigmes fondamentaux, celui de la recherche de la vérité sur des faits du passé, celui de l'enquête, de la présentation de pièces à conviction, du témoignage et de son évaluation (selon la sorte de jurisprudence qu'on nomme « critique historique »), celui de la règle de la « preuve » enfin, – mais il est aussi généralement admis que « les principes juridiques ne peuvent pas être transférés tels quels dans la recherche historique », que les exigences en matière de preuve notamment n'y sont pas de même nature et que l'historien n'est pas censé, au bout de sa reconstitution des faits, si « incriminants » soient-ils, passer jugement ni formuler un réquisitoire (ou un plaidoyer d'acquittement) contre les hommes du passé, leurs convictions et leurs agissements ¹.

« Rappelons », expose Stéphane Courtois, historien connu pour la part qu'il a prise au débat sur les « crimes du communisme », « que les deux premières phases de l'opération historiographique et de l'action judiciaire sont communes : la recherche de la preuve documentaire et l'explication-compréhension des faits. Elles divergent ensuite. D'une part, l'historien est appelé, dans une phase de « représentation », à établir un récit scientifique et donc modifiable au gré de l'accumulation des nouvelles connaissances ; le juge, à l'inverse, est amené à prononcer un jugement qui est juridiquement définitif. D'autre part, la définition par l'historien des crimes du communisme à travers les catégories juridiques, définies ici par le tribunal de Nuremberg, n'a pas pour fonction de « formuler un jugement et un verdict », mais

¹ P. PEETERS, « Les aphorismes du droit dans la critique historique », *Académie royale de Belgique. Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques*, 5^e série, t. 1946, p. 81-116 ; « Les aphorismes du droit dans la critique historique », 5^e série, t. 1946, erratum, p. 279. Commenté par C. GINZBURG, *Un seul témoin*, Paris, Bayard, 2007, p. 29.

de caractériser aussi précisément que possible des actes criminels »² Si l'historien n'est ni un procureur ni un juge, il entre toutefois parfaitement dans son rôle et dans son « devoir d'état », selon Stéphane Courtois, d'appliquer des catégories juridiques – celles notamment de responsabilité criminelle, et en ce qui touche à l'histoire des idées, d'incitation, de complicité avant et après le fait, – aux actes du passé et de juger, non dans le sens précis de ce verbe, le sens I des dictionnaires, celui de dire le droit en qualité de juge, mais, au-delà de la description factuelle, au sens d'émettre une opinion évaluative, de « décider du mérite » des actes et des acteurs du passé, de blâmer ou d'approuver en ayant recours à des catégories *empruntées* au droit non moins qu'à l'éthique, – les catégories du droit permettant une rigueur technique dans le « jugement » et une comparaison jurisprudentielle.

D'autres historiens au contraire, – sans surprise, ce sont dans le présent contexte les adversaires politiques de cette histoire libérale des « crimes du communisme » – soutiennent que des catégories juridiques quelles qu'elles soient ne sauraient s'appliquer à des événements historiques, que l'historien en robe de procureur abuse en quelque sorte de sa position. La question de cet essai est de savoir s'il revient à l'historien de faire comprendre ou bien de condamner, si en revêtant la robe de procureur il ne se trompe pas de rôle. C'est à cette controverse complexe, portant sur un enjeu problématique et méthodologique fondamental, que je consacrerai ces quelques pages.

Une motivation répandue : le travail de l'historien inspiré par un *compte à régler*

Les historiens des idées – ceux auxquels je vais me rapporter principalement dans les pages qui suivent – sont des chercheurs dont les travaux souvent relèvent à la fois de la raison de vivre et du compte à régler. Ne serait-ce que par leurs choix d'objet : pré-fascisme apparu d'abord en France, illusions du progrès, pouvoir psychiatrique et idées savantes servant à contrôler les corps et à *normer* les humains, origines gnostiques russes du léninisme ; il est facile au lecteur de rajouter *des noms* à cette brève énumération... Aux intellectuels qui règlent des comptes s'applique souvent la parabole de la paille et la poutre, sans nul doute. Mais s'ils aident à voir la paille dans l'idéologie ou la pseudo-science qu'ils objectivent, généalogisent, périodisent et détestent, on peut toutefois faire une certaine confiance à leur hostile perspicacité.

D'autres « vocations » d'historien des idées ne semblent pas moins éloignées, dans leurs motivations premières, de la sérénité recommandée au savant. C'est le cas de ces historiens qui ont eu des comptes à régler avec « les leurs » et avec eux-mêmes, – le cas notamment des historiens allemands face au nazisme, voués à une pénible volonté de retracer la « généalogie » du mal, indissociable d'une large mesure de honte collective, stoïque et sublimée si on veut.

L'histoire des idées forme ainsi un genre hybride qui combine l'appareil du savoir, – historicisation, typologies, conceptualisations, opérant sur le produit de vastes enquêtes archivistiques, – mais qui comporte, non moins visiblement dans la

² St. COURTOIS *et al.*, *Du passé faisons table rase, Histoire et mémoire du communisme*, Paris, Laffont, 2002, rééd. Pocket, 2009, p. 238.

plupart des cas, une intention polémique jointe à un engagement personnel, à une présence d'un sujet qui juge et interpelle ses contemporains *par passé interposé*. L'historien des idées avoue même parfois partir de ce qui, dans l'actualité et dans son « vécu », stimule et oriente son travail de réinterprétation du passé. Nul n'a exprimé ceci plus clairement que François Furet au départ de son étude de l'historiographie de la Révolution française au XIX^e siècle, – étude qu'il avouait indissociable de sa répudiation du totalitarisme soviétique : « Aujourd'hui, le Goulag conduit à repenser la Terreur [de 1793] en vertu d'une identité dans le projet »³.

L'imputation de responsabilité quasi pénale de certaines idées tirée de leur application

Les grands historiens des idées au XX^e siècle partent tous de l'horreur, d'un fait historique horrible, *a priori* inexplicable dans son horreur et son inhumanité mêmes – les guerres mondiales, la Terreur stalinienne, le Goulag, la Shoah ... – pour se demander quelles idées les « portaient en germe », quelles idées et quels propagateurs d'idées ont joué un rôle d'incitateur et d'instigateur – de justificateur, d'approbateur – des grands crimes du XX^e siècle. Ils se mettent en devoir de pourchasser *en amont* la genèse de l'Idée, avec les risques de moralisation anachronique *ex post facto* et d'imputation abusive de complicités avant le fait que cette démarche comporte. C'est bien en effet la catégorie, floue et pas toujours explicite, de complicité qui guide leurs analyses du rôle des idées dans l'histoire. L'horreur, somme toute, était-elle prévisible en déchiffrant seulement les « idéaux » qui ont motivé les perpétrateurs ? « *Can it ever be anticipated that the pursuit of attractive ideals or ends will lead to mass murder and widespread suffering ?* », demande, peut-être « naïvement », un historien américain⁴. C'est ici néanmoins que viennent s'inscrire les grandes problématiques qui sont au cœur de l'histoire des idées, problématiques toujours actuelles autant que classiques, toujours contestées aussi, controversées, celles des « Origines intellectuelles » des grands événements de l'histoire moderne : Origines de la Révolution française, de la Révolution bolchevique, du totalitarisme, du nazisme, de l'antisémitisme génocidaire, du fascisme italien (et/ou du fascisme générique). Il y a chez beaucoup d'historiens un soupçon moral au départ de leurs entreprises : que certaines idées de jadis, pas seulement les idées expressément haineuses mais d'autres idées, programmes, doctrines avec leur apparence fallacieuse d'innocence et de bienveillance humanitaire, étaient intrinsèquement dangereuses et que leur nocivité – indissociable d'un certain degré d'absurdité et d'irréalisme – aurait dû être perceptible « en germe » bien avant que quelqu'un se soit avisé de leur trouver une « application ».

Contre la vieille thèse ou le vieux sophisme appliqué par les historiens progressistes d'abord à la Révolution de 1789, celle des « Circonstances imprévisibles » qui font dérapier et pervertissent regrettamment des idées qui étaient *en soi* généreuses et excellentes et que l'on veut préserver de toute remise en question, – thèse qui a

³ FR. FURET, *Penser la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1978, p. 26.

⁴ P. HOLLANDER, *The End of Commitment. Intellectuals, Revolutionaries, and Political Morality*, Chicago, Dee, 2006, p. 4.

servi tout au long du XIX^e siècle pour exonérer les idées jacobines, inspirées par les Lumières, des crimes révolutionnaires et de la Terreur de 1793, – l'historien actuel, devenu suspicieux, tend à soumettre à l'examen les idées mêmes qui animaient les acteurs historiques et, dans la foulée, les « grands penseurs » qui les leur ont inspirées. C'est la thèse et la démarche de François Furet face à la Terreur révolutionnaire : ce n'est pas le malheur des circonstances ni l'agression extérieure qui fait 1793, c'est la « fausseté des idées » des jacobins qui est la source première de la Terreur.

Il découle toutefois de ce genre de questionnement une démarche ou une dérive méthodologiquement risquées de la part de l'historien des idées, – en fait, elle est bien attestée et il ne s'en prive pas, n'ayant souvent entrepris son travail que pour aboutir à cette sorte de mise en accusation, – le passage de la démonstration plus ou moins convaincante de l'influence, plus ou moins médiée, exercée par des idées sur des actions et des agissements ultérieurs répréhensibles qui s'en sont *réclamé*, à l'imputation de « responsabilité » de ces idées et à la culpabilité morale ou quasi juridique de ceux qui les ont entretenues et propagées – et ce généralement, bien avant le passage à l'acte, et quels que soient les « facteurs matériels » ultérieurs et les conjonctures qui ont rendu ledit passage possible. Or, en poursuivant cette démarche, l'historien choisit subrepticement, au bout d'analyses descriptives, de fonctionner dans une logique *juridique*, une logique de procureur lequel accuse par exemple un individu d'« imprudence criminelle » en écartant les facteurs aveugles et mécaniques qui ont fait de l'imprudence alléguée un « crime » par ses conséquences concrètes.

Une question « préjudicielle » s'impose à la réflexion avant de poursuivre : peut-il y avoir une qualification juridique ou morale des idées ? Apparemment oui en droit : que des idées, du moins des idées exprimées et propagées, puissent être répréhensibles en elles-mêmes, que de « simples discours » tombent sous le coup de la loi, il n'est que de se reporter au code pénal qui établit, à côté des délits de « diffamation » et de « propagande haineuse », les délits d'« apologie d'actes qualifiés crime », d'« instigation » et d'« incitation » criminelles, – ce qui, diront certains caractères atrabilaires, pourrait étendre les foudres de la loi sur à peu près toutes les idéologies extrêmes de droite comme de gauche des deux siècles modernes.

En termes de morale courante, on rencontre toutefois une aporie. Y a-t-il une éthique concevable des croyances, des convictions et des argumentations ? Est-il *mal* de croire à la Conspiration des Sages de Sion, à la Supériorité de la race aryenne – ou aux Lois de l'histoire et aux Lendemain qui chantent ? Y a-t-il des convictions criminelles et des formes de raisonnement moralement coupables ? La question n'est guère posée et elle est souvent écartée du revers de la main. Elle ouvre sur trop de *difficultés*. Si elle est posée, elle ne l'est que face aux idéologies que j'ai des raisons avec tout le monde de détester d'avance. Des raisonnements stupides, cela se conçoit, mais des « convictions scélérates », ce serait comme des « idées vertes » : une impossibilité sémantique. Seulement, ce rejet conduit droit à une aporie : comment des raisonnements et des conceptions qui seraient innocents par essence, ou par essence en dehors du bien et du mal, serviraient-ils à justifier à tout coup des actes inhumains ? Comment des croyances qui rendent innocents et même recommandables des actes inhumains ne seraient-elles pas coupables en elles-mêmes ? Massacrer les Arméniens, les Juifs, les Gitans, les Koulaks est mal, mais les raisonnements qui ont

conduit à montrer ces massacres comme nécessaires, héroïques et vertueux seraient, eux, hors du bien et du mal. Ils seraient tout au plus bien ou mal fondés – et encore, ils ne pourraient être jugés mal fondés que d'une logique différente de celle qui les recommande comme excellents. Si pour un individu (et pour sa famille idéologique) ses actes sont pleinement justifiés par ses convictions et que je juge ces actes monstrueux, comment ne pas le juger coupable d'entretenir de telles convictions ? Car nous blâmons l'ultra-nationaliste serbe, l'antisémite, le stalinien, le Khmer rouge et l'islamo-fasciste pour des actes qui, de leur point de vue, ne furent et ne seront nullement blâmables puisque leur logique et leur « conscience » les conseillent et les approuvent, les exaltent même.

Origines du fascisme et du nazisme dans des Idées

On constate une tendance marquée de l'historiographie contemporaine : celle de mettre de l'avant, beaucoup plus que jadis, le rôle des idées et leur « responsabilité » dans les crimes totalitaires du siècle passé et notamment, à l'encontre de la tradition historique en ce domaine, dans les mouvements et les régimes fascistes. L'étude du fascisme italien a été longtemps retardée par le préjugé des historiens antifascistes pour qui le fascisme « n'avait pas d'idéologie », ou trop sommaire et absurde pour mériter d'être étudiée ; le fascisme, c'était des bandes de voyous au service du Grand capital, bandes dont les discours démagogiques étaient sans intérêt. Emilio Gentile fut le premier à prendre cette idéologie au sérieux et à chercher à en retracer les origines en publiant en 1975 *Le origini dell'ideologia fascista*⁵. Tous les historiens récents du et des fascismes soulignent la *prééminence* des idées dans la genèse et l'attrait exercé par les mouvements totalitaires : « *Ideas and beliefs were primary ingredients in the process that brought fascism into being* »⁶. Si le fascisme à ses débuts n'a pas la complexité du marxisme-léninisme, le matériau où il va puiser, – critique contre-révolutionnaire de la démocratie parlementaire, social-darwinisme, nationalisme intégral, corporatisme, – est abondant et divers et remonte haut dans le XIX^e siècle. Le fascisme, bricolage syncrétique mué en système totalitaire, a conçu « une authentique idéologie et un projet cohérent de formatage des individus et de la société », une idéologie qui se présentait comme une troisième voie entre le libéralisme démocratique, impuissant et déconsidéré, et le socialisme, antipatriotique et barbare⁷. Même si en pratique, dans son développement concret, le fascisme italien fut un « totalitarisme imparfait », au cœur de l'idéologie s'énonçait un « idéal » totalitaire, une rationalisation de l'Etat total auquel devait être subordonnée toute la vie publique et privée. Le fascisme italien est une idéologie inséparable d'une mise en place de cultes et de liturgies, le *Culto del Littorio*, dont un des thèmes récurrents du

⁵ E. GENTILE, *Le origini dell'ideologia fascista (1918-1925)*, Roma, Bari, Laterza, 1975 (trad. : *The Origins of Fascist Ideology 1918-1925*, New York, Enigma Books, 2005).

⁶ T.R. THOLFSEN, *Ideology and Revolution in Modern Europe : An Essay on the Role of Ideas in History*, New York, Columbia UP, 1984, p. 105.

⁷ P. MILZA, « Le totalitarisme fasciste, illusion ou expérience interrompue ? », *Vingtième siècle*, 100, 4, 2008, p. 63-67.

reste était qu'elle n'était surtout « pas un dogme » figé, mais une « foi » active, qu'elle devait toujours aller de l'avant, s'adapter à la « Vie » etc.⁸.

Le fascisme (lequel inclut le nazisme dans la définition générique qu'en donnent Roger Griffin et d'autres historiens anglophones) présente une idéologie propre qui le définit et celle-ci a joué un grand rôle dans son succès trans-classes⁹. C'est de cette idéologie et de son « noyau mythique » (*mythical core*) que découlent les traits bien connus des fascismes, culte du chef, corporatisme, étatismisme et statolâtrie, surenchère expansionniste, esthétisation du politique, militarisation de la vie sociale en temps de paix, enrôlement de la jeunesse, climat de bouleversement permanent et impulsion de vastes projets successifs. On peut supposer que s'en déduit aussi la fuite en avant militariste et belliciste, la guerre étant une recette infaillible de « régénérescence nationale ». Ce qui distingue les fascismes de dictatures « ordinaires », c'est précisément ce rôle déterminant de l'idéologie et cet attrait exercé. L'analyse en termes de politique ou d'économie seuls ne suffit pas à en révéler la nature¹⁰.

Il en va de même pour les historiens du nazisme avec l'importance grandissante qu'ils accordent à l'idéologie et à la singularité scélérate de celle-ci. James Rhodes étudie *The Hitler Movement* comme *A Modern Millenarian Revolution*¹¹. « *In the tradition of Eric Voegelin and Norman Cohn* », écrit-il, « *I think that the National Socialist ideology should be seen as a more or less coherent millenarian and gnostic world view that must be taken seriously if the Nazis are to be understood. the Nazis believed that their reality was dominated by fiendish powers and they experienced revelations or acquired pseudo-scientific knowledge about their historical situation that made them want to fight a modern battle of Armageddon for a worldly New Jerusalem* »¹². James Rhodes fait du millénarisme, fondé sur un sentiment de « catastrophe ontologique », la motivation essentielle des nazis et l'explication fondamentale de la criminalité croissante de ceux-ci, écartant les causes traditionnellement mises de l'avant qu'il juge contingentes et réductrices – crise économique, etc., – et soulignant qu'il importe de considérer centralement la conception que les nazis eux-mêmes avaient du sens de leur action : « *In all its manifestations and especially in the NS case, millenialism appears to begin with an experience of confusion and a strong fear of annihilation*

⁸ Voir P. G. ZUNINO. *L'ideologia del fascismo. Miti, credenze e valori nella stabilizzazione del regime*, Bologna, Il Mulino, 1985.

⁹ E. GENTILE, *Qu'est-ce que le fascisme ? Histoire et interprétation*, Paris, Gallimard, 2004.

¹⁰ La définition du fascisme générique autour de laquelle est censé s'être établi de nos jours un certain « consensus » dans le monde anglo-saxon est celle de l'historien britannique Roger Griffin, leader de la *Fascist Studies School*. Elle prétend extraire un « noyau » mythique constant en scotomisant à des fins heuristiques les variables revendications « nationales » et les variables rationalisations scientistes et historicistes qui l'enrobent : « *Fascism is a genus of political ideology whose mythic core... is a palingenetic form of populist ultra-nationalism* », R. GRIFFIN, et M. FELDMAN (dir.), *Fascism : Critical Concepts in Political Science*, Londres, Routledge, 2004, I, p. 272. Définition complète in *The Nature of Fascism*, Londres, Routledge, 1993, p. 44.

¹¹ J. RHODES, *The Hitler Movement. A Modern Millenarian Revolution*, Stanford CA, Hoover Institution Press, 1980.

¹² *Ibid.*, p. 1 et 18.

which can be called the « disaster syndrome » »¹³. « This study ... concludes that the millennialism hypothesis gives the best answer to the perplexing questions about this specific group of revolutionaries. ... By stressing the primacy of apocalyptic motives in the National Socialists, it does not deny the existence or significance of ideological, economic, psychological and other passions ».

Le cas apparemment complémentaire mais bien plus controversé des marxismes et des marxistes

La publication en 1997 du *Livre noir du communisme*¹⁴ a réactivé en France une polémique de longue durée sur le bilan négatif du communisme au XX^e siècle, en un sursaut tardif mais exceptionnellement violent qui a mobilisé toute la presse et tous les essayistes en vue et qui n'est pas près d'être apaisé. *Un pavé dans l'histoire* de Pierre Rigoulot et Ilios Yannakakis¹⁵ rend compte des premiers mois français de cette polémique autour de la « mémoire du communisme » – en se plaçant du point de vue accusateur des collaborateurs de l'ouvrage – tandis qu'un peu plus tard l'ouvrage collectif *Du passé faisons table rase*¹⁶ a fait connaître la réception contrastée des traductions de ce livre dans tous les pays d'Europe, très favorable à l'Est, réticente à l'Ouest, – la France intellectuelle faisant comme toujours exception et contraste avec la réception très favorable du livre dans les pays qui ont connu le « socialisme réel », en dépit de réticences et de dénégations, là-bas aussi, d'une arrière-garde d'*apparatchiki* recyclés qui ne tiennent pas à ce qu'on « remue la boue » du passé.

Il n'est pas vrai, comme on le lit parfois, que les collaborateurs de ce livre-événement aient réclamé « un Nuremberg du communisme » – lequel serait impraticable, les régimes communistes n'ayant pas été vaincus militairement, et politiquement inopportun (en dépit de quelques procès de responsables policiers de la répression en Tchéquie par exemple). Mais ils ont certainement affirmé hautement que la tâche de l'historien du communisme, à l'égal de celle reconnue sans difficulté à l'historien du nazisme ou du fascisme (ce rapprochement incident seul a fait pousser les hauts cris), est de ne pas se borner à décrire, à dénombrer, à expliquer et situer dans le temps de l'histoire mais, quand il le faut, à *mettre en accusation*. A tout le moins dans le discours historique et non dans l'ordre juridique, mettre en accusation les crimes commis jadis, leurs auteurs, leurs instigateurs et leurs commanditaires. L'enjeu central est non de mettre en doute les « crimes » – en dépit de polémiques incessantes sur leur étendue et leur *chiffrage* – mais de déterminer à l'égard de ces crimes la responsabilité de l'idéologie – et par voie de conséquence plus ou moins clairement tirée la responsabilité de ceux qui, en Occident, ont « confessé » cette idéologie et ont milité pour elle tout en étant restés, par la force des choses et le hasard de la naissance, étrangers à l'« application » qu'en fit le Socialisme réel.

¹³ *Ibid.*, p. 19.

¹⁴ St. COURTOIS, N. WERTH, J. L. PANNÉ, A. PACZKOWSKI, K. BARTOSEK, J. L. MARGOLIN, *Le livre noir du communisme. Crimes, terreur, répression*, Paris, Laffont, 1997.

¹⁵ P. RIGOULOT et I. YANNAKAKIS, *Un pavé dans l'histoire*, Paris, Laffont, 1998.

¹⁶ St. COURTOIS *et al.*, *Du passé faisons table rase...*, *op. cit.*

« Le communisme est-il criminel ? La question peut sembler oiseuse, un rien provocatrice. Et les millions de morts consécutifs à la révolution soviétique ? Et le massacre des marins de Cronstadt par Trotski en 1921 ? Et la famine organisée pour réduire la résistance d'une grande partie des Ukrainiens à la soviétisation en 1932-1933 ? [etc., etc.] Comment donc oser mettre en doute cette criminalité ? A vrai dire, qu'une effroyable hécatombe humaine soit liée à l'histoire du communisme n'est plus en cause mais la nature du lien entre le communisme et cette hécatombe : le communisme en est-il responsable ? (...) Reste à savoir quelle place assigner à ces « crimes horribles, massifs et systématiques ». Dans l'optique du *Livre noir*, le communisme en est comptable. Dans celle de ses détracteurs, le communisme est certes souillé de sang, mais à son corps défendant »¹⁷.

L'enjeu du débat est bien résumé. Est-ce qu'un régime fondé sur une idéologie déterminée doit être jugé à ses œuvres et son idéologie avec lui *ipso facto* ; est-ce que les résultats, toujours affreusement semblables, des régimes *idéocratiques* jugent les convictions des acteurs et mettent en cause l'« idéal » des partisans ? Le problème de l'interface ambigu historico-éthico-juridique n'est pas celui de certaines idées de jadis qui appelaient, littéralement et sans effort herméneutique, à la répression, à la haine de l'Autre, à la persécution, il n'est pas celui des doctrines expressément racistes, antisémites, génocidaires et du blâme qui est unanimement porté sur elles. Qu'on le regrette ou non (on peut y voir une vaine invite à méditer confusément sur les bonnes intentions dont l'enfer du XX^e siècle a été pavé débouchant mollement sur une invocation du *principe de précaution* au vu des entraînements irréflechis de naguère), la question du mal politique et idéologique est au cœur de l'histoire des idées modernes sous la forme spécifique de *la mutation du bien en mal*, des bons en scélérats, de l'idée généreuse en légitimation de l'inhumain, du « retournement de l'humaniste en fanatique, du persécuté en policier », retournement qui est au cœur de la réflexion d'un Régis Debray – lequel n'offre cependant pas une explication bien claire du caractère fatal de ce retournement ni ne propose des conclusions *pratiques* à tirer du constat¹⁸.

Je partirai de ce que pose Aleksandr Soljenitsyne au début de *L'Archipel du Goulag*¹⁹ « C'est l'idéologie », écrit-il, « qui a valu au XX^e siècle d'expérimenter la scélératesse à l'échelle de millions ». Lénine et le bolchevisme sont en cause sans doute, mais l'accusation de Soljenitsyne est plus englobante. Le romancier russe raisonne à partir d'un contraste : les scélérats de Shakespeare se satisfont d'une demi-douzaine de cadavres, – pour en accumuler des millions, il faut une autre forme de cruauté et d'inhumanité argumentées et c'est cette chose moderne, inconnue du dramaturge anglais et impensable en son siècle, que l'écrivain russe désigne sous le nom d'« Idéologie ». La question posée est celle du *changement d'échelle* de l'inhumain au XX^e siècle, changement issu de la rencontre de moyens techniques et de délires eschatologiques déguisés en doctrines « scientifiques ». Toutes les idéologies totales du siècle, de gauche et de droite, ont abouti à créer des « vies inutiles », elles

¹⁷ P. RIGOULOT et I. YANNAKAKIS, *Un pavé dans l'histoire*, op. cit., p. 13-14.

¹⁸ R. DEBRAY, *Critique de la raison politique*, Paris, Gallimard, 1987, p. 361.

¹⁹ A. SOLJENITSYNE (A.I. SOLZHENITSYN), *L'Archipel du Goulag*, Paris, Seuil, 1974, vol. I, p. 132.

ont légitimé le meurtre de misérables par milliers et millions, elles ont conçu et justifié la terreur de masse, elles ont pratiqué avec conviction les décimations de populations entières. La question épineuse qui s'ensuit dans ce paradigme de *la mutation du bien en mal*, et sur laquelle il y a une bibliothèque toujours grossissante de reconstitutions divergentes des données, des enchaînements, et d'argumentations contradictoires est celle de la « responsabilité » des idées révolutionnaires, celle des utopies socialistes et égalitaires issues des Lumières, celle de Marx, ou des marxismes qui auraient « trahi » sa pensée, ou de Lénine et des seuls Bolcheviks dans la Tragédie soviétique²⁰. L'idéologie raciste des nazis conduit à Auschwitz, ceci est atroce mais *logique*, – mais qu'est-ce qui, en termes d'idées, conduisait à la terreur bolchevique, au Goulag, aux exterminations staliniennes, aux massacres répétés et à grande échelle de pauvres hères mués en opprimés ?

Métamorphose inopinée ?

Le philosophe catholique Waldemar Gurian dans les années 1930, anti-communiste il va sans dire, parlait encore de la « métamorphose » d'une idée intrinsèquement bonne, celle du socialisme, en un régime atroce : « la doctrine s'est transformée en devenant, au lieu d'utopie d'avenir, justification du terrorisme et de la privation de tout droit de l'individu en face de l'Etat de parti »²¹. Mais cette « métamorphose » inopinée restait, comme telle, inexplicable. La question peut paraître naïve mais elle est revenue de nos jours. « Pourquoi le communisme moderne, apparu en 1917, s'est-il presque immédiatement érigé en dictature sanglante puis en régime criminel ? »²². A cette bonne question sans réponse, il est évidemment possible pour des penseurs de droite d'émettre au contraire l'hypothèse d'une consécution logique ou d'un « potentiel » malfaisant bien détectable dans les projets initiaux et les idées – et peut-être en élargissant dans toute la modernité politique séculière. A la tête de l'Etat soviétique se trouvait un groupe d'« idéocrates » animés par une doctrine spécifique et un projet global qui a causé d'immenses malheurs : il semble de bonne méthode de sonder cette doctrine et de questionner son caractère, ostentatoire mais peut-être trompeur, « d'utopie d'avenir » vouée au bonheur de l'humanité.

La capacité et la volonté de contrôle « total » de la société par l'Etat-parti bolchevik, l'intensité de la terreur et de la répression ont beaucoup varié de Lénine à Staline, à Brejnev, à Gorbatchev et c'est ce qui rend l'application sur toute la durée 1917-1991 du concept controversé de « totalitarisme » discutable. Mais le fait que la *raison d'être* de l'Etat soviétique était de réaliser à tout prix un projet déterminé de transformation de la société, un projet fondé sur des « idées », est inhérent à son histoire de 1917 à 1991. Le terme d'« idéocratie » avancé par Martin Malia prend son sens ici. Partout où s'est établi un régime communiste, les mêmes théories ont débouché sur les mêmes

²⁰ M. MALIA, *The Soviet Tragedy. A History of Socialism in Russia*, New York, Free Press, Toronto, Maxwell Macmillan, 1994.

²¹ W. GURIAN, *Der Bolschewismus : Einführung in Geschichte und Lehre*, Freiburg iB, Herder, 1931 (trad. *Bolshevism : An Introduction to Soviet Communism*, Notre Dame IN, Notre Dame UP, 1952 ; *Le bolchevisme. Introduction historique et doctrinale*, Paris, Beauchesne, 1933, p. 229).

²² St. COURTOIS, in *Le livre noir du communisme, op. cit.*, p. 853.

sortes de liquidations, déportations, massacres, oppression policière et terreur. Quelle « responsabilité », demandent certains historiens « de droite », porte Karl Marx dans le caractère sanglant et répressif de tous ces régimes sur tous les continents qui se sont réclamés de lui ? Jusqu'à quel point les résultats « imprévus » d'un projet supposé émancipateur ne sont-ils pas sans quelque rapport avec certains éléments de cette pensée ? « *Is original Marxism to any degree accountable for the despotic character of the Marxist-Leninist party regimes in the various parts of today's world ?* »²³.

Comme telle, ce genre de question directe, bipolaire et simpliste, et la réponse « virtuelle » qu'elle comporte, sont évidemment sophistiqués. Plusieurs objections du moins viennent à l'esprit. L'idéologie dite marxiste était hégémonique et officielle en URSS, mais les institutions, les valeurs sociales étaient-elles cependant « inspirées » par quoi que ce soit venu de Marx – sinon au sens le plus superficiel ? La source principale du despotisme soviétique est-elle au reste russe ou marxiste – ou issue de la convergence fatale des deux (c'est la version d'Alain Besançon) ? Le prétendu marxisme soviétique est-il quelque chose comme la « rencontre inattendue » entre une doctrine rationnelle occidentale et une mentalité irrationnelle russe ? C'est ce que semble dire un historien russe, Michel Heller, dans *La machine et les rouages*²⁴ en faisant état de « l'incroyable réceptivité des Soviétiques à l'irrationnel dès lors qu'il revêt une apparence scientifique ». Par ailleurs, comment affirmer à la fois la toute-puissance néfaste de l'idée marxiste-léniniste en URSS et la thèse – qui est celle de Leszek Kołakowski et de tous autres historiens aujourd'hui – selon laquelle plus personne, du moins après Khrouchtchev, que ce soit dans les masses ou dans l'Appareil, n'y croyait encore (« *By the end no one believed any longer that Marxism-Leninism could be used to mobilize the population* »)²⁵.

Il y a une réplique à ces premières objections toutefois. Une distinction s'impose. Les bureaucrates soviétiques n'avaient pas à « croire » à la part de verbalisme humanitaire du prétendu « marxisme », à la « société sans classe » ou à la « dictature du prolétariat », – mais il paraît évident qu'ils ont pourtant *cru* à quelque chose, de Lénine à Gorbatchev inclusivement, ils ont persisté à croire, en dépit de démentis perpétuels, à ce qui était au cœur idéologique de l'idéocratie : à la supériorité, non pas morale *mais productiviste*, du mode de production collectiviste, fondé sur l'abolition de la propriété privée des moyens de production et d'échange et sur l'économie dirigée. C'est quand le doute radical quant à sa praticabilité et son efficacité s'est mis à saper, dans les classes de l'Appareil même, ce dogme-raison d'être, constitutif de l'URSS, que le système a vraiment vacillé.

²³ M. VAN DER LINDEN, *Western Marxism and the Soviet Union*, Leiden, Brill, 2007. Voir parmi des dizaines de livres qui posent ce genre de question, D. W. LOVELL, *From Marx to Lenin : An Evaluation of Marx's Responsibility for Soviet Authoritarianism*, Cambridge, Cambridge UP, 1984. On a aussi la version plus naïve du même questionnement, « Was Stalin really a Communist ? », demande R. V. Daniels, *The Rise and Fall of Communism in Russia*, New Haven CT, Yale UP, 2007, titre de chapitre, p. 266 – ... et Torquemada était-il un bon catholique ?

²⁴ M. HELLER, *La machine et les rouages, la formation de l'Homme soviétique*, Paris, Calmann-Lévy, 1985 (rééd. au format poche, Paris, Gallimard, 1994, p. 73).

²⁵ D. D. ROBERTS, *The Totalitarian Experiment in 20th Century Europe : Understanding the Poverty of Great Politics*, New York, London, Routledge, 2006, p. 268.

Le questionnement sur le « rôle » de Marx et du marxisme (ce qui fait deux) demeure encore, en bonne partie, à l'étape de la confusion des problèmes. Le topos de Marx-se-retournant-dans-sa-tombe est un lieu commun des chercheurs qui tout en condamnant les « applications » veulent épargner l'auteur du *Capital* : « *Karl Marx would have found very little in the political culture and political institutions of Cuba, China or Russia that he could identify as Marxist* », etc.²⁶. Sans nul doute ! Seul Leszek Kołakowski, le grand historien polonais du marxisme, s'efforce de poser la question en des termes susceptibles d'une réponse qui ne soit pas de pure confusion sophistiquée de la chronologie, de la durée et des niveaux. Le système stalinien a-t-il sa source chez Marx ou dans quelque aspect de sa pensée *ou bien* trouve-t-on au contraire chez Marx (et on le trouve aisément) la répudiation anticipée du stalinisme, du totalitarisme ? Marx se serait-il en effet « retourné dans sa tombe » ? Autant de formulations qui sont sans intérêt parce que sans réponse possible. Pour Leszek Kołakowski, la seule question bien formée est la suivante qui porte sur l'*applicabilité* – et il avance sa propre réponse : « *Was every attempt to implement all basic values of Marxian socialism likely to generate a political organization that would bear marks unmistakably analogous to Stalinism ? I will argue for the affirmative answer* »²⁷.

Le procès des utopies

Le 1^{er} janvier de l'an 1800, Robert Owen ouvrait à New Lanark en Ecosse une manufacture « humanitaire » où le vil argent allait être remplacé par des *Labour Notes*, des bons du travail²⁸. Le 25 décembre 1991, Mikhaïl Gorbatchev entérinait la dissolution de l'URSS. Entre ces deux dates, entre cette nouvelle année et ce jour de Noël, deux siècles de Grandes espérances ont mobilisé des foules immenses sur les cinq continents. Elles ont animé un foisonnement de réflexions philosophiques et d'idéologies de masse autour d'*idées* apparues au Siècle des Lumières, au premier chef celle de *progrès* et celle de *révolution*, et autour d'un projet ou d'une promesse *utopiques*. – Une vaste question découle du télescopage narratif que je viens d'esquisser. Cette question à son tour ne cesse de venir hanter la réflexion contemporaine. Ces Grandes espérances, demande-t-on, par leur caractère *utopique* justement, par leur promesse de « changement à vue » et de remède global à portée de main à tous les maux sociaux, par le déterminisme historique qui les étayait depuis les temps lointains des Saint-Simon, Fourier, Leroux, Colins et autres socialistes romantiques, par l'esprit de croyance aveugle et dénégatrice qu'elles ont inspiré, n'ont-elles pas à l'évidence joué un rôle, un rôle décisif et néfaste, dans le malheur des temps, ne débouchent-elles pas sur les horreurs d'un XX^e siècle qui serait *passé à l'acte* en mettant sur

²⁶ A. J. GREGOR, *The Fascist Persuasion in Radical Politics*, Princeton NJ, Princeton UP, 1974, p. 395.

²⁷ L. KOLAKOWSKI, « Marxist Roots of Stalinism », in R. C. TUCKER, & W. BRUS, *Stalinism : Essays in Historical Interpretation*, New York, Norton, 1977 (reprint 1999, p. 283).

²⁸ Libellés « *One Hour* » et ses multiples, – une heure de travail quelconque valant n'importe quelle autre. Voir R. OWEN, *Courte exposition d'un système social rationnel*, Paris, Marc-Aurel, [1848] ; *Dialogue entre la France, le monde et Robert Owen, sur la nécessité d'un changement total dans nos systèmes d'éducation et de gouvernement*, Paris, Chaix, 1848.

ped, inspiré par leurs vains *blueprints* et leurs fallacieuses « lois de l'histoire », des *idéocraties* sanguinaires²⁹ ?

De la Révolution de 1917 n'est pas sorti un régime qui formât un « stade supérieur » aux démocraties bourgeoises et aux économies de marché, ni même une alternative rationnelle, mais, formule Martin Malia, une « idéocratie », un régime (au décri de la représentation marxiste de la base et la superstructure) fondé sur un programme irréaliste, sur une « utopie » (en ce sens négatif, chimérique du mot) articulée à une forme de croyance « gnostique » maquillée en un savoir prétendu « scientifique », système voué à réaliser un projet intrinsèquement inviable : « *Of all the reasons for the collapse of communism, the most basic was that it was an intrinsically nonviable, indeed impossible project from the beginning* »³⁰. Système qui a cherché, par la terreur et dans la pénurie perpétuelle, dans la misère matérielle et morale de trois générations, à faire fonctionner une impossibilité pratique jusqu'à la ruine inclusivement. Autrement dit, la responsabilité alléguée de l'« idée » serait inséparable du caractère irréaliste, chimérique et livresque d'une bonne part de la modernité issue des Lumières.

Formulation plus moralement dérangeante encore : *Délivrez-nous du mal*

Le paradoxe accablant de la modernité tout entière reviendrait alors à trouver la source première du malheur du XX^e siècle, non seulement dans des idées censées rationnelles, bienveillantes et émancipatrices, mais dans le *projet même de délivrer le monde du Mal*. Car c'est à ceci, à cette « volonté » que tout remonte, ceci qui, au début du XIX^e siècle, était une « idée neuve en Europe ». Le socialisme s'est défini d'emblée vers 1830 comme le Remède enfin découvert qui allait délivrer définitivement et d'un seul coup les hommes du mal social :

« Q. – Qu'entendez-vous par socialisme ?

R. – La doctrine (...) qui veut, par la mise en pratique de la loi humanitaire, faire disparaître de la société les maux qui la déchirent »³¹.

Une « religion de la Révolution » est née, dans l'après-coup de 1789, non comme une volonté de réformer ou d'alléger certains maux sociaux mais, formule l'historien israélien Jacob L. Talmon, comme une « insurrection contre le Mal lui-même », une insurrection qui ne devait s'achever que lorsque le mal aurait été éradiqué, la régénération accomplie, la justice immuable établie sur terre. Cela semble de fait l'élément psychagogique fondamental qui a nourri en longue durée la pensée militante et qui, pour les esprits conservateurs, a alimenté impitoyablement ses perversions : la volonté de se délivrer intégralement et rapidement du mal social³². Le militant dès

²⁹ Ainsi serait-on allé du « siècle-charnière », le XIX^e, qui les a conçues, au siècle-charniers qui les a testées. C'est une formule amèrement spirituelle de Philippe Muray.

³⁰ L. EDWARDS (dir.), *The Collapse of Communism*, Stanford CA, Hoover Institution Press, 2000.

³¹ GREPPO, *Catéchisme social, ou exposé succinct de la doctrine de la solidarité*, Paris, Propagande démocratique et socialiste, 1848, p. 5.

³² C'est qu'en effet, et ceci caractérise *a contrario* la pensée moderne, le mal non social, le mal « naturel », n'est plus perçu comme un véritable mal désormais dans le sens qu'il n'*indigne* plus et n'occupe plus les esprits. Tout a changé depuis Voltaire : le tremblement de terre de

1830 se dresse, en une pose morale impavide, devant une société qui est entièrement à détruire, qui est à raser avec tous les maux qu'elle porte en elle. Un socialiste des temps de Louis-Philippe est quelqu'un qui « entrevoit » un avenir lumineux imbu de la certitude que « le mal est condamné à disparaître un jour complètement du monde »³³. Le mal ne vient pas de la nature (« de Dieu », écrit-on à cette époque), il vient de la société et la société pourrait être organisée tout autrement. Si scandaleux que soit le mal social, la conception qu'on en procure libère l'esprit d'un scandale plus désolant, irrémédiable : que le mal serait au cœur de l'homme et indissociable de ce monde terraque. Le mal social est au contraire doublement mal parce qu'il existe désormais un « remède » global « découvert » par un homme de génie. Il convient, écrit le fouriériste Victor Considerant, « de connaître le mal, pour déterminer le remède », mais il convient surtout de connaître le « remède » pour démontrer que le mal est d'autant plus criminel qu'il ne tient qu'à une mauvaise organisation de la société, une organisation qui ne rend heureux que des scélérats et qu'il faut simplement abolir. Le raisonnement militant tire de l'omniprésence du mal, la conclusion que la société est mal faite, le corrélat qu'elle pourrait être entièrement refaite sur « d'autres bases » puis la nécessité morale et, tout d'un tenant, la fatalité « historique » de l'avènement du bien. Le syndicaliste-révolutionnaire de la Belle époque met à son tour ce qui est devenu un axiome rigide au cœur de sa doctrine qu'il croit « révolutionnaire » : toute réforme de la société bourgeoise est vaine, tout esprit de réforme est lâche, il faut faire table rase et reconstruire à zéro. « Il n'y a pas d'amélioration à espérer dans la société présente, il faut la transformer. Elle est défectueuse. Elle est à détruire. Ses bases, ses principes sont mauvais et tous les essais de replâtrage et de remaniement sont voués à l'impuissance »³⁴.

Que la seule volonté de faire le bonheur des hommes et de venir d'un seul coup à bout du mal social soit la source des plus grands malheurs, que rien n'est plus redoutable et plus à fuir qu'un homme possédé par un tel mandat, c'est la thèse récurrente des esprits pessimistes, de Gustave Le Bon vers 1900 à Emile Cioran, Cioran avec sa maxime aboulitique que « tout ce que l'homme entreprend se retourne contre lui » et Gustave Le Bon dont la thèse fameuse était celle de la perpétuation dans « les foules » de croyances irrationnelles dangereuses. Il écrit : « Torquemada, Bossuet, Marat, Robespierre se considéraient comme de doux philanthropes ne rêvant que le bonheur de l'humanité »³⁵. Redoutez les gens qui veulent votre bonheur, ils sont capables de tout !

Lisbonne ne donne plus à méditer sceptiquement sur la Providence, mais l'exploitation et le paupérisme indignent. Non seulement le mal est-il social, mais il n'est finalement *de mal que social*. La propriété, la famille, la cité, écrit expressément Pierre Leroux, « en dehors des maux qui nous arrivent par ces trois sources, il n'y a pas de mal pour nous ; car il n'y a pas de mal réellement humain hors de ces trois sources », P. LEROUX, *Malthus et les économistes*, Boussac, 1849, p. 291.

³³ L. DE TOURREIL, *Religion fusionnienne, ou doctrine de l'universalisation réalisant le vrai catholicisme*, Tours/Paris, Juliot, 1879, p. 216.

³⁴ A. LORULOT et G. YVETOT. *Le syndicalisme et la transformation sociale*, Paris, Librairie internationaliste, 1909, p. 11.

³⁵ G. LE BON, *Psychologie du socialisme*, Paris, Alcan, 1898, p. 104.

Pendant tout le XIX^e siècle, le dialogue de sourds entre novateur et conservateur quant à la beauté des Idées démocratiques se scelle sur la preuve supposée de leur nocivité par les crimes de la Révolution. Ainsi, dans un dialogue saint-simonien, disputent en effet le Novateur et le Conservateur :

« Le novateur : – Connaissez-vous les *Droits de l'homme et du citoyen* proclamés par les démocrates de 89 ?

Le conservateur : – Je connais les excès de 93 et cela me suffit »³⁶.

Les publicistes libéraux et antisocialistes du XIX^e siècle ont tout de suite perçu et dénoncé, – faisant ainsi la preuve aux yeux des esprits humanitaires de leur scélérateuse innée, – le paralogisme qui tire le remède du constat du mal et de l'attribution à des maux multiples d'une prétendue Cause unique facile à éliminer : il y a de la misère et de l'inégalité avec la propriété individuelle *donc* il faut la supprimer et la remplacer par son contraire ; il y a des gens qui manquent de travail *donc* l'Etat peut et doit fournir du travail à tout le monde... La société est imparfaite, elle est donc réformable ; elle est mauvaise de bout en bout, elle doit subir donc une réforme totale déduite de principes contraires à ceux qui la régissent. Si divers qu'ils soient, des catholiques aux darwiniens sociaux et aux nietzschéens, les adversaires des Grands récits progressistes partent d'une prémisse de l'*irréremédiable* pour écarter les remèdes sociaux radicaux comme chimériques, c'est-à-dire qu'eux aussi se fondent sur un présupposé, sur une vision pessimiste de la « nature humaine ». Herbert Spencer, le sociologue libéral dénonciateur de l'« étatisme », disait : « Ce qui est imparfait, c'est l'homme. L'Etat ne peut l'améliorer par décret »³⁷. Les penseurs libéraux ne reprochaient pas aux socialistes de vouloir une société bonne, ou plutôt, si, ils le leur reprochaient, mais c'était en les accusant de préparer inévitablement une société pire, même si elle allait être pavée de bonnes intentions – et d'une certaine manière l'horreur que leur inspirait les projets collectivistes, anarchistes etc., les consolait de vivre dans une société pleine de misères, mais qui avait ses bons côtés (pour eux) et où tout n'était pas perdu !

Des historiens en procureurs

Je l'ai rappelé en commençant : l'histoire des idées modernes n'est que bien rarement une entreprise sereine née du seul intérêt historique. L'historien des idées politiques surtout règle des comptes – et il ne s'en cache pas – avec le présent par passé interposé, un passé qui décidément ne passe pas. L'historien qui décrit et analyse des tendances idéologiques des années 1930 – ou même de 1830 – règle en fait des comptes avec leurs lointaines mais persistantes descendantes actuelles. Dès lors, il s'érige expressément en procureur, il accuse et interpelle, il met les idéologues du passé devant leurs « responsabilités » : c'est un mot qui revient régulièrement chez l'historien israélien Zeev Sternhell soumettant en preuve au tribunal de l'histoire les écrits des « préfascistes » de 1880-1914 et des ligues fascisantes des années 1930 dont les doctrines sont mises en accusation. Il invite expressément les lecteurs présents et tout spécialement ses adversaires qui refusent de reconnaître l'ampleur

³⁶ J. TERSON, *Dialogues populaires sur la politique, la religion et la morale*, Paris, Prévot, 1840, p. 70.

³⁷ Cité par P. BOILLEY, *Les trois socialismes*, Paris, Alcan, 1895, p. 52.

de « l'imprégnation fasciste » dans la France d'avant 1940 à un « examen de conscience » auquel ils se refusent. Mû par de fortes convictions, Sternhell analysant l'imprégnation fasciste étendue d'une France des années trente qui prépare la honte et le déshonneur de 1940 ne remue ce passé que parce qu'il lui paraît, en dépit des dénégations de ses adversaires, qu'en subsistent les séquelles et des cendres encore chaudes qui pourraient se raviver.

D'autres historiens des idées, au premier chef les fameux et érudits adversaires de l'« historicisme » des temps de la Guerre froide – Karl Popper, Isaiah Berlin, Jacob Talmon, Karl Löwith, Eric Voegelin... – dont les travaux restent, toute critique due, de grands modèles heuristiques, avaient compris leur tâche comme un combat, académique certes mais combat souvent brutal et susceptible de leur faire d'irréconciliables ennemis, contre des idées « totalitaires » menaçantes dont l'*historicisation* était susceptible à leurs yeux de saper l'autorité et les prétentions. Pour Isaiah Berlin par exemple, Lénine et Staline sont les héritiers directs de Rousseau – télescopage historique dont le blâme Sternhell dans son récent *Les anti-Lumières, du 18^e siècle à la guerre froide*. Sternhell parle, dans ce contexte de la Guerre froide, de « campagne contre le communisme par Lumières françaises interposées »³⁸.

Non moins convaincu de poursuivre à la fois un travail intellectuel rigoureux et une tâche civique d'hygiène intellectuelle, de dénonciation de certaines « impostures » qui tiennent le haut du pavé, tâche où il y a des coups à prendre, un Pierre-André Taguieff s'en prend de nos jours à la fois à l'« illusion populiste »³⁹ et à la perversion, à son sentiment, d'une partie de la gauche française en des anti-racismes et anti-fascismes qu'il montre instrumentalisés et fallacieux⁴⁰. L'historien des idées modernes n'est pas quelqu'un installé dans sa proverbiale « tour d'ivoire », un clerc au-dessus de la mêlée – d'où le caractère hybride d'entreprises parmi les plus appréciables, les plus perspicaces et novatrices dans le secteur, entreprises toutefois où l'effort d'objectivation érudite le dispute à la position, subjective et engagée dans un combat intellectuel difficile qui est celle du pamphlétaire, – position de discours que j'ai décrite jadis comme celle de la vérité solitaire et courageuse face à l'imposture triomphante.

Une démarche à écarter comme de mauvaise méthode

Je crois en fin de compte qu'il faut résolument rejeter la tendance, irrésistible chez certains historiens et non des moindres ni des moins appréciables, à discuter des penseurs et des idées de jadis en termes de *complicité avant le fait*. Il faut contrer la tendance complémentaire à muer les enchaînements tortueux des généalogies intellectuelles en un déterminisme de « pentes fatales » aperçues *a posteriori*, et critiquer la propension à réprimander des imprudences et des complicités *by hindsight*, c'est-à-dire qui ne paraissent telles que rétrospectivement⁴¹. Dès lors à passer subrepticement de la description d'une généalogie historique d'émergence et

³⁸ Z. STERNHELL, *Les anti-Lumières*, Paris, Fayard, 2006, p. 495.

³⁹ P.-A. TAGUIEFF, *L'illusion populiste. Essai sur les démagogies de l'âge démocratique*, Berg, 2002 (rééd. Flammarion, 2007).

⁴⁰ Voir par exemple P.-A. TAGUIEFF, *Les contre-réactionnaires. Le progressisme entre illusion et imposture*, Paris, Denoël, 2007.

⁴¹ Et les contiguïtés et voisinages en complicités.

d'agrégation d'idées éparses en un « système » – et à la catastrophe que celui-ci a engendrée – à un jugement politico-moral *rétrodictif* articulé à divers paralogismes *ex post facto*. C'est-à-dire en somme à combiner, en des énoncés équivoques et « sournois », anachronisme, finalisme et moralisme. Tout se ramène à un grand *caveat* de méthode : il revient à rappeler à l'historien des idées que les entités dont il fait la synthèse se construisent et déconstruisent dans la durée par étapes imprévisibles, en fonction de changements non moins imprévus dans le monde réel, avec des seuils qualitatifs, des « métamorphoses » ou « mutations » à repérer et en engendrant souvent des variantes polarisées qui deviendront antagonistes, – pour tout dire qu'elles ne sont pas des entéléchies qui posséderaient *ab ovo* le potentiel de leur déploiement. Les démarches qui vont à l'encontre de ce principe sont à la fois moralement « pharisaïques », arrogantes et méthodologiquement fallacieuses car nécessairement anachroniques. Il semblerait que pour beaucoup de bons esprits l'analyse des idées et de leur rôle dans l'histoire débouche sur une téléologie (qu'il leur est évidemment impossible d'assumer théoriquement), sur l'idée que les idées doivent attendre leur « application » ou l'application par ceux qui se sont réclamés d'elles pour être jugées.

Jean-Jacques Rousseau a été spécialement la cible de ce *procès d'intention* depuis un demi-siècle, – l'étude de cette mise en accusation répétée qui est venue du monde anglo-saxon, mériterait d'être entreprise. Jean-Jacques, a-t-on répété de diverses parts, « *should be given special responsibility for the emergence of totalitarianism* »⁴². Je pense surtout à l'œuvre de Jacob L. Talmon dont le premier livre, *The Origins of Totalitarian Democracy*⁴³, partait de Jean-Jacques Rousseau pour en venir à Babeuf et aux Egaux et déboucher sur les totalitarismes du XX^e siècle et leurs horreurs. Talmon prétendait montrer dans les idées, les concepts et les enchaînements de raisonnements de l'auteur du *Contrat social* la matrice originelle de toutes les idéologies ultérieures qu'il regroupe sous le chef de « démocratie totalitaire »⁴⁴. Il y a un sophisme inhérent à cet enchaînement allégué. François Furet au contraire exonère Jean-Jacques et nuance en périodisant : « Rousseau n'est en rien responsable de la Révolution française, mais il est vrai qu'il a construit sans le savoir les matériaux culturels de la conscience et de la pratique révolutionnaires »⁴⁵.

⁴² J. W. CHAPMAN, *Rousseau totalitarian or liberal ?*, New York, Columbia UP, 1956, p. vii.

⁴³ J. L. TALMON, *The Origins of Totalitarian Democracy*, London, Secker & Warburg, 1952.

⁴⁴ Dans *Political Messianism : The Romantic Phase*, Talmon envisage, en partant de Saint-Simon, les socialismes *dits* utopiques. Les systèmes sociaux qui pullulent entre 1815 et 1848 sont présentés comme l'étape d'une évolution d'idées radicales dont sortira la Révolution bolchevique. L'attente d'une régénération universelle, la conviction que l'histoire humaine répond à un plan et a un but ultime, le sentiment d'imminence apocalyptique engendré par l'expérience de la Révolution française non moins que par les bouleversements de la révolution industrielle, tout ceci contribue à former pour Talmon « une foi messianique établie sur le roc de la bonté naturelle de l'homme ».

⁴⁵ Fr. FURET, *Penser la révolution*, *op. cit.*, p. 51.

Il me semble que, si « humaine trop humaine » que soit cette attitude de procureur-historien, indigné par les crimes commis au nom de certaines Idées, elle relève du mélange des genres et elle est indéfendable sur le terrain historiographique. L'historien doit résister à la tentation de se muer en procureur et ce, particulièrement dans la conjoncture « mentalitaire » d'aujourd'hui en Occident qui invite de toutes parts, au nom d'une démocratie désenchantée, à une judiciarisation de l'histoire moderne⁴⁶. Il doit y résister parce que l'histoire est incertaine, que les enchaînements d'idées et d'actions, de « passages à l'acte » sont tortueux et obscurs et que les penseurs-acteurs n'ont simplement jamais eu les moyens de soupçonner la suite des conséquences de leurs pensées⁴⁷. La tendance à muer l'histoire des idées en réquisitoire implique à mon sens une arrogance qui relève du « présentisme ». Les théories médicales et psychiatriques du XIX^e siècle sur les femmes, sur l'hystérie, sur les « pédérastes », en dépit de leur aplomb positiviste et de leur appareillage expérimental, étaient malveillantes et absurdes, pénétrées de mythes et de fantasmes, soit – *mais* mes convictions féministes et égalitaires d'aujourd'hui qui m'autorisent à qualifier les savants à pince-nez du passé de « machistes » et d'« homophobes » seraient, elles, intégralement rationnelles et irréversiblement acquises ! Voire ! Le présent et ses idées, particulièrement ses idées reçues, ne saurait être le Tribunal du monde. L'historien n'est pas un Arbitre ni un *Time Traveller* qui descendrait sur un nuage pour dire aux hommes du passé que tel discours était fondé et sagace et tel autre pas ; et que telle idée avec ses apparences de bonne foi et de bonne volonté, était répréhensible, dangereuse, téméraire ! Or, de plus en plus souvent, en un rituel d'exorcisme pseudo-judiciaire, la doxa contemporaine convoque le passé devant le tribunal du Présent d'où sortent condamnés et couverts d'opprobre, Platon esclavagiste et bien peu démocrate, Jefferson sexiste et derechef esclavagiste, Freud censé homophobe et rien moins que féministe etc. Il n'y a guère de doute que tous les « crimes » des grands morts contre le présent et ses vagues valeurs y passeront.

Une autre attitude, passablement mégalomane celle-ci, est celle de l'historien qui, après avoir dûment montré l'historicité contingente, les variations historiques des notions de « liberté », de « démocratie », etc., arrive avec sa propre définition – censée, elle, intemporelle et neutre. Historiciser, c'est écarter l'idée que nous puissions, nous, sortir du cours de l'histoire pour produire une définition « transcendantale » d'un concept. C'est ce que Quentin Skinner objectait à la théorie politique d'Isaiah Berlin : élaborer au bout du compte, comme prétend le faire celui-ci, une définition neutre et intemporelle de la Liberté est une « illusion ».

Jean-François Sirinelli écrit en terminant son *Sartre et Aron*⁴⁸, biographie comparée des deux intellectuels dans le siècle, soucieux de se dissocier des ennemis posthumes d'un Jean-Paul Sartre « qui s'est toujours trompé » : « Il n'est donc pas besoin ici de placer l'analyse finale sur le registre de la culpabilité car (...) l'historien n'instruit pas un dossier à charge ou à décharge ». Nul besoin pour étudier sa pensée,

⁴⁶ Enzo Traverso souligne à bon droit ce point dans son dernier livre, *L'histoire comme champ de bataille. Interpréter les violences du 20^e siècle*, Paris, La Découverte, 2011.

⁴⁷ Voir E. TRAVERSO, *Le passé mode d'emploi*, Paris, La fabrique, 2005, p. 74 et s.

⁴⁸ J.-Fr. SIRINELLI, *Deux intellectuels dans le siècle, Sartre et Aron*, Paris, Fayard, 1995.

ses prises de position politiques et mesurer son immense influence de « brûler Sartre pour exorciser un passé désormais honni »⁴⁹. Jacques Julliard de son côté invite l'historien, à l'instar d'Enzo Traverso, à ne pas céder à ce qui relève selon lui aussi de l'« esprit du temps » en ce début de XXI^e siècle, « époque dont la tendance est de s'instituer en un tribunal permanent d'elle-même, mais aussi de toutes celles qui l'ont précédée »⁵⁰ Le passé est de plus en plus requis de faire des excuses au présent, il faut donc trouver quelqu'un qui veuille bien exprimer devant les médias une « repentance » posthume devant un passé criminel : la France républicaine de l'an 2000 s'est battu la poitrine au nom des crimes de Vichy. L'historien, conclut encore Carlo Ginzburg, ne doit pas s'ériger en juge, il ne peut pas se laisser aller à émettre des sentences. Sa vérité, résultat de sa recherche, n'a pas un caractère normatif : elle reste partielle et provisoire, jamais définitive. L'historiographie n'est jamais figée car à chaque époque, notre regard sur le passé – interrogé à partir de questionnements nouveaux, sondé à l'aide de catégories d'analyse différentes – se modifie⁵¹. L'historien peut induire chez son lecteur un jugement moral mais ceci, en laissant « parler les faits » qu'il aura seulement cherché à rigoureusement établir. Telle est sa tâche. Le réquisitoire en forme ni le plaidoyer, ni le prononcé du verdict ne sont son affaire ni son rôle.

Peut-être n'est-ce pas tellement l'historien drapé dans la robe du procureur ou du juge prononçant verdict qui agace et indispose que la tendance – inhérente à quiconque accuse ou défend – de ne retenir que ce qui plaide pour sa cause et de « mentir pour la bonne cause » de droite ou de gauche, ne serait-ce que mentir par omission ou sous-estimation de données qui affaibliraient son plaidoyer ou son réquisitoire. C'est encore et toujours ici le conflit entre éthique de la conviction et éthique de la responsabilité. On devrait pouvoir exiger à tout le moins que l'historien-plaideur n'ait pas deux poids deux mesures : qu'il ne prenne pas d'une part au pied de la lettre, sans suspicion, ce que les Bolcheviks disaient qu'ils faisaient avec le « soutien indéfectible de la classe ouvrière » et à son bénéfice – tout en traitant le discours des fascistes, « marionnettes du grand capital », comme basse démagogie.

Deux sophistiques complémentaires se rencontrent somme toute qui favorisent une histoire conçue comme réquisitoire

La sophistique du soupçon reporté à l'origine

Dans son *The Origins of Totalitarian Democracy*, 1952, livre qui a été de profonde influence sur les historiens des idées de langue anglaise du temps de la Guerre froide, Jacob L. Talmon remonte de Staline à Rousseau, via les socialistes romantiques, opération d'enchaînement rétrospectif odieuse pour les progressistes – comme pour les rousseauïstes. Pour Talmon, il y a déjà les ingrédients essentiels du bolchevisme et du stalinisme dans la doctrine d'un Saint-Simon⁵² qu'il a dans le

⁴⁹ *Ibid.*, p. 375-376.

⁵⁰ J. JULLIARD, dans le numéro « Histoire des mentalités » de la revue *1900*, 18, 2000, p. 5.

⁵¹ E. TRAVERSO, *Le passé mode d'emploi*, op. cit., p. 77. Voir aussi C. GINZBURG, *Un seul témoin*, Paris, Bayard, 2007.

⁵² Sur Saint-Simon père du totalitarisme, il y a aussi à signaler, G. IGGERS, *The Cult of Authority. The Political Philosophy of the Saint-Simonians. A Chapter in the Intellectual*

collimateur, non moins que chez Rousseau⁵³. Les historiens de l'école de Talmon qui font remonter le « totalitarisme » à certaines idées de Rousseau, à certains projets étatistes et autoritaires de Saint-Simon, et à l'« idolisation » romantique de l'Histoire, au « messianisme révolutionnaire », ne disent bien entendu jamais, en une polémique sommaire, « Rousseau = Goulag », mais l'idéaltype transhistorique de « totalitarisme » prétend retracer de proche en proche une origine et il *transfère le soupçon* à l'origine⁵⁴. La topique de l'enchaînement sert en effet à *construire un concept* dans l'histoire, c'est-à-dire toujours jusqu'à un certain point à *déshistoriciser*. Les historiens doivent se refuser à ces réquisitoires résultant d'enchaînements à grandes enjambées qui imputent moralement de complicité avant le fait des pensées originées de *plusieurs générations* en amont. Philippe Lacoue-Labarthe et Jean-Luc Nancy le disent aussi bien et mieux que je ne pourrais le dire :

« Le nazisme n'est pas plus dans Kant, dans Fichte, dans Hölderlin, ou dans Nietzsche (tous penseurs sollicités par le nazisme) – il n'est même, à la limite, pas plus dans le musicien Wagner – que le Goulag n'est dans Hegel ou dans Marx ; ou la Terreur tout uniment dans Rousseau »⁵⁵.

Le régime de Mussolini et celui de Hitler ne sont pas *dans* Maurice Barrès, chantre de la Terre et des morts. Si on peut s'amuser un instant à un raisonnement par fiction, il n'y a aucun doute que le nazisme aurait fait horreur à cet « esprit délicat » ... et éminemment germanophile – *ici* n'est pas la question et ceci devrait être évident. Sans doute ce constat n'interdit-il pas du tout à l'historien des idées de remonter de proche en proche à des *origines* et de suivre des enchaînements d'influences, des réinscriptions et des appropriations – c'est ce qu'on attend de lui – s'il ne s'agit ni de porter pour solde de compte un jugement moral rétroactif, ni surtout d'insinuer en un platonisme plus que sommaire que l'aboutissement « final » était *dans l'œuf*, dans l'Idée, le nazisme chez Fichte et le goulag chez Marx. La fatale déperdition-altération en cours de route, telle est la sorte d'objection que l'on peut opposer à toute généalogie d'idées procédant à grandes enjambées et faisant *remonter de proche en proche le soupçon* à l'origine – qu'elle prétende aller de Herder et Nietzsche à *Mein Kampf*, ou de Saint-Simon, Hegel et Marx à *Matérialisme dialectique et matérialisme historique* de Joseph Staline en passant par l'indigent corpus du « marxisme-léninisme », issu lui-même du rabâchage doctrinaire et pinailleur de Vladimir Ilitch. C'est une règle sceptique qu'énonce Régis Debray dans son *Cours de médiologie générale* : *toute transmission est trahison*, toute pensée qui débouche sur la sphère publique, qui est absorbée dans les luttes politiques, qui « s'empare » des masses devient rapidement un contresens généralisé. *C'est comme ça* et il est vain de vouloir venger la pensée « trahie », il n'y a pas lieu de se lamenter devant l'inévitable. Platon, platonisme

History of Totalitarianism, The Hague, Nijhoff, 1958.

⁵³ Voir l'éloge de Talmon, toutefois, par M. GAUCHET, *La condition historique. Entretiens avec Fr. Azouvi et Sylvain Piron*, Paris, Stock, 2003, p. 336-337.

⁵⁴ Exemple de cette démarche, I. MAREJKO, *Jean-Jacques Rousseau et la dérive totalitaire*, Lausanne, L'âge d'homme, 1984.

⁵⁵ Ph. LACOUÉ-LABARTHE et J.-L. NANCY, *Le mythe nazi*, La-Tour-d'Aigues, L'Aube, 2005 p. 28.

et néo-platonismes ; Rousseau, rousseauisme et jacobinisme ; Marx, marxismes en tous genres : ce sont des histoires de malentendus, de déperditions, de contresens, de « téléphones cassés », de sorte que les idées, certes, « jouent un rôle dans l'histoire » comme on le répète, mais les idées qui y « jouent un rôle » ne sont jamais l'idée de départ. Avatars ? Déperdition plus précisément, – tout commence en mystique et finit en politique, tout commence en pensée subtile et finit en simplismes et en slogans.

A quoi s'ajoute pour accroître la confusion un fameux paradoxe venu justement de Karl Marx : les hommes qui font l'histoire ne savent pas l'histoire qu'ils font et cependant l'idée qu'ils se font de ce qu'il faut faire et de ce qu'ils sont en train de faire, leurs buts, leurs mythes et leurs chimères ont des conséquences décisives sur l'histoire « réelle ».

La sophistique de la pente fatale, Slippery Slope

Dans mon essai *L'immunité de la France envers le fascisme : un demi-siècle de polémiques historiennes* (Montréal, 2009) j'expose les arguments convergents des historiens français contre les thèses sur l'origine française du fascisme de Zeev Sternhell : Sternhell en remontant aux années 1880 semble penser en termes de « pente fatale » : la critique des mœurs démocratiques et parlementaires pouvait être partiellement justifiée, supposons-le, mais, de proche en proche, la « révolte » de ces penseurs dissemblables était « dirigée contre l'ensemble des valeurs léguées par les Lumières et la Révolution française »⁵⁶. Il en résulte que « tous les penseurs qui ont soumis à un examen critique la « religion du progrès » ou l'universalisme abstrait »⁵⁷, constate en protestant Pierre-André Taguieff, sont jetés sans ménagement par l'Israélien dans le gouffre préfasciste. Je prends le risque d'explicitier ici ce qui agace fondamentalement les critiques de Sternhell : ils décèlent au fond chez lui une tendance aux *paralogismes staliniens*, jugements par amalgame, par anachronismes rétrospectifs et par « culpabilités objectives ». C'est installer un tribunal de la pensée, reproche Taguieff, tribunal destiné à juger rétrospectivement les penseurs du passé. Flagrant péché d'anachronisme⁵⁸. Pierre-André Taguieff ajoute que dans son dernier livre, *Les Anti-Lumières*, « Sternhell donne une illustration caricaturale d'une histoire polémique des idées politiques soumises sans nuance au regard du juge idéologique suprême qu'est l'historien militant. L'histoire de la pensée politique est ainsi réduite à un jeu de massacre ». A cet égard, c'est toute l'entreprise sternhellienne qui est parfois déclarée intenable dans son concept central : « Téléologique, la notion de *préfascisme* est, en elle-même absurde », tranche Pascal Ory⁵⁹. La notion implique que les idées antilibérales et nationalistes de 1880 *ne pouvaient que* conduire au fascisme de 1930. Sinon, elles ne sont étiquetables « préfascistes » que par un paralogisme anachronique.

Un historien des idées qui recule devant l'historicisation (et la relativisation dès lors) des valeurs censées intangibles de son temps et de son milieu, qui croirait à

⁵⁶ Z. STERNHELL, *Droite révolutionnaire*, Paris, Le Seuil, 1978, p. 23.

⁵⁷ P.-A. TAGUIEFF, *Les contre-révolutionnaires. Le progressisme entre illusion et imposture*, Paris, Denoël, 2007, p. 322.

⁵⁸ *Les contre-révolutionnaires, ibid.*

⁵⁹ P. ORY, *Du fascisme*. Paris, Perrin, 2003, p. 48.

quelque chose comme une vérité enfin atteinte dans les savoirs sur l'homme et la société, à une *normalité* contemporaine, qui penserait que, comme par hasard, le monde a adhéré enfin aux vraies valeurs et décisivement progressé en vérité et en raison à son époque, ce qui lui permettrait de juger avec un recul condescendant des erreurs, des chimères et des mythes du passé à l'aune d'un savoir mieux étayé, un tel historien devrait changer de métier. Seul un pyrrhonisme bien considéré et un certain respect, du moins une observation sans arrogance de l'« erreur humaine » de jadis sied. Scepticisme n'est pas nihilisme, il n'aboutit pas à conclure que toutes les idées se valent, que toutes font leur temps avant de se dévaluer, que toutes mystifient et conduisent à des catastrophes. Mais il faut faire de l'histoire des idées sans être *au service* de l'exaltation, de l'approbation et légitimation de l'idée étudiée ni, si on n'aime décidément pas cette idéologie étudiée, au non moins vain service de sa diabolisation et de la démonstration *ex post facto* de ses « dangers ».

L'attitude sceptique ne se ramène pas à un doute aboulique ni à un relativisme fatigué et revenu de tout : elle confère à l'historien des idées un rôle civique honorable et « salutaire » : celui d'inciter ses contemporains à regarder le cours du monde d'un regard sobre, « *mit nüchternen Augen* »⁶⁰, à ne pas céder aux illusions et aux chimères des grands systèmes tout en résistant à la doxa du moment, à la « pensée unique », à s'efforcer de « penser par soi-même » lors même que son travail d'historien montre combien un tel effort est problématique et jamais acquis.

⁶⁰ « *Alles Ständische und Stehende verdampft, alles Heilige wird entweiht, und die Menschen sind endlich gezwungen ihre Lebensstellung, ihre gegenseitigen Beziehungen mit nüchternen Augen anzusehen* », *Manifest der kommunistischen Partei*, 1848.

La laïcité, au croisement de la philosophie politique et du droit

Micheline MILOT et Jean BAUBÉROT

La laïcité est un terme polysémique dont les usages (et mésusages) constituent ce qu'il entend désigner comme un enjeu social toujours susceptible de surgir à travers la trame délicate du vivre-ensemble. Force est de constater que pendant des décennies, la notion resta confinée à l'expérience historique française. Elle fut même souvent tenue volontairement à distance des registres discursifs et légaux de la plupart des Etats démocratiques, lesquels connaissaient pourtant d'importants processus de laïcisation souvent plus précoces qu'en France même. Nous avons tenté de souligner ce fait¹. Cependant, la popularité de l'expression « la laïcité est une exception française », depuis 1989, a sans doute obéré un travail de théorisation sur le concept, sa signification et sa portée dans différents champs disciplinaires. Quelques tentatives d'études de laïcités européennes eurent néanmoins lieu².

La représentation de la laïcité comme « exception française » n'est pas celle des pères fondateurs. Auteur de la première définition formalisée de la notion, le philosophe et homme politique Ferdinand Buisson affirmait³ que la France était la société « la plus laïque d'Europe », ce qui signifiait qu'à ses yeux certains pays non européens pouvaient être plus laïques que la France, et que des pays européens pouvaient également être laïques, quoiqu'à un degré moindre. En 1904, lors du débat

¹ J. BAUBÉROT, *Les laïcités dans le monde*, Paris, PUF, 2007 (réédité en 2009) ; M. MILOT, *La laïcité*, Montréal, Novalis, 2008 ; J. BAUBÉROT, M. MILOT, *Laïcités sans frontières*, Paris, Seuil, 2011.

² A. DIERKENS (éd.), *Pluralisme religieux et Laïcités dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1994.

³ F. BUISSON, « Laïcité », in Id., (dir.), *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, Paris, Hachette, 183/1887.

français sur la séparation, un livre de Pierre-Georges La Chesnais⁴, qui décrivait « trois exemples de séparation : Belgique – Etats-Unis – Mexique », influença la classe politique républicaine et fut cité par Aristide Briand⁵ dans le Rapport de la Commission parlementaire sur la séparation des Eglises et de l'Etat. Ce dernier affirmait que dans une bonne demi-douzaine de pays (Brésil, Canada, Etats-Unis, Mexique,...) qu'il passait en revue, « l'Etat est réellement neutre et laïque »⁶. Le fait que le conflit entre les laïcs et l'Eglise catholique ait fortement marqué la perception de la laïcité en dehors de la France explique en partie la popularité de l'expression « exception française ».

Pour toutes ces raisons, nous sommes heureux d'apporter une contribution à cet ouvrage d'hommage à Guy Haarscher. En effet, celui-ci a influencé nos travaux grâce à son approche rigoureuse de philosophie politique. D'un point de vue extérieur à la problématique française, tout en prenant en considération celle-ci, Guy Haarscher a pertinemment affirmé, dans son livre *La laïcité*, dont la première édition est parue en 1996, que ce qui « historiquement, en particulier en France, a constitué l'adversaire essentiel des laïques, perd, sur le plan théorique, son statut privilégié »⁷. A partir d'une analyse de la philosophie politique de Hobbes, Locke, Kant et Rawls, il a été l'un des premiers analystes à distinguer les processus historiques d'émergence de la laïcité des principes philosophiques et juridiques qui permettent de la définir. Haarscher rappelle que, à la suite de la Réforme et des répercussions auxquelles elle a donné lieu, dans un monde encore globalement chrétien, le problème qui s'est posé est celui de la coexistence de groupes dont les conceptions de la « vérité » religieuse étaient différentes. C'est donc d'abord un aménagement visant la *tolérance* qui s'est historiquement, et difficilement, mis en place. Peu à peu, la tolérance s'est transformée en « laïcité véritable », dans le sens où l'Etat laïque « ne privilégie aucune confession, et plus généralement aucune conception de la vie bonne, tout en garantissant la libre expression de chacune, dans certaines limites »⁸ qui sont globalement celles des nécessités de l'ordre public dans un Etat démocratique.

La laïcité, comme mode d'organisation de l'Etat, se déploie donc à l'entrecroisement de la philosophie politique et du droit. C'est dire que les « éléments de laïcité » qui se sont structurés en France dans le contexte historique particulier à ce pays ne sont pas uniques, parce que les problèmes que visaient à régler ces aménagements se posaient ailleurs en Occident. La laïcité ne saurait donc se limiter au cas français et celui-ci ne constitue pas la mesure pour évaluer d'autres modalités d'organisation laïque des Etats. C'est ce qu'illustrent des travaux menés par des auteurs de divers

⁴ P.-G. LA CHESNAIS, *L'Eglise et les Etats, trois exemples de séparation, Belgique – Etats-Unis – Mexique*, Paris, Pages Libres, 1904.

⁵ A. BRIAND, *La Séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport à l'Assemblée nationale au nom de la Commission parlementaire* (réédit. partielle en 2005), Paris, Assemblée nationale, 1905.

⁶ Significativement ce chapitre (consultable sur www.laicite-laligue.org) a été supprimé de la réédition dudit rapport par l'Assemblée nationale en 2005.

⁷ G. HAARSCHER, *La laïcité*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, (1996), 2004, p. 118.

⁸ *Ibid.*, p. 4.

pays : entre autres, Roberto P. Blancarte⁹ pour le Mexique, Jean-Pierre Bastian¹⁰ pour l'Amérique latine, Micheline Milot¹¹ pour le Canada et le Québec ou le travail pionnier d'Hervé Hasquin¹² pour la Belgique. Chaque laïcité s'est d'ailleurs construite en effectuant des emprunts à d'autres contextes nationaux, tant sur le plan des aménagements juridiques que sur celui des philosophies politiques qui les légitiment¹³. Il importe donc de cerner les principes qui permettent d'en donner une définition opératoire et de délimiter son champ d'application.

Les principes constitutifs de la laïcité

La définition la plus courante de la laïcité est celle de la « séparation » des Eglises et de l'Etat. Or, bien que rattachée avec raison à la notion de laïcité, la séparation ne constitue pas, théoriquement et historiquement, l'élément déterminant permettant d'identifier de manière satisfaisante les principes qui donnent forme à un régime laïque. Au fil des processus d'émancipation des Etats par rapport à la puissance religieuse, la séparation ne représente jamais la visée première des processus de laïcisation¹⁴. On peut d'ailleurs le constater à travers les philosophies politiques formulées par différents auteurs, que ce soit Locke¹⁵, Bayle, Voltaire, le pasteur américain Roger Williams ou Thomas Jefferson (pour ne nommer que ceux-là)¹⁶. Elles concernent d'abord et avant tout la recherche d'une cohabitation pacifique entre des groupes d'individus

⁹ R. BLANCARTE, *Laicidad y valores en un Estado democratico*, Mexico, El Colegio de Mexico, 2000.

¹⁰ J.-P. BASTIAN (dir.), *La modernité religieuse en perspective comparée. Europe latine – Amérique latine*, Paris, Karthala, 2001.

¹¹ M. MILOT, *Laïcité dans le Nouveau Monde. Le cas du Québec*, Paris, Turnhout, Brepols, 2002.

¹² H. HASQUIN (dir.), *Histoire de la laïcité principalement en Belgique et en France*, Bruxelles, La Renaissance du Livre, 1979.

¹³ La laïcité française s'est elle-même construite, en bonne part, grâce à des « transferts culturels » (J. BAUBÉROT, « Transferts culturels et identité nationale dans la laïcité française », *Diogène*, 218, avril 2007, p. 18-27), ce qui constitue souvent son impensé actuel. Faut-il rappeler ici, par exemple, que la création de la Ligue de l'enseignement belge précéda la création de la Ligue de l'enseignement française (1864 et 1866) et l'influença (J.-P. MARTIN, « L'émergence des ligues de l'enseignement en Europe, de la tentation cosmopolite à l'invention de la laïcité (1864-1876) », in A. DIERKENS (éd.), *L'intelligentsia européenne en mutation 1875, Darwin, le Syllabus et leurs conséquences*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1998, p. 109-131).

¹⁴ M. MILOT, « Neutralité politique et libertés de religion dans les sociétés plurielles : le cas canadien », in J. BAUBÉROT et M. WIEVIORKA (dir.), *De la séparation des Eglises et de l'Etat à l'avenir de la laïcité*, Les Entretiens d'Auxerre, Paris, L'Aube, 2004, p. 274-287 ; M. MILOT, *La laïcité*, op. cit.

¹⁵ J. LOCKE, *Locke. Lettre sur la tolérance et autres textes* (traduction de J. LE CLERC et J.-F. SPITZ, Paris, Flammarion), [1689], 1992.

¹⁶ Roger Williams (1604 ?-1683) est, de loin, le moins connu de cette liste. Rappelons qu'il a fondé un territoire qui va devenir la colonie anglaise, puis l'Etat confédéré, du Rhode Island. Avec ses compagnons « ils instaurent le principe de séparation [*they establish the principle of disestablishment*] » (T. L. HALL, *Separating Church and State. Roger Williams and Religious Liberty*, Urbana-Chicago, University of Illinois Press, 1998, p. 100).

dont la conception de la vérité est différente. Les visées fondamentales de ce qui fut désigné d'abord comme « la tolérance »¹⁷ correspondent à la liberté de conscience et à l'égalité des citoyens. Autrement dit, il s'agissait d'identifier la cause principale des persécutions, des discriminations systémiques et des affrontements sociaux continus où la question religieuse était impliquée et d'imaginer une solution pour mettre fin aux effets délétères sur le vivre-ensemble que ces tourments occasionnent – qui vont de l'assimilation à l'élimination de ceux qui ne croient pas comme l'impose la religion dominante.

Dans cette perspective, nous avons proposé une définition de la laïcité conçue comme un « aménagement du politique en vertu duquel la liberté de religion et la liberté de conscience se trouvent, conformément à une volonté d'égalité justice pour tous, garanties par un Etat neutre à l'égard des différentes conceptions de la vie bonne qui coexistent dans la société »¹⁸. La laïcité concerne donc une philosophie politique relative à l'aménagement de la diversité, puis la traduction juridique de cette philosophie dès lors applicable dans la société civile et dans les institutions publiques.

A partir de ces prémisses, il devient possible d'identifier les éléments constitutifs de la laïcité qui se retrouvent dans divers contextes politiques et juridiques, même si le terme, notamment à cause de l'usage social qui en est fait par certains, est plus ou moins volontairement tenu à distance ou tout simplement ignoré. Il faut rappeler, en effet, qu'en France même, contrairement à la loi du 15 mars 2004, sur les « signes ostensibles » à l'école publique, les deux lois qui sont à la base de la laïcité (la loi du 28 mars 1882 laïcisant l'école publique ; la loi du 9 décembre 1905 instituant la séparation des Eglises et de l'Etat) ne comportent pas ce terme ni dans leur titre, ni dans leurs différents articles. L'utilisation du mot « laïcité » dans un sens radical, par la Commune de Paris [1871], d'une part, puis par les tenants de la « laïcité intégrale » [1899-1904], de l'autre, l'avait marquée idéologiquement. Jules Ferry et Aristide Briand ont donc préféré la chose au mot ! Alessandro Ferrari¹⁹ distingue une « laïcité du droit », production juridique du politique, et une « laïcité narrative » qui est, souvent, une arme de combat idéologique. Utile distinction qui pointe, entre autres, la tension interne qui peut historiquement exister dans la laïcité empirique

¹⁷ Cela est clair chez Locke et chez Bayle. La conception qu'en a Voltaire est déjà plus restreinte. L'usage du terme de tolérance, en France, fut biaisé par l'Edit de tolérance de 1787, qui en a une conception fort restrictive puisque, contrairement à ce que prétend l'historique sur la laïcité française du Haut Conseil à l'Intégration (HAUT CONSEIL À L'INTÉGRATION, *Charte de la laïcité dans les services publics et autres avis*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 193), il n'accordait nullement « la liberté des cultes (*sic*) pour les protestants » mais seulement un état civil et la possibilité d'un mariage civil, ce qui est bien différent. C'est pourquoi, à la Constituante, le pasteur Rabaut Saint-Etienne déclare : « Ce n'est pas la tolérance que je réclame ; c'est la liberté ».

¹⁸ M. MILOT, *Laïcité dans le Nouveau Monde...*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁹ A. FERRARI, « De la politique à la technique : laïcité narrative et laïcité du droit. Pour une comparaison France/Italie », in B. BASDEVANT-GAUDEMET et F. JANKOVIK (dir.), *Le droit ecclésiastique en Europe et à ses marges (XVIII^e-XX^e siècle)*, Louvain, Peeters, 2009, p. 333-345.

entre des fins inclusives poursuivies pour l'aménagement du vivre-ensemble et le combat « anticlérical » parfois (mais pas toujours) nécessaire pour y parvenir.

Le concept analytique de laïcité peut être appréhendé par ses finalités, en l'occurrence l'égalité des droits et la liberté de conscience, et par les moyens qui en garantissent l'exercice concret, la neutralité et la séparation²⁰. Dans un régime laïque moderne la liberté de conscience et l'égalité des droits entretiennent un lien étroit. En effet, la première est plus ou moins réduite au for interne si la seconde ne garantit pas que toutes les convictions bénéficient de droits égaux. Pour parvenir à ces finalités, d'abord, la puissance politique ne doit plus constituer le bras séculier d'une religion ; au contraire, la loi civile doit se trouver séparée des normes religieuses. Cette séparation peut donner lieu à une promulgation constitutionnelle ou à une séparation « de fait » qui s'insère graduellement dans la gouvernance politique dont l'exercice se déploie de manière autonome par rapport aux religions. Ensuite, la puissance politique doit adopter la neutralité de l'arbitre qui fait respecter les règles de l'ordre public, permettant aux acteurs de se déployer librement. Dans ce cadre, l'Etat ne doit pas revêtir de caractère religieux ; il ne doit privilégier ou gêner aucune religion ou conviction ; il se déclare incompétent entre les diverses interprétations théologiques de telle ou telle croyance. Cela ne signifie pas que l'Etat soit aveugle aux défis posés par la diversité morale et religieuse : par exemple, un Etat qui n'intervient pas pour corriger des discriminations indirectes occasionnées par des lois générales perd sa neutralité, laissant ainsi le jeu des forces sociales régler le sort des minorités.

Nous pensons que c'est l'articulation entre ces principes, dont aucun n'est respecté de façon absolue, mais qui constituent, pourrait-on écrire, une société référentielle, qui nous permet d'analyser le plus adéquatement la réalité empirique de la laïcité et ses enjeux historiques et actuels, et ce de manière comparative entre différents contextes nationaux. Ces quatre principes peuvent être identifiés et retracés tout au long des processus de démocratisation des Etats, du moins en Occident²¹.

Ainsi les Etats-Unis d'Amérique ont-ils très tôt mis en pratique la réalité laïque sans la désigner ainsi : la séparation des Eglises et de l'Etat fédéral, qui correspond au non-établissement de toute religion dont fait l'objet du premier amendement (1791) à la Constitution états-unienne. C'est l'érection du « mur de séparation » dont parlait Jefferson (expression empruntée au pasteur Roger Williams, du Rhode Island²²). La séparation ne fut pas une finalité en soi, mais le moyen d'assurer la liberté religieuse au sein des Etats. Le quatorzième amendement, en 1868, garantit que le libre exercice de la religion est incorporé aux « privilèges et immunités des citoyens américains [contre lesquels] aucun Etat ne promulguera de Loi ». Que la séparation ait suivi la logique du combat, comme en France²³, ou celle des changements graduels, comme aux Etats-

²⁰ M. MILOT, *La laïcité, op. cit.* ; J. BAUBÉROT, M. MILOT, *Laïcités sans frontières, op. cit.*

²¹ J. BAUBÉROT, M. MILOT, *ibid.*

²² Voir E. S. GAUSTAD, *Liberty of conscience. Roger Williams in America*, Valley Forge, Judson Press, 1999.

²³ Dans ce cas, la séparation peut constituer un moyen de continuer le combat, par exemple la première séparation française en 1795, serait, selon Mathiez (A. MATHIEZ, « La séparation de l'Eglise et de l'Etat a-t-elle réellement existé sous la Révolution française ? », in J.-M. SCHIAPPA (dir.), *1905 ! La loi de séparation des Eglises et de l'Etat*, Paris, Syllepse,

Unis et au Canada, sa nécessité s'inscrit dans l'ordre des moyens pour garantir ce qui est véritablement recherché, à savoir l'égalité entre tous les membres de la société et la liberté de conscience.

Un autre cas intéressant relatif aux modes d'interférences entre le politique et le juridique et à la laïcité de l'Etat est celui du Canada. Jusqu'à ce jour, l'Etat canadien n'a proclamé aucune position de neutralité ou de laïcité, malgré la dissociation effective entre les pouvoirs politique et religieux dans sa gouvernance générale. Les ancrages normatifs de la neutralité étatique sont pourtant nettement affirmés dans la jurisprudence des tribunaux supérieurs. Les jugements ont rappelé depuis des décennies que « dans notre pays, il n'existe pas de religion d'Etat »²⁴. Au fil de l'histoire, les ruptures de l'Etat à l'égard de la logique religieuse se sont multipliées, impulsant le processus de laïcisation. Ainsi, même si le droit canadien ne comporte pas de référence explicite à la laïcité, la plupart des juristes conviennent que l'interprétation établie de la neutralité étatique fait de celle-ci un équivalent de la laïcité juridique. Ce principe de neutralité juridique « empêche l'Etat de favoriser ou de défavoriser une religion par rapport aux autres, ou encore de favoriser ou de défavoriser les convictions religieuses par rapport aux convictions non religieuses »²⁵. La neutralité et l'absence de religion d'Etat, formulées comme des exigences qui s'imposent à l'Etat et aux institutions publiques, apparaissent en quelque sorte *subordonnées* à des droits reconnus comme fondamentaux : la liberté de conscience et de religion et l'égalité de traitement en ce domaine.

Ainsi la séparation ne saurait constituer un simple décret procédural, car sa signification puise dans des philosophies politiques aux accents différents selon les Etats et sa portée pour la vie politique varie fortement d'un pays à l'autre et parfois, au sein d'un même pays, suivant les périodes. On peut penser à la profonde différence de philosophie politique qui préside à l'interprétation juridique concernant le port des signes religieux et leur compatibilité avec la laïcité de l'Etat, aux Etats-Unis ou au Canada d'une part, en France de l'autre.

En France, si une part de la laïcité narrative a toujours estimé ce port contraire à la laïcité, deux solutions opposées ont prévalu en 1905 et en 2004. La loi du 15 mars 2004, interdisant le port de signes religieux « ostensibles » pour les élèves de l'école publique, est connue. Son champ d'application est limité à l'école et sa justification interne est la spécificité de l'institution scolaire. Mais, chez certains militants et

2005, p. 15-24) un leurre, ou un moyen d'approcher les finalités de la laïcité, comme la seconde séparation française, celle de 1905 (J. BAUBÉROT, *L'intégrisme républicain contre la laïcité*, La Tour d'Aigues, L'Aube, 2006). Les références faites aujourd'hui en France à la séparation se réclament de la loi de 1905, mais se situent assez souvent dans la logique de la loi de 1795.

²⁴ Arrêt *Chaput c. Romain*, Renvoi à la Cour suprême du Canada, 1955, 834, 840. Il s'agit d'une cause relative à l'interdiction qui avait été faite à un Témoin de Jéhovah de distribuer des brochures de sa religion sans permis dans la ville de Québec.

²⁵ J. WOEHRLING, « Les fondements et les limites de l'accommodement raisonnable en milieu scolaire », in M. McANDREW, M. MILOT, J.S. IMBEAULT et P. EID (dir.), *L'accommodement raisonnable et la diversité religieuse à l'école publique*, Montréal, Fides, 2008, p. 43-53.

groupements laïques existe une opposition plus générale au « foulard »²⁶ dont les effets se font sentir aujourd'hui [2011]. Est beaucoup moins connu l'argumentaire, très analogue à celui qui est développé actuellement en France, mis en avant, en juin 1905, par l'auteur d'un amendement à la loi de séparation (Charles Chabert²⁷), visant le port du « costume ecclésiastique », autrement dit le port de la soutane, dans l'espace public.

Pour Chabert, la soutane n'est nullement une obligation religieuse pour les prêtres : dans certains pays, ils ne la portent pas ; elle est donc une tenue plus « cléricale » que religieuse et elle se lie à la montée de l'ultramontanisme ; la soutane est « un acte permanent de prosélytisme », une « manifestation confessionnelle » dans l'espace public ; la soutane rend le prêtre « prisonnier de son milieu étroit, de sa propre ignorance » ; elle est un signe de soumission, « d'obéissance (...) directement opposée à la dignité humaine ». Il faut donc interdire la soutane, si on est soucieux « de la liberté et de la dignité humaines » : « vous libérez [le] cerveau [du prêtre] en l'habillant comme tout le monde », vous ferez « une œuvre de paix, d'union, d'honnêteté, de logique, d'humanité ». D'ailleurs, un « grand nombre de prêtres (...) attendent (...) cette loi qui les rendra libres ». Briand répond que, pour la Commission, ce serait encourir le reproche « d'intolérance » que de vouloir, dans une loi qui va « instaurer un régime de liberté », imposer aux prêtres « l'obligation de modifier la coupe de leurs vêtements ». Et il indique qu'en « régime de séparation, la question du vêtement ecclésiastique ne pouvait se poser » : « la soutane devient, dès le lendemain de la séparation, un vêtement comme les autres, accessible à tous les citoyens ». L'amendement Chabert fut repoussé par 391 voix contre 184²⁸.

La frontière entre les conceptions politiques dominantes et l'interprétation de l'étendue de la liberté de conscience et de ses manifestations peut donc souvent paraître poreuse ou à géométrie variable non seulement d'un pays à l'autre, mais aussi d'un moment historique à l'autre, et également, d'ailleurs, entre les grands organismes supranationaux relatifs aux droits de l'homme. Les décisions rendues par les systèmes européen et onusien en constituent un exemple frappant.

Les tiraillements entre conception politique et interprétation du droit

Les différences entre les systèmes européen et onusien (ce dernier s'appliquant plus directement en Amérique du Nord) demeurent notables en ce qui a trait à la détermination de la portée des libertés religieuses au regard de la laïcité. Même si la notion juridique de laïcité ne fait pas partie des constitutions états-unienne ou canadienne, la marge d'appréciation laissée à chaque pays relativement aux principes de laïcité présente un portrait différencié. Le juriste Frédéric Mégret, analysant l'accommodement raisonnable en regard du droit international des droits de la personne (européen et onusien) doute que les organes de l'ONU (particulièrement le Comité des droits de l'homme) acceptent des limitations possibles à la liberté de

²⁶ J. BOWEN, *Why the French Don't Like Headscarves? Islam, the State and Public Space*, Princeton, Princeton University Press, 2007.

²⁷ Sénateur de la III^e république, élu pour la première fois en 1908, fin de mandat le 30 septembre 1923, à son décès.

²⁸ J. BAUBÉROT, *L'intégrisme républicain contre la laïcité*, op. cit., p. 179-183.

religion en lien avec une interprétation stricte de la laïcité. « L'ONU tend à promouvoir une vision « universaliste » des droits de la personne », montrant même une certaine méfiance à l'égard « des spécificités nationales en matière d'organisation du rapport à la religion »²⁹.

En revanche, le système européen de protection des droits de la personne, toujours selon Mégret, se montre beaucoup plus réceptif à une conception de la laïcité permettant de limiter les accommodements pour favoriser la liberté de religion, laissant une marge d'appréciation à chaque Etat³⁰. Certes, la laïcité n'est pas interprétée par la Cour européenne comme permettant d'interdire systématiquement toute forme d'accommodement, mais plusieurs affaires donnent raison aux Etats qui limitent dans la sphère publique l'expression des convictions au nom de la nécessaire neutralité de l'Etat. Ainsi, l'interdiction du port des signes religieux par les fonctionnaires ou dans les écoles publiques (en France, en Turquie et même en Suisse) s'inscrit adéquatement avec l'optique selon laquelle la neutralité de l'Etat ne doit pas être mise en cause par le fait que ses agents arborent un signe religieux.

Deux affaires mettant en cause des agents de l'Etat, l'une au Canada, l'autre en Suisse, entendues par les Comités des deux organismes internationaux, illustrent les points de divergences dans l'évaluation des limitations pouvant être imposées à la liberté de religion au nom de la laïcité. Au Canada, deux retraités de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) ont contesté devant la Cour fédérale du Canada l'autorisation accordée aux sikhs du Khalsa de porter le turban au lieu du chapeau de feutre traditionnel dans la GRC (*Riley et al. c. Canada*), ce qui permettait l'exercice de la liberté de conscience des agents sikhs³¹. Ils affirmaient que cette autorisation impliquait une reconnaissance, par la GRC et l'Etat canadien, de l'ordre sikh du Khalsa. De plus, selon eux, tout policier devrait non seulement agir de manière impartiale, mais avoir une apparence qui soit un gage d'impartialité.

La Cour fédérale les a déboutés. Ils ont alors mené l'affaire devant le Comité des droits de l'homme de l'ONU, estimant que l'Etat devrait rester « laïc » (adjectif utilisé comme tel par les requérants) pour protéger leurs droits en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (dont le Canada est signataire). Or, en introduisant un élément religieux dans l'uniforme des membres de l'institution la plus visible de l'Etat, la GRC/Canada violait supposément leur droit « laïque ». Le Comité fut d'avis que les auteurs n'avaient pas fourni la preuve que le fait d'autoriser les agents sikhs du Khalsa à porter des symboles religieux avait porté atteinte aux droits reconnus par le Pacte. Selon Mégret, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a laissé entendre par sa décision « que la laïcité n'est nullement un droit ou indispensable pour préserver la liberté de religion et qu'il n'y a certainement pas un droit à la laïcité »³². Autrement

²⁹ FR. MÉGRET, « Le Canada à la pointe de la tolérance ? L'accommodement raisonnable à l'aune du droit international des droits de la personne », in J.-F. GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le raisonnable. Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Les Editions Thémis, 2009, p. 290-291, p. 263-302.

³⁰ Voir aussi D. Malcolm EVANS, *Manuel sur le port des symboles religieux dans les lieux publics*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2009.

³¹ *Riley et al. c. Canada*, Doc. NU, CCPR/C/74/D, n° 1048/2002.

³² FR. MÉGRET, « Le Canada à la pointe de la tolérance ?... », *op. cit.*, p. 291.

dît, selon la décision du Comité, on ne peut tenter de limiter la liberté de religion au nom d'une « idéologie officielle telle que la laïcité »³³.

La Cour européenne, quant à elle, a rejeté la requête d'une enseignante suisse portant le foulard islamique, arguant qu'il était « difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves »³⁴. L'adhésion à des opinions islamistes (par un membre des forces de l'ordre) a aussi été évaluée par la Cour européenne comme étant une atteinte potentielle au principe de laïcité de l'Etat turc³⁵. Ainsi, « la reconnaissance par la Convention européenne de la validité de la laïcité comme fondement de limitations à la liberté de religion est singulièrement large »³⁶. On peut donc apprécier le contraste avec les conclusions du Comité des droits de l'homme de l'ONU dans le cas *Riley* cité plus haut.

Libertés et diversité dans un monde globalisé

La problématique de la laïcité est liée au devenir des constructions nationales et de la citoyenneté fortement imprégnées par le pluralisme. Les Etats laïques doivent assumer avec vigilance la régulation de sociétés où les divergences de convictions et les demandes de reconnaissance des particularismes ont tendance à s'exprimer de plus en plus nettement. Quel que soit le type de laïcité privilégié dans une société, elle ne saurait, par définition, constituer un aménagement stable et définitif et elle constitue toujours un enjeu politique et social entre les différents acteurs.

Cet enjeu est de deux sortes. D'une part, puisque la laïcité articule quatre principes, elle est toujours en équilibre instable et, suivant les acteurs et les problèmes, tel ou tel principe peut être majoré ou minoré. Ensuite, aucun principe ne peut être appliqué de façon absolue et univoque et donc, il existe toujours un débat interprétatif possible sur les meilleures manières de le concrétiser. Un consensus apparent ne signifie d'ailleurs nullement que la position adoptée a valeur d'évidence. Il faut se méfier de toute proposition qui viserait à défendre un modèle idéal et uniforme de laïcité, décrétant définitivement selon quelles modalités d'aménagement la diversité des conceptions de la « vie bonne » doit être balisée dans les lois et la définition du vivre ensemble. La raison principale nous invitant à la prudence réside dans le fait que les mondes vécus ne correspondent jamais à des modèles définis à l'avance, puisque les situations personnelles et historiques sont différentes, changeantes et qu'elles exigent des ajustements continus.

Le refus de reconnaître que la laïcité constitue un enjeu en perpétuelle mutation conduit le plus souvent à une laïcité maniant le grand écart, ce qui s'éloigne structurellement du principe d'égalité. On le constate ces dernières années en France

³³ *Ibid.*

³⁴ *Dahlab c. Suisse*, 15 février 2001, Requête n° 42393/98, CEDH. Il faut dire que cet argument est partiellement tempéré, par la Cour, par le contexte d'un enseignement au primaire, auprès de jeunes enfants.

³⁵ *Kalaç c. Turquie*, n° 61/1996/680/870, 1997.

³⁶ Fr. MÉGRET, « Le Canada à la pointe de la tolérance ?... », *op. cit.*, p. 294.

où, de plus en plus, les « règles de laïcité » appliquées aux musulmans divergent de celles en usage pour le reste de la population. Trois exemples le montrent clairement.

D'abord, depuis 2006, le pouvoir politique a donné mission au Haut Conseil à l'Intégration de faire des propositions sur la laïcité, pour pouvoir la « renforcer »³⁷. C'est, dès le départ, estimer de façon officielle, quoiqu'implicite, que la nouvelle donne en la matière concerne exclusivement les immigrés et les enfants d'immigrés qui, dans l'imaginaire dominant, sont confondus avec les musulmans. Très significativement, cette ethnicisation de la laïcité n'a pas soulevé d'opposition socialement visible. Dans un premier temps, la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité, créée en 2005, a, dans une certaine mesure, rendu des avis différents. Mais la HALDE a été priée, en 2010, de se déjuger et de cautionner un avis du HCI, avant de disparaître (2011).

Ensuite, une Mission d'information parlementaire « sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national », visant le port de la *burqa* et du *niqab*, a été constituée en 2009. L'étude de son Rapport montre qu'elle a commencé ses travaux avec l'optique de rédiger une loi qui serait la suite de celle du 15 mars 2004. Les différents juristes qu'elle a auditionnés affirmèrent tous l'impossibilité d'interdire le « voile intégral » dans l'espace public au nom de la laïcité. Les parlementaires de la Mission, qui sont des législateurs, semblent avoir ignoré au départ, l'impossibilité d'interdire le voile intégral au nom de la laïcité. Il a fallu que, fort civilement, les juristes le leur « rappellent ». Prenons l'exemple significatif de Guy Carcassonne³⁸, professeur de droit public à l'Université Paris X. Après d'autres, il déclare lors de son audition :

« la laïcité n'est pas un fondement imaginable ; comme vous le savez ce principe s'impose à la République, en aucun cas aux citoyens. La République peut se fixer des règles procédant de la notion de neutralité, mais elle ne peut y soumettre les consciences. Sur le plan pratique, une loi d'interdiction fondée sur la laïcité ouvrirait une brèche : tous les signes extérieurs d'appartenance religieuse seraient prohibés, sauf à introduire des discriminations injustifiables »³⁹.

Le Rapport de la Mission⁴⁰ établit donc des distinguos qui, outre ce qu'ils montrent sur ses représentations propres, s'avèrent très intéressants pour notre sujet. Il est écrit, en effet : « De prime abord la pratique du voile intégral semble contradictoire avec le principe de laïcité. Mais à bien y regarder, cette première évidence mérite des nuances. » Ces « nuances » font qu'il s'agit, pour la Commission d'« une atteinte à la laïcité, au sens philosophique du terme, plus qu'au sens juridique », reproduisant

³⁷ Le HCI a publié, en 2007, une « Charte de la laïcité » affichée dans les hôpitaux et autres lieux publics. En 2010, il a rédigé « douze principes pour renforcer la laïcité ». Dans les deux cas, les domaines abordés correspondent à des « affaires » où les médias ont impliqué « l'islam »

³⁸ Des juristes auditionnés, il est celui qui a été le plus favorable à une loi.

³⁹ MISSION D'INFORMATION PARLEMENTAIRE, *Voile intégral : le Refus de la République*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 554.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 87-95.

sans le savoir la distinction d'Alessandro Ferrari⁴¹ entre laïcité narrative et laïcité de droit. Mais d'une part la Commission met dans la « laïcité philosophique » un consensus dont elle a pu, pourtant, constater qu'il n'existe pas (une parlementaire a déclaré, lors d'une audition : « Je trouve intéressant que les associations laïques aient des approches aussi claires et aussi divergentes »⁴²), de l'autre, elle émet une contradiction entre « laïcité juridique » et « laïcité philosophique » puisque, contrairement à l'ensemble des juristes auditionnés, elle estime que la laïcité est « un principe qui oblige l'Etat mais aussi les citoyens ».

Enfin, troisième exemple, alors que les gouvernements successifs, depuis huit ans, ont toujours affirmé que la loi de séparation de 1905 constitue la règle laïque en France et n'a pas à être « modifiée », cette loi n'est toujours pas appliquée en Alsace-Moselle, où le régime du Concordat et des « cultes reconnus » subsiste, dans la quasi-indifférence générale⁴³. L'explication de ces deux situations, *a priori* aussi incongrues l'une que l'autre, ne doit pas être cherchée dans une logique interne à la laïcité, mais beaucoup plus à partir d'une analyse de la peur socialement ressentie, de la menace socialement éprouvée.

Aussi bien dans la majoration et la minoration d'un principe laïque par rapport à un autre, que dans l'interprétation (implicite ou explicite) qui en est donnée dans une société à un moment de son histoire, un ensemble de facteurs sociaux interviennent. Et, de plus en plus, la « construction médiatique » de la réalité sociale en constitue un élément important⁴⁴. C'est pourquoi une approche sociologique de la laïcité ne peut être pertinente si elle est incluse dans la sous-discipline « sociologie de la religion ». Peut-être qu'une sociologie de la laïcité constitue aujourd'hui une mise en question de la validité théorique d'une sociologie de la religion, telle qu'elle est pratiquée de façon dominante. C'est en tout cas la question que nous posons avec notre critique du paradigme de la sécularisation⁴⁵.

Conclusion

Le pluralisme représente le plus grand défi des sociétés actuelles. Cela pose à la gouvernance démocratique de type laïque de nouvelles exigences, de l'ordre de la justice, de l'égalité et de l'intégration de nouvelles formes d'expression religieuse dans la sphère publique. L'adaptation du politique à la diversité concerne en premier lieu la capacité d'intériorisation culturelle du pluralisme dans la société elle-même, c'est-à-dire l'acceptation que l'unanimité n'est ni logiquement nécessaire ni moralement souhaitable. Néanmoins, l'inquiétude que suscite la multiplicité des valeurs, même

⁴¹ A. FERRARI, « De la politique à la technique : laïcité narrative et laïcité du droit. Pour une comparaison France/Italie », *op. cit.*

⁴² Il s'agit de Sandrine Mazetier (PS) ; voir MISSION D'INFORMATION PARLEMENTAIRE, *Voile intégral : le Refus de la République*, *op. cit.*, p. 349.

⁴³ La loi de séparation de 1905 ne s'applique donc pas (de même, la loi de 1882 laïcisant l'école publique n'y est pas en vigueur). Jamais le débat français actuel sur la laïcité n'a abordé la situation alsacienne et, à notre connaissance, aucun journaliste n'a relevé ce paradoxe.

⁴⁴ Th. DELTOMBE, *L'islam imaginaire. La construction médiatique de l'islamophobie en France 1975-2005*, Paris, La Découverte, 2007.

⁴⁵ J. BAUBÉROT, M. MILOT, *Laïcités sans frontières*, *op. cit.*

dans les sociétés fortement pluralistes, peut générer des réactions conformistes dont le but est de dissoudre le plus possible les signes marquant la différence. En arrière-fond de cette inquiétude se profile parfois la volonté plus ou moins radicale de « normaliser » la citoyenneté. On constate aisément qu'un ensemble latent de valeurs, sécularisées mais encore associées aux religions chrétiennes, est mobilisé, selon les circonstances, comme ressource symbolique d'une représentation identitaire dominante.

La laïcité rencontre un autre défi lié au fait de vivre dans un monde globalisé. La laïcité peut alors connaître des avancées soudaines et rapides tout comme des reculs importants suivant les conjonctures sociales et politiques. Les mouvements migratoires peuvent susciter des réactions de crainte à l'égard de concitoyens et entraîner des requêtes de durcissement dans les décisions politiques à l'égard des religions. Ainsi, on constate actuellement, dans certaines sociétés, une volonté du politique de circonscrire et de définir le « religieux correct ». La laïcité se traduit par un mode de relations très fragile entre l'Etat et les différentes conceptions de la vie dont les citoyens sont porteurs.

L'approche juridique de la diversité acquiert une dimension internationale, en même temps que les groupes de convictions se trouvent de plus en plus constitués en réseaux transnationaux. On constate d'ailleurs qu'en matière de reconnaissance de droits culturels ou collectifs, les traités internationaux relatifs aux droits de la personne, les diverses conventions qui en découlent ainsi que les institutions à vocation transnationale (le Comité des droits de l'homme des Nations unies ou la Cour européenne des droits de l'homme) exercent une pression morale constante sur les législations des pays signataires, bouleversant des cadres juridiques solidement ancrés.

En vertu de l'engagement envers la liberté de conscience et de religion que manifestent les démocraties, les Etats se trouvent constamment mis en demeure de trouver des solutions éthiques, juridiques et politiques qui soient légitimes et viables devant les problèmes qu'engendre continûment la diversité des convictions et des valeurs, jusque dans ses replis les plus extrêmes. Désormais, les cultures sont de plus en plus en contact, les migrations font partie des grands mouvements de société et le respect des droits humains est revendiqué de plus en plus fortement de par le monde. Dans un tel contexte, l'Etat et les citoyens doivent relever des défis inédits. Ils concernent directement notre façon de vivre ensemble dans le respect de la liberté et de la dignité dont chaque être est porteur.

Sans doute la justification ultime de la laïcité ne repose-t-elle plus sur l'idée de séparation (largement acquise dans les Etats de droit), mais sur l'aménagement que les Etats sauront effectuer concernant les valeurs de justice et d'égalité à l'égard de la diversité morale et religieuse, afin d'être en mesure de représenter la totalité du peuple, le *laos*, et de n'imposer aucune orientation particulière de la vie bonne. Selon Haarscher ⁴⁶, c'« est une telle purification de la question de la justice politique qui fournit à l'heure actuelle la meilleure justification du principe laïque de la séparation et/ou neutralité ».

⁴⁶ G. HAARSCHER, *La laïcité*, op. cit., p. 118.

Du tribunal du monde à la justice humaine

Un itinéraire

Guy HAARSCHER

L'« esprit du temps » vers 1970

Pour me pencher sur mon rapport personnel à la philosophie du droit, il me semble nécessaire de faire un détour historique et de tenter une biographie intellectuelle partielle, certes brève et donc schématique. J'ai souvent affirmé, apparemment par boutade, que j'avais étudié le droit et la philosophie sur des plans tout à fait séparés. Une sorte de « schizophrénie » caractérisait l'absence de lien entre mes deux domaines d'activité. J'abordais le droit de façon technique, sans déceler dans cette discipline la moindre question philosophique pertinente. Quand Chaïm Perelman, qui avait créé quelques années auparavant, avec Henri Buch et Paul Foirers, un Centre de philosophie du droit à l'Université libre de Bruxelles, m'a proposé en 1972 de m'y associer, c'était sans doute avant tout à cause de ma double formation. Mais je me trouvais en vérité fort démuné, puisque, sur le plan intellectuel, je n'établissais aucune relation entre les deux domaines. J'étais donc très peu au fait du domaine de recherche du Centre, mes connaissances se limitant en la matière à la *Rechtsphilosophie* de Hegel (ce qui n'était certes pas négligeable, mais ne m'avait – comme nous le verrons – nullement rapproché de la pratique juridique).

Un tel état de choses ne posséderait qu'un intérêt biographique, s'il n'était significatif d'une situation de la philosophie au début des années 1970, ou, plus exactement et plus restrictivement, de ce qui était « à la mode » en philosophie dans le monde francophone et pouvait donc susciter une vocation dans le chef d'un étudiant ayant vécu les soubresauts de Mai 68. Or, dans l'horizon de cette vie intellectuelle, le droit ne constituait pas – c'est le moins que l'on puisse dire – un objet central de préoccupation et d'investigation. D'ailleurs, nous ne vivions pas non plus la

philosophie comme une activité d'avenir : la *philosophia perennis*¹ et les disciplines académiques (dont la philosophie du droit) représentaient pour nous un passé sinon à détruire, du moins à « déconstruire », comme le disait Derrida², une de nos lumières de l'époque. Nous étions mobilisés par le thème de la « fin de la philosophie »³, au profit d'une pensée nouvelle dont les contours nous apparaissaient en vérité assez flous. Les membres de ce que Ricœur – que nous apprécions peu à l'époque – appelait « l'école du soupçon » (Marx, Freud et Nietzsche)⁴ nous fascinaient. La plupart d'entre nous se définissaient plus ou moins comme marxistes, freudiens, nietzschéens – et Heidegger était omniprésent. Or ce qui caractérisait les penseurs du soupçon au-delà de leurs différences et différends (très considérables au demeurant), c'était une radicalité critique à l'égard du monde moderne, du capitalisme (fût-il mâtiné de cette social-démocratie que nous méprisions) et des Trente Glorieuses (dont nous ne savions pas qu'elles touchaient à leur fin).

Marx prétendait dépasser la philosophie, « onanisme de l'esprit »⁵, au profit de la science de l'Histoire qu'il commencerait à concrétiser dans *Le Capital*. Nietzsche proclamait la « mort de Dieu » et de toute métaphysique – il voulait « brise[r] l'Histoire en deux tronçons »⁶ et annonçait le règne du surhomme et du philosophe-artiste⁷. Il dénonçait le libre-arbitre⁸ au nom de la pure affirmation de la volonté de puissance. Freud, pour sa part, suspectait la volonté consciente de constituer une illusion par rapport à des motivations inconscientes que déchiffrait la psychanalyse. Et Heidegger déconstruisait l'ontothéologie⁹ au profit de l'attention à la question de l'Être, qui signifiait un dépassement radical de la métaphysique.

¹ Terme créé par Agostino Steuco en 1540.

² Il avait introduit le terme dans *De la grammatologie* (Paris, Minuit, 1967), d'abord pour traduire les termes de *Destruktion* et d'*Abbau* utilisés par Heidegger dans *Sein und Zeit* (1927). Le mouvement de la « déconstruction » a acquis aux États-Unis, à partir des années 1980, une réputation qu'il a peiné à obtenir en France.

³ « Que la philosophie soit morte hier, depuis Hegel ou Marx, Nietzsche ou Heidegger – et la philosophie devrait encore errer vers le sens de sa mort – ou qu'elle ait toujours vécu de se savoir moribonde, ce qui s'avoue en silence dans l'ombre portée par la parole même qui *déclara* la *philosophia perennis*... » (J. DERRIDA, « Violence et métaphysique. Essai sur la pensée d'Emmanuel Lévinas », in *L'écriture et la différence*, Paris, Seuil, 1967, p. 117).

⁴ Voir P. RICŒUR, *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Paris, Seuil, 1965, coll. « Points-Essais », p. 42 et s.

⁵ « La philosophie est à l'étude du monde réel ce que l'onanisme est à l'amour sexuel » (K. MARX et F. ENGELS, *L'idéologie allemande* [1845-46], trad. franç., Paris, Editions sociales, 1968, p. 269).

⁶ NIETZSCHE, *Ecce Homo*, Paris, Gallimard, 1974, coll. « Idées », p. 153.

⁷ Sur le *Künstler-Philosoph*, voir M. HEIDEGGER, *Nietzsche I*, trad. franç., Paris, Gallimard, 1971, p. 73.

⁸ Voir NIETZSCHE, *Crépuscule des idoles*, « L'erreur du libre-arbitre », p. 63 et s.

⁹ Cette expression signifie le primat de l'« étant », c'est-à-dire de l'objectivité, et la volonté d'atteindre (pour le maîtriser) un « étant suprême », métaphysique, c'est-à-dire Dieu. Nous verrons plus loin que, justement, l'homme, selon Heidegger, n'est pas le maître de l'« étant », mais doit reposer la question plus originelle de l'Être en acceptant d'être son « berger ».

En d'autres termes, pour nous, le droit appartenait à un monde en voie de disparition. Il n'était pas digne d'intérêt philosophique parce que la philosophie elle-même pointait vers un au-delà des conditions dans lesquelles il possédait une validité. Dans la perspective marxiste, le droit « bourgeois » ne constituait que la « superstructure » d'une base économique impliquant l'exploitation des travailleurs, et qui laisserait bientôt la place à des formes historiques supérieures, celles du socialisme et du communisme, cette dernière étape, « finale », étant définie par Marx et par Lénine (dans *L'Etat et la Révolution* [1917]) comme une société réconciliée, sans argent, sans Etat et sans droit (puisque le droit a pour rôle de régler des conflits supposés dépassés à ce stade ultime). Le droit relevait de la « fausse conscience »¹⁰, bref de l'idéologie : il masquait sous la forme de l'égalité juridique et de la liberté contractuelle un capitalisme profondément inégalitaire et oppressif (le despotisme de la fabrique¹¹, disait Marx). Pour nous, la revalorisation du droit et des procédures démocratiques par la social-démocratie (nous étions, rappelons-le, les enfants des Trente Glorieuses), constituait un compromis gros d'illusions (il incarnait en fait la gestion du *statu quo*), et nous lui préférions la politique, porteuse d'un progrès historique qui mènerait aux « lendemains qui chantent »¹². Pour les nietzschéens, le droit représentait une volonté « malade », désireuse d'établir l'égalité en mutilant la volonté de puissance et le surhumain. En fait, Nietzsche dit exactement le contraire de Marx : pour le premier le droit *est* égalitaire, ce qui constitue un signe de décadence de l'humanité (l'inégalité est bonne et nécessaire pour construire la « serre de plantes rares »¹³) ; pour le second, le droit n'est qu'*apparemment* égalitaire et cache une inégalité que l'Histoire dépassera. On voit donc que le droit se trouvait déprécié de deux points de vue au fond contradictoires : égalitaire (Nietzsche : l'inégalité est valorisée), faussement égalitaire (Marx : l'égalité *effective* est valorisée). Enfin, Freud et Heidegger ne dénonçaient pas explicitement le droit contemporain, le droit « bourgeois », mais leurs critiques de l'autonomie de la conscience mettaient à mal

¹⁰ Voir J. GABEL, *La Fausse Conscience : essai sur la réification*, Paris, Minuit, 1962.

¹¹ « L'industrie moderne a transformé le petit atelier de l'artisan patriarcal en la grande fabrique du capitaliste industriel. Des masses d'ouvriers s'entassaient dans les usines et y sont organisés comme des soldats. Simples soldats de l'industrie, ils sont placés sous la surveillance de toute une hiérarchie de sous-officiers et d'officiers. Ils ne sont pas seulement les esclaves de la classe bourgeoise, de l'Etat bourgeois. Jour par jour, heure par heure, ils subissent le joug de la machine, du contremaître et, avant tout, des fabricants bourgeois eux-mêmes. Despotisme d'autant plus mesquin, odieux, exaspérant, que son but, hautement avoué, c'est le profit ». (K. MARX et F. ENGELS, *Manifeste communiste*, [1848], section I, « Bourgeois et prolétaires »).

¹² Lettre de Gabriel Péri, résistant communiste, avant son exécution en 1941 : « Je crois toujours, cette nuit, que mon cher Paul Vaillant-Couturier avait raison de dire que le communisme est la jeunesse du monde et qu'il prépare des lendemains qui chantent ».

¹³ « Non pas seulement une race de maîtres dont la tâche s'épuiserait à gouverner ; mais une race ayant *sa propre sphère de vie*, un excédent de force pour la beauté, le courage, la culture, les manières jusque dans ce qu'il y a de plus spirituel ; une race *affirmative* qui peut s'accorder tout grand luxe... assez puissante pour n'avoir besoin ni de la tyrannie de l'impératif de vertu, ni de la parcimonie, ni de la pédanterie, par-delà bien et mal : *formant une serre de plantes rares et singulières*. [Je souligne ces derniers termes – GH] » (NIETZSCHE, *Fragments posthumes*, automne 1887, 9 [153], OPH XIII, 86).

un droit fondé, au civil, sur la liberté contractuelle et le principe *pacta sunt servanda*, et au pénal sur la responsabilité et l'imputabilité. Freud, découvrant l'inconscient, mettait en question non seulement la vieille ambition philosophique de rechercher la « vie bonne » par l'exercice conscient de la raison et de la volonté (le sujet n'est pas transparent à lui-même, il « est agi » par des forces inconscientes) ; et Heidegger voyait dans la « subjectivité » moderne l'arraisonnement technique du monde¹⁴ par un homme dominateur, « maître de l'étant », oubliant son rôle de « berger de l'Être »¹⁵. Cet oubli de l'Être avait commencé avec le platonisme et la volonté de définir des idées claires, associée dans la modernité, depuis Descartes, à une domination du monde.

En d'autres termes, le droit appartenait au règne de ce qu'il fallait déconstruire, et la philosophie, nous l'avons vu, semblait toucher à sa fin, comme le disait Derrida, au profit de perspectives souvent obscures et peu cohérentes entre elles. Heidegger en particulier, avec sa volonté de dépasser la « métaphysique », était omniprésent dans la réflexion et les enseignements : dans la littérature avec Maurice Blanchot, dans l'art avec Henri Maldiney, dans l'histoire des idées (remplacée par une archéologie du savoir) avec Foucault¹⁶, dans la psychanalyse avec, notamment, Lacan.

Bref le droit était soit déprécié soit dénoncé, et son potentiel émancipateur, pour parler comme Habermas, ne nous était aucunement visible. Foucault n'avait pas encore publié *Surveiller et punir* (1975), livre qui pose, à partir du droit pénal, des questions plus fondamentales, et ce ne serait que bien plus tard que Derrida s'intéresserait aux questions du droit et de la justice¹⁷.

Quand je suis entré au Centre dirigé par Perelman en 1972, mon vécu personnel (une séparation « schizophrénique » entre ma « part » juridique et ma « part » philosophique) ne recelait absolument rien d'original : il correspondait parfaitement à un esprit du temps que j'ai (trop) rapidement schématisé dans les pages qui précèdent. Comme j'étais également assistant à mi-temps de Pierre Verstraeten, deleuzien¹⁸

¹⁴ « L'essence de la technique réside dans l'Arraïsonnement » (M. HEIDEGGER, « La question de la technique », in *Essais et conférences* [1954], trad. franç., Paris, Gallimard, 1958, p. 35).

¹⁵ « L'homme n'est pas le maître de l'étant. L'homme est le berger de l'Être. Dans ce « moins », l'homme ne perd rien, il gagne au contraire, en parvenant à la vérité de l'Être. Il gagne l'essentielle pauvreté du berger dont la dignité repose en ceci : être appelé par l'Être lui-même à la sauvegarde de sa vérité » (M. HEIDEGGER, *Lettre sur l'humanisme*, trad. franç., Paris, Aubier, 1964, p. 109).

¹⁶ Dans *Les mots et les choses* (1966) et *L'archéologie du savoir* (1969), Foucault refusait la continuité de l'histoire des idées basée sur le jeu des influences, au profit d'une histoire discontinue, fragmentée. Il mettait à jour des « socles épistémologiques » étrangers les uns aux autres, se succédant l'un à partir de l'autre sans qu'une explication soit fournie ou existe. Bref, il était question d'une discontinuité radicale, au nom de laquelle Marx lui-même était critiqué.

¹⁷ Voir en particulier D. CORNELL et M. ROSENFELD (éd.), *Deconstruction and the possibility of justice*, New York, Routledge, 1992.

¹⁸ Deleuze avait publié en 1973 *L'Anti-Œdipe* avec Félix Guattari. Ce texte allait encore plus loin dans la volonté nietzschéenne de « casser l'Histoire en deux » en critiquant la doctrine centrale de la psychanalyse au nom des « machines désirantes ».

post-sartrien qui représentait à merveille cet « esprit », j'ai mis quelques années à me réveiller de mon sommeil dogmatique.

Certes – pour nous en tenir ici au marxisme – en 1968 et quelques années plus tard, nous étions déjà en un sens « désintoxiqués » du marxisme soviétique¹⁹ : c'est en août 1968 que les troupes de l'URSS étaient entrées en Tchécoslovaquie, mettant fin brutalement, par une répression féroce, au « printemps de Prague ». Mais nos schèmes de pensée résistaient, et nous avions tendance à substituer au mauvais modèle (l'URSS) des images idéalisées de la Grande Révolution culturelle chinoise et du castrisme cubain²⁰, et plus encore de son prolongement guévariste, hautement romantisé.

Nous étions donc très étrangers à la problématique du droit, et même aux droits de l'homme, qui en constituent pourtant l'aspect le plus idéalisé et moralement mobilisateur. Nous pensions, sans doute influencés par la vulgate marxiste, que plus le droit était idéalisé plus il mentait sur la situation réelle d'exploitation, d'« impérialisme » et de néocolonialisme. Quant à la laïcité, elle nous semblait constituer un objet non digne d'intérêt philosophique. A nouveau marqués par la réflexion de Marx (même parfois sans le savoir : c'était dans l'air du temps), nous considérions la question religieuse comme réglée : la religion était chose du passé – l'« opium du peuple »²¹ pour Marx, mais aussi le refus nihiliste du monde pour Nietzsche, une « illusion » pour Freud²². La laïcité (consistant à régler les rapports entre un Etat neutre et les confessions) ne nous intéressait pas²³. Nous étions quasi spontanément athées, et pour nous la question sociale avait pris le relais de la question religieuse. Les choses allaient bien changer de ce point de vue dans les décennies qui suivraient.

Il existait certes des philosophes du droit, et cette discipline possédait ses lettres de noblesse. Mais elle n'entrait pas à nos yeux – pour les raisons résumées plus haut – dans le champ de la « philosophie-à-faire »²⁴. Des auteurs éminents comme Kelsen

¹⁹ Voir H. MARCUSE, *Le marxisme soviétique. Essai d'analyse critique*, Paris, Gallimard, coll. « Idées », 1963.

²⁰ A l'Assemblée libre, lors de l'occupation de l'Université de Bruxelles en mai-juin 1968, notre conscience antiautoritaire ne répugnait pas à lire *Granma*, journal officiel du régime castriste. Mais nous aurions évidemment poussé de hauts cris si un visiteur étranger avait voulu s'informer de la situation en Belgique en interrogeant uniquement des membres du gouvernement (pourtant démocratiquement représentatif).

²¹ « La misère religieuse est tout à la fois l'expression de la misère réelle et la protestation contre la misère réelle. La religion est le soupir de la créature accablée, l'âme d'un monde sans cœur, de même qu'elle est l'esprit d'un état de choses où il n'y a point d'esprit. Elle est l'opium du peuple... La critique de la religion contient en germe la critique de la vallée de larmes dont la religion est l'auréole » (K. MARX, *Pour une critique de la philosophie du droit de Hegel. Introduction*, in *Œuvres III. Philosophie*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1982, p. 383. C'est Marx qui souligne).

²² Voir FREUD, *L'avenir d'une illusion* [1927], trad. franç., Paris, PUF, 1995.

²³ J'avais été éduqué dans un milieu laïque et franc-maçon. Les idéaux qu'incarnaient ces engagements m'étaient assez indifférents et étrangers. Mais avais-je tenté de les comprendre ? Certes non.

²⁴ Cette formule fait écho à la « littérature-à-faire », expression par laquelle Sartre désigne l'horizon d'attente qui définit les questions pertinentes à une certaine époque dans un certain

ou Villey (pour prendre deux exemples très opposés, un positiviste normativiste et un jusnaturaliste néo-thomiste) nous étaient inconnus : nos « lunettes » philosophiques nous empêchaient de les prendre en considération. Et Perelman, qui avait été notre professeur, ne s'inscrivait pas plus qu'eux dans cet horizon.

La (re)légitimation du Droit

A partir de ce contexte général, que Sartre, après Hegel, a appelé l'« Esprit objectif »²⁵, comment nous sommes-nous rapprochés du droit ? De nouveau, le monde environnant, l'Histoire et l'évolution de la vie intellectuelle ont joué un rôle majeur, faisant vraiment de nous (mais ce n'est certes pas une vertu éminente) des fils et filles de notre temps. Pour résumer le développement d'un trait, on peut dire que l'effondrement des espérances communistes et du messianisme séculier ont, d'abord mécaniquement en quelque sorte, réhabilité les démocraties imparfaites et le droit comme mode de règlement de conflits dont quasi plus personne ne pensait que l'Histoire les résoudrait définitivement. Les années 1970 constituent à cet égard une époque de désenchantement radical : publication de l'*Archipel du Goulag* et expulsion de Soljenitsyne en Occident ; victoire communiste au Vietnam suivie par l'exode tragique des *boat people* ; prise de conscience du caractère épouvantable et fascisant de la trop glorifiée Révolution culturelle chinoise²⁶ ; informations de plus en plus confirmées relatives aux dégâts de la dictature castriste ; et surtout peut-être, le drame absolu de l'autogénocide cambodgien sous le règne des Khmers rouges entre 1975 et 1979.

C'est justement à la fin des années 1970, quand je venais de soutenir ma thèse sur Marx, écrite dans un tel horizon historique, que les « nouveaux philosophes » ont annoncé la fin de la complaisance témoignée pendant tant d'années par la gauche à l'endroit des totalitarismes et despotismes communistes et communistes. Lévy, Glucksmann et les autres ont tous les défauts que l'on voudra : ils ont quand même popularisé une rupture devenue inévitable, qui « plombait » la gauche et laissait à la droite libérale le monopole de l'antitotalitarisme²⁷. Pour ce qui me concernait, une telle évolution historique, une telle revalorisation de la démocratie et de l'Etat de droit, me donnaient la possibilité d'enfin apprécier à toute sa valeur l'œuvre de Perelman, et d'utiliser par ailleurs mes connaissances juridiques, jusque-là philosophiquement

milieu. Voir J.-P. SARTRE, *L'idiot de la famille. Gustave Flaubert de 1821 à 1853*, volume III, Paris, Gallimard, 1972, p. 134

²⁵ *Ibid.*, p. 41 et s.

²⁶ Le Belge Simon Leys, de son vrai nom Pierre Ryckmans, avait dès la fin des années 1960 dévoilé le cauchemar que constituait la « Grande Révolution culturelle » chinoise (dans *Les habits neufs du président Mao*), ainsi que l'aveuglement des intellectuels occidentaux, revenus de Pékin émerveillés par la construction de l'« homme nouveau » (*Ombres chinoises*). Il avait été traité de fasciste et s'était exilé. Je l'ai rencontré en 1982 en Australie, où je résidais pour un séjour de recherche de quatre mois. Sa rigueur intellectuelle et son courage ont joué un rôle important dans ma « mutation ».

²⁷ Même s'il faut quand même souligner que des philosophes aussi clairement engagés que Castoriadis ou Lefort les avaient précédés de manière moins ostentatoire sur cette voie critique.

inutiles, pour explorer le monde nouveau du postcommunisme²⁸. De ce point de vue, la nouvelle rhétorique pouvait montrer son intérêt au-delà d'un monde académique relativement conservateur²⁹ et irriguer les recherches nombreuses relatives aux conditions de la démocratie libérale, dotée d'une légitimité neuve.

Cette déconsidération du processus révolutionnaire et des lendemains qu'il promettait n'a pas cessé de se poursuivre. La critique du capitalisme est certes toujours à l'ordre du jour – mais on peut douter que, rigoureusement parlant, elle emprunte ses instruments intellectuels au *Capital* de Marx. C'est néanmoins le communisme comme avenir lumineux (révolution mondiale des travailleurs menant à l'abolition des classes, de l'argent, de l'oppression étatique et des nations) qui a disparu de l'horizon, sauf pour une extrême gauche ultraminoritaire. Seule subsiste donc du marxisme une dimension de « soupçon » qui – comme le disait Gauchet des droits de l'homme – ne fait pas une politique. Certes, la démocratie libérale a sous plusieurs aspects gagné, comme on l'a souvent souligné, par défaut³⁰. Nous avons été depuis le milieu des années 1970 (bien avant, donc, la chute effective de l'URSS), vaccinés contre l'ingénierie historique, c'est-à-dire la volonté d'expérimenter des transformations radicales en utilisant les êtres humains comme des matériaux. L'échec de ce que Hayek appelait le « constructivisme » historique³¹, qui trouve ses sources dans la radicalisation de la Révolution française et une interprétation politique discutable de la notion cartésienne de « table rase »³², a redonné ses lettres de crédit aux approches gradualistes, à la recherche de compromis, à la résolution pacifique des conflits d'intérêts. Dans ce cadre, la rhétorique politique et judiciaire – donc l'œuvre de Perelman – a pris une place importante, alors que la vulgate marxiste l'avait reléguée au rang de « superstructure » du *statu quo* socio-économique.

***Weltgeschichte ist Weltgericht* : la tache aveugle de la pensée marxiste**

Plus précisément, le marxisme n'avait jamais véritablement rompu avec la conception hégélienne selon laquelle l'Histoire du monde est le Tribunal du monde (*Weltgeschichte ist Weltgericht*³³). Or cette idée constitue une sorte d'obstacle épistémologique, comme aurait dit Bachelard, à la prise en considération de l'importance du droit. Le tribunal dont il est question en droit juge de faits passés au

²⁸ Je parle ici du postcommunisme dans les têtes, c'est-à-dire de la fin de la vulgate marxiste, qui avait produit substitut après substitut de l'URSS, déjà discréditée en 1968.

²⁹ Le cas de Georges Miedznanogora, assistant de Perelman et leader gauchiste soixante-huitard, auteur d'un assez classique *Philosophies positivistes du droit et droit positif* (Paris, LGDJ, 1970), est très exceptionnel.

³⁰ Voir P. BRUCKNER, *La mélancolie démocratique*, Paris, Seuil, 1990.

³¹ Voir sur ce point l'excellent ouvrage de P. NEMO, *La société de droit selon F.A. Hayek*, Paris, PUF, 1988.

³² Descartes était un homme prudent. Il était copernicien, mais lorsqu'il apprit la condamnation de Galilée en 1633, il renonça à publier son *Traité du monde et de la lumière* (ce dernier ne paraîtra qu'après sa mort, en 1664). C'est une preuve parmi d'autres de ce qu'il était tout sauf un révolutionnaire (« Je m'avance masqué », « *Larvatus prode* », disait-il).

³³ L'expression est empruntée à Schiller. Hegel écrit : « ... *in der Weltgeschichte als dem Weltgerichte...* » (HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Francfort, Suhrkamp, 1970, § 340, p. 503).

nom de normes supposées claires et préalablement connues des intéressés. Comme le disait Camus au début de *L'homme révolté* : un bourreau est un bourreau, une victime est une victime³⁴. Il faut seulement dire le droit. Il en va tout autrement si l'Histoire constitue le tribunal réel qui juge des actes accomplis par les hommes : cette « Cour » ne se réunira que dans un lointain futur – et en ce sens, l'expression « l'Histoire jugera » se relie intimement à l'idée de Jugement dernier dans le christianisme. Elle absoudra ceux qui, marchant dans le sens de l'Histoire, ont dû user de violence pour la faire « accoucher »³⁵ du futur de splendeur qu'elle recelait. « La roue de l'Histoire écrase ... mainte fleur innocente »³⁶, disait Hegel (et on voit donc ici l'abîme existant entre d'une part l'hégélianisme qui innervait la vulgate marxiste, et d'autre part la philosophie du jugement judiciaire). Ou – autre formule frappante parmi tant d'autres – « Il faut percevoir la rose sur la croix du présent »³⁷. Cette rose fleurira dans le futur, quand se réunira le *Weltgericht*. Marx disait, critiquant Proudhon, que l'histoire progressait par ses mauvais côtés³⁸.

C'est en 1977 que j'ai soutenu ma thèse de doctorat, publiée par la suite sous le titre *L'ontologie de Marx*³⁹. Je n'entrerai pas ici dans les détails du travail, mais j'insisterai sur un élément important pour ma « conversion » à la philosophie du droit. Il y a chez Marx une sorte de tache aveugle, empêchant cet esprit, par ailleurs si subtil et créatif, de saisir un problème crucial pour son idée même d'émancipation. Dans sa jeunesse, durant les années 1842-1844, Marx avait très durement critiqué la bureaucratie et le despotisme prussiens. Sa défense des libertés contre l'oppression

³⁴ « Mais les camps d'esclaves sous la bannière de la liberté, les massacres justifiés par l'amour de l'homme ou le goût de la surhumanité, désespèrent, en un sens, le jugement. Le jour où le crime se pare des dépouilles de l'innocence, par un curieux renversement qui est propre à notre temps, c'est l'innocence qui est sommée de fournir ses justifications » (A. CAMUS, *L'homme révolté*, Paris, Gallimard, 1951 [coll. « Idées », p. 14]).

³⁵ « ... dans la première phase de la société communiste, quand elle ne fait que sortir de la société capitaliste, après un long et douloureux enfantement... » (Marx, *Critique du programme de Gotha* [1875], cité par G. HAARSCHER, *L'ontologie de Marx : le problème de l'action, des textes de jeunesse à l'œuvre de maturité*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1980, p. 253-254).

³⁶ « En poursuivant leurs grands intérêts, les grands hommes ont souvent traité légèrement, sans égards, d'autres intérêts vénérables en soi et même des droits sacrés. C'est là une manière de se conduire qui est assurément exposée au blâme moral. Mais leur position est tout autre. *Une si grande figure écrase nécessairement mainte fleur innocente, ruine mainte chose sur son passage* » (HEGEL, *La Raison dans l'Histoire*, trad. franç., Paris, Plon, 1965, coll. « 10/18 », « Les grands hommes », p. 129).

³⁷ « *Die Vernunft als die Rose im Kreuze der Gegenwart zu erkennen und damit sich zu erfreuen, diese vernünftige Einsicht ist die Versöhnung mit der Wirklichkeit...* » (HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, op. cit., préface, p. 26-27 ; Hegel souligne).

³⁸ « C'est pourquoi il y a dans la dialectique un bon et un mauvais côté : le mauvais côté est le côté révolutionnaire... Rien qu'à se poser le problème d'éliminer le mauvais côté, on coupe court au mouvement dialectique... C'est le mauvais côté qui produit le mouvement qui fait l'histoire en constituant la lutte » (K. MARX, *Misère de la philosophie. Réponse à la Philosophie de la Misère de M. Proudhon* [1847], in K. MARX, *Œuvres, Economie I*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1965).

³⁹ G. HAARSCHER, *L'ontologie de Marx*, op. cit.

étatique garde, à la relecture, tout son mordant. Il se montrait sceptique, vigilant, critique à l'égard des pouvoirs de son temps. Il défendait la liberté d'expression⁴⁰, et montrait déjà sa préoccupation sociale en défendant les « voleurs de bois »⁴¹. De même, il a plusieurs fois dénoncé les méfaits de l'Etat « bourgeois »⁴², au service du capitalisme. Mais l'auteur du *Capital* n'a jamais appliqué la même méthode critique au pouvoir qui devait émerger selon les prévisions de la « science » de l'Histoire. Marx en a appelé dans quelques textes relativement tardifs⁴³ à l'établissement d'une dictature « démocratique » (il voulait dire « majoritaire », le règne de la minorité bourgeoise étant supposé terminé) du prolétariat. Il justifiait le terme fort, et peu politiquement correct, comme on dirait aujourd'hui, de *dictature* par le fait que la bourgeoisie résisterait à son expropriation⁴⁴ et que la Révolution devrait utiliser des moyens efficaces pour défendre ses acquis. Marx pensait sûrement à la Révolution française et à la phase de Terreur « progressiste » (ou supposée telle) jacobine. Or voici le problème : jamais Marx – ni plus tard Lénine, notamment dans *L'Etat et la Révolution* (1917), où il théorise sur nouveaux frais la dictature du prolétariat – n'a appliqué à ce pouvoir la critique du despotisme qu'il avait utilisée dans sa jeunesse contre Frédéric-Guillaume IV de Prusse. Or le nouvel Etat « socialiste », destiné à permettre le franchissement de l'ultime étape vers le communisme, était redoutablement puissant puisqu'il cumulait les pouvoirs politique et économique. Chez Marx se dessinait en filigrane l'idée d'une avant-garde, développée par Lénine dans *Que faire ?* (1902), qui exercerait aussi sa dictature *sur* le prolétariat réel quand celui-ci se tromperait sur ses propres intérêts de classe, c'est-à-dire ne comprendrait pas les exigences de l'Histoire telles que les perçoit le scientifique matérialiste.

C'est ici qu'apparaît sans doute de la façon la plus nette l'opposition entre le tribunal des hommes, base de la *rule of law*, et le Tribunal du Monde (*Weltgericht*) théorisé par Hegel dans ses *Principes de la philosophie du droit* (on voit donc que ce dernier ouvrage, qui nous était connu dans les années 1960 et au début des années

⁴⁰ En 1842, il écrit plusieurs articles dans la *Rheinische Zeitung* pour défendre la liberté de la presse et combattre la censure préalable.

⁴¹ L'article de Marx « Débats sur la loi relative au vol de bois » est paru dans la *Rheinische Zeitung* entre le 25 octobre et le 3 novembre 1842. Il y défend les pratiques coutumières de ramassage de bois, devenues « vol » une fois affirmés les droits modernes de la propriété privée.

⁴² L'Etat prussien critiqué par le jeune Marx était encore à un stade pré-bourgeois, c'est-à-dire semi-féodal. Comme le disait Marx en 1843, l'Allemagne n'avait même pas encore fait sa « révolution bourgeoise » (dont le modèle était pour lui 1789). « Lorsque je nie la situation allemande de 1843, j'en suis, d'après la chronologie française, à peine en l'année 1789, et encore moins au centre même du temps présent » (K. MARX, *Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel* [1843]).

⁴³ Notamment dans *La guerre civile en France* (1871 – sur la Commune de Paris) et la *Critique du programme de Gotha* (1875). J'ai commenté ce dernier texte dans *L'ontologie de Marx*, *op. cit.*, p. 251 et s.

⁴⁴ « ... Là [dans le capitalisme – GH] il s'agissait de l'expropriation de la masse par quelques usurpateurs ; ici [dans le socialisme – GH], il s'agit de l'expropriation de quelques usurpateurs par la masse » (K. MARX, *Le Capital*, livre I, huitième section, chapitre XXXII, trad. franç., Paris, Garnier-Flammarion, 1969, p. 567).

1970, nous préparait très peu à la légitimation du droit « humain »). John Locke et la philosophie politique libérale – notamment Montesquieu – étaient conscients de ce que tout pouvoir corrompt, de ce que le pouvoir tend de lui-même au pouvoir absolu parce que ceux qui l'exercent témoignent d'une propension quasi naturelle à en abuser s'ils ne rencontrent pas de limites extérieures. Il fallait donc trouver les moyens – c'est une des équations politiques modernes majeures – de limiter le pouvoir politique tout en ne le rendant pas impuissant⁴⁵. Or plus un pouvoir se prévaut d'une justification élevée, plus il aura tendance à considérer toute limitation ou critique comme une incarnation du Mal par rapport au Bien qu'il veut promouvoir. C'est le cas des pouvoirs d'inspiration religieuse (on ne badine pas avec le théologique), mais c'est aussi le cas de la dictature du prolétariat, soutenue par la Science de l'Histoire, et menant à considérer les adversaires comme le Mal absolu incarné par le capitalisme « revanchard » (pour utiliser la vieille langue de bois de l'ex-Allemagne de l'Est). En ce sens, le marxisme constitue toujours une religion, certes « séculière » (c'est-à-dire transférant dans le « siècle », au bout du temps historique, la réconciliation ultime que le christianisme ne voyait bien entendu que dans l'au-delà⁴⁶).

Or une telle myopie intellectuelle mettait non seulement en péril les libertés, mais également le projet communiste lui-même. Faut-il rappeler que ce dernier se trouvait associé à l'idée d'une disparition de l'argent, des conflits et donc du droit et de l'Etat censés les réguler ? La contradiction était donc éclatante entre un renforcement considérable du pouvoir d'Etat lors de la dictature du prolétariat (qui deviendra celle du Parti) et le but auquel devait mener ce pouvoir : le communisme et le « dépérissement de l'Etat » (Lénine). Pour éviter que cette transition (stade déterminant, parce qu'il donne la direction de tout le processus ultérieur) ne mène à tout autre chose, autrement dit au totalitarisme communiste tel qu'il a existé au XX^e siècle, il aurait fallu préserver les acquis de la philosophie de Locke et de Montesquieu, et prévoir des contre-pouvoirs. Mais les leçons de la jeunesse de Marx avaient semble-t-il été perdues, ou il ne voulait pas les appliquer à la transition socialiste ; dès 1845, dans *L'Idéologie allemande*, il dénonçait Locke et les libéraux comme de simples avocats du pouvoir bourgeois, en insistant en particulier sur leur défense de la propriété privée. Néanmoins, s'il avait continué sur la voie du libéralisme politique, la philosophie du *Weltgericht* n'aurait-

⁴⁵ On a retrouvé ce débat dans la campagne des élections législatives françaises de 2012, qui eut lieu peu après l'élection de François Hollande à la présidence de la République. La droite, ayant perdu la présidentielle, voulait bien entendu gagner les législatives. L'argument majeur avancé consistait à soutenir qu'il fallait empêcher la gauche de prendre tous les pouvoirs. La gauche répondait en disant qu'une nouvelle « cohabitation » rendrait le pays ingouvernable à l'heure des choix décisifs.

⁴⁶ La comparaison porte beaucoup plus loin, et de nombreux auteurs ont souligné à quel point l'idée du Parti agissant dans le sens de l'Histoire, ayant « toujours raison » même si le simple bon sens semblait dire le contraire, reprenait la conception catholique des voies « insondables » de la Providence. C'est la position de Loyola citée par Camus dans *L'homme révolté* : « Nous devons toujours pour ne jamais nous égarer être prêts à croire noir ce que, moi, je vois blanc, si l'Eglise hiérarchique le définit ainsi » (I. DE LOYOLA, *Exercices spirituels*, cité par A. CAMUS, *L'homme révolté*, op. cit., p. 289). La religion séculière s'est écroulée à la fin du XX^e siècle. Mais le pouvoir inspiré par les religions de la transcendance a encore de beaux jours devant lui, en particulier dans le monde musulman.

elle pas été démantelée au profit d'une réhabilitation du *Gericht* humain, donc du droit ? C'est ce qui s'est passé dans le dernier quart du XX^e siècle, au détriment de l'idée communiste. Au moment où notre génération arrivait à maturité.

Ce qui manquait aux marxistes, c'était une sorte de mauvaise conscience et le sentiment de ce que le pouvoir qu'ils allaient exercer pouvait à tout moment dériver vers l'opposé même de la fin qu'ils envisageaient et espéraient. La bonne conscience de ceux qui savent se trouver dans le sens de l'Histoire et travailler au Progrès universel les a sans doute aveuglés sur ce point. Chaque fois d'ailleurs que les communistes comprendront la nécessité des contre-pouvoirs, ils en créeront trop peu, de façon trop timide, ou trop tard. Lénine lui-même, quelques années après la Révolution de 1917, avait compris qu'il fallait libérer les forces de la société pour que le régime survive et tienne ses promesses. Mais la NEP (« Nouvelle économie politique », mise en œuvre à partir de 1921) fut bien trop timide dans son principe et dans son application, et le monopole du Parti sur la vie politique ne fut jamais vraiment remis en question. A la fin des années 1980, Gorbatchev alla beaucoup plus loin, mais il était alors sans doute trop tard – et lui-même, si novateur sur les plans intérieur et extérieur, a hésité à démanteler le monopole du Parti unique, désormais tout à fait sclérosé par la gérontocratie et la *Nomenklatura* d'affidés incompetents⁴⁷.

On comprend en tout cas que l'idée du *Weltgericht* apparaisse comme tout à fait incompatible avec celle d'un tribunal humain, simplement humain. Ce dernier doit appliquer, notamment aux crimes politiques, des règles uniformes. Celles-ci ne font que se mettre progressivement en place au début du XXI^e siècle, notamment par le truchement de la Cour pénale internationale. Le *Weltgericht*, en revanche, acquittera les « prévenus » de la violence historique exercée si cette dernière va dans le « bon » sens, et il condamnera les autres. Il s'agit donc d'un « deux poids, deux mesures » (*double standard*) cautionné par la prétendue science de l'Histoire. C'est Camus qui, nous l'avons vu, a le mieux critiqué cette conception au nom d'un retour au principe d'identité : « un bourreau est un bourreau, une victime est une victime ».

Philosophie des droits de l'homme et de la démocratie

On assiste donc, au sein de l'« Esprit objectif », à une revalorisation spectaculaire de l'Etat de droit, de la *rule of law* (« règne du Droit, ou gouvernement par le Droit »). Cette revalorisation de la réflexion sur le droit et du règlement juridique des conflits est allée de pair avec une montée en puissance en Europe des juridictions constitutionnelles, appelées à « garder » les Lois fondamentales des pays, ou les traités internationaux en ce qu'ils contiennent les valeurs politiques essentielles de la démocratie libérale et de l'Etat de droit, c'est-à-dire fondamentalement les droits de l'homme. J'ai mentionné plus haut l'action des tribunaux pénaux internationaux et la lutte contre l'impunité regardant les violations les plus graves des droits de l'homme (crime de guerre, crime contre l'humanité, génocide). C'est de la condamnation des dictateurs qu'il s'agit, quelles que soient les légitimations invoquées de leur action : la Religion, la Nation ou (si cela se trouve encore) le *Weltgericht* sous l'une quelconque

⁴⁷ Cette problématique est remarquablement exposée dans A. GRATCHEV, *Gorbatchev. Le pari perdu ? De la perestroïka à l'implosion de l'URSS*, trad. franç., Paris, Armand Colin, 2011.

de ses formes – mais il y a encore en la matière un très long chemin à parcourir. La réflexion sur la démocratie et les droits de l'homme est redevenue centrale, et de grands critiques du totalitarisme comme Claude Lefort n'ont pas manqué, à la suite de Machiavel, de Benjamin Constant, de Tocqueville, de Carl Schmitt et de tant d'autres, de montrer les tensions existant entre les deux concepts, et par conséquent la difficulté de les concilier rigoureusement dans la notion de « démocratie libérale » ou de « constitutionnalisme ». On sait en effet que si la démocratie se réduit à la loi de la majorité, elle peut mener à la tyrannie de cette dernière, comme le craignait Madison⁴⁸, artisan principal de la Constitution des Etats-Unis et de ses dix premiers Amendements. A l'inverse, accorder à des juges le pouvoir d'invalider des lois votées par la majorité du peuple risque de créer une sorte d'aristocratie des protecteurs de la liberté. Or l'histoire de la Grèce nous a montré à quel point, de l'aristocratie à l'oligarchie, voire à la « ploutocratie », la voie est courte⁴⁹. Et si les juges constitutionnels, ou les juges siégeant par exemple à la Cour européenne des droits de l'homme, prennent les décisions politiques les plus importantes (comme on le pense souvent des *Justices* américains), le débat démocratique sera anémié. Comme le disait Marcel Gauchet, « les droits de l'homme ne sont pas une politique »⁵⁰. Mais tant que la démocratie et les droits de l'homme se trouvaient relégués au rang d'idéologies masquant (en produisant de la « fausse conscience »⁵¹) les rapports de domination et d'exploitation, il avait été impossible d'en mesurer la complexité des enjeux philosophiques.

La philosophie politique démocratique se centre sur le débat public, l'action citoyenne et la « raison publique »⁵² : du moins est-ce le cas pour la conception appelée « démocratie délibérative »⁵³. A l'opposé, la philosophie du droit insiste souvent sur l'importance du juge et de ses décisions – pour ce qui concerne le juge constitutionnel, elle peut mener à lui donner une primauté par rapport à la logique démocratique majoritaire. Démocratie contre libéralisme – ou, dans la terminologie

⁴⁸ « ... *that our governments are too unstable, that the public good is disregarded in the conflicts of rival parties, and that measures are too often decided, not according to the rules of justice and the rights of the minor party, but by the superior force of an interested and overbearing majority* » (J. MADISON, *Federalist*, 10 – je souligne). Les *Federalist Papers* sont composés de 85 articles, écrits en 1787-1788 par Madison, Hamilton et Jay pour défendre la ratification de la Constitution des Etats-Unis par les Etats fédérés.

⁴⁹ Platon développe ce point dans le livre VIII de la *République*, et Polybe, au II^e s. av. J.-C., en fait un élément central de ses *Histoires*.

⁵⁰ *In Le Débat*, 3, juillet-août 1980.

⁵¹ C'est une notion développée dans J. GABEL, *La Fausse Conscience*, *op. cit.*

⁵² La « raison publique » consiste à utiliser des arguments qui peuvent être adressés à tout interlocuteur, par opposition à la « raison privée », qui concerne des arguments énoncés à partir d'une croyance particulière, et donc *a priori* irrecevables par un interlocuteur n'adhérant pas aux prémices de ladite croyance. Voir J. RAWLS, « The idea of public reason revisited », *The University of Chicago Law Review*, 64/3, Summer 1997, p. 765-807.

⁵³ A l'origine du terme : Joseph M. BESSETTE, « Deliberative Democracy : The Majority Principle in Republican Government », in R. GOLDWIN et W. SHAMBRA (éd.), *How Democratic is the Constitution* (American Enterprise Institute, 1981). Le concept a été notamment utilisé par Rawls et son disciple Joshua Cohen, ainsi que par Habermas.

de Constant, Liberté des Anciens (le peuple est autonome et n'est pas gouverné par un « Autre », un despote) contre Liberté des Modernes (je suis libre quand je jouis d'un espace au sein duquel la contrainte n'a pas lieu d'être, sauf dans des circonstances précises que le juge se doit de contrôler). L'expression de la souveraineté nationale et populaire contre l'expression du Droit et la défense de la Constitution. Quand Mitterrand fut élu en 1981, André Laignel, député socialiste, attaqua la droite (en l'occurrence Jean Foyer, ancien Garde des Sceaux) en déclarant : « ... il a juridiquement tort car il est politiquement minoritaire »⁵⁴. C'était affirmer une conception majoritariste radicale, et la subordination du droit à la politique. Or le contraire était vrai, selon l'esprit des institutions (et l'Esprit objectif qui se développait à l'époque) : le minoritaire conserve des droits même s'il a été défait politiquement. A l'époque, le débat avait été rattaché – de façon certes superficielle, mais également frappante – à la controverse entre Rousseau (le primat de la volonté générale⁵⁵) et Montesquieu (que le pouvoir arrête le pouvoir⁵⁶). Laignel, de ce point de vue, défendait, probablement sans en avoir conscience, le point de vue de la vulgate rousseauiste selon lequel la gauche avait gagné, le peuple s'était prononcé, et une aristocratie autoproclamée de juges non élus ne pouvait défaire ce qu'avait « fait » la Nation (quand la droite est majoritaire, elle use souvent des mêmes arguments – il faut toujours faire sa part à l'opportunisme en politique). Les adversaires de Laignel (qui pouvaient aussi se trouver à gauche) rétorquaient que les majorités ne peuvent pas tout décider, et qu'il existe des valeurs supérieures incarnées par les droits de l'homme et inscrites dans la Constitution. En cas de conflit entre la légitimité démocratique majoritaire et la légitimité constitutionnelle, c'est, selon une hiérarchie des normes largement acceptée aujourd'hui, la première qui doit céder. La règle de priorité (pour parler comme Rawls) est, du moins dans sa formulation générale, claire.

C'est dans cette perspective que j'ai commencé à relier ma formation philosophique à ma formation juridique et à tenter d'apporter ma contribution à la résolution de certains problèmes posés par la notion de démocratie libérale, qui devenait notre nouvel horizon. J'ai notamment écrit un livre intitulé *Philosophie des droits de l'homme*⁵⁷, dans lequel j'ai proposé une clarification du concept via son histoire intellectuelle. A la fin du livre, je me posais la question, difficile et « ultime », de savoir quel pouvait être le fondement des droits de l'homme, autrement dit ce qui, dans une discussion

⁵⁴ Assemblée nationale française, 13 octobre 1981.

⁵⁵ « Il s'ensuit de ce qui précède que la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique : mais il ne s'ensuit pas que les délibérations du peuple aient toujours la même rectitude. On veut toujours son bien, mais on ne le voit pas toujours : jamais on ne corrompt le peuple, mais souvent on le trompe, et c'est alors seulement qu'il paraît vouloir ce qui est mal » (ROUSSEAU, *Du Contrat social* [1762], livre III, chapitre 2.3, « Si la volonté générale peut errer »).

⁵⁶ « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir » (MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois* [1748], livre XI, chapitre 4). C'est une idée qui se trouve à la base des *checks and balances*, concept recteur du régime politique des Etats-Unis.

⁵⁷ G. HAARSCHER, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1987 (4^e éd. remaniée : 1993).

bien menée, convaincra un interlocuteur, au départ sceptique, de la supériorité de cette valeur par rapport à d'autres modes possibles d'organisation politique. Cette réflexion finale, que je n'ai pu présenter à l'époque que de façon très imparfaite et programmatique – étant donné la complexité du problème et les moyens intellectuels dont je disposais –, a nourri plusieurs de mes écrits ultérieurs. J'insistais en particulier sur la difficulté, dans un monde désenchanté de la religion et – plus récemment – des religions séculières, de fournir une justification solide des droits de l'homme. Pourtant, cette dernière ne posait *a priori* pas trop de problèmes après la chute du Mur en 1989, la démocratie libérale ayant effectivement triomphé, comme l'analysait Fukuyama, et montré sa supériorité par rapport à tout autre système politique⁵⁸. Mais les vingt-cinq dernières années sont aussi caractérisées par un phénomène que j'ai tenté d'analyser à propos de plusieurs situations types. Il s'agit de l'ascension du *politiquement correct*, que l'on peut brièvement définir comme suit : l'adversaire des valeurs de la démocratie libérale, supposées rassembler toute la *polis*, parle le langage de cette même démocratie libérale et introduit donc un risque majeur de confusion, puisque l'interlocuteur, adversaire de la *polis* démocratique et libérale, ne s'affiche plus comme tel.

Si l'on ne parvient pas à justifier, à « fonder » les droits de l'homme et la démocratie comme valeurs politiques fondamentales, le relativisme menacera. D'autres systèmes politiques pourront également prétendre à la validité, à partir de l'argument selon lequel c'est l'Europe qui a créé l'idéal de démocratie libérale : la volonté d'universaliser cette idée relèverait de la présomption ethnocentrique. L'ethnocentrisme consiste à considérer que les valeurs de notre « ethnie » au sens large du terme (ici, la civilisation occidentale) sont valables pour tous, et donc à mépriser les autres cultures en les qualifiant d'inférieures. Mais alors, si les droits de l'homme ne sont qu'européens ou américains, comment empêchera-t-on les défenseurs des « valeurs asiatiques », ou « africaines », « musulmanes », etc. de plaider avec succès la cause du relativisme en affirmant, justement, que les grandes valeurs, parmi lesquelles celle de la démocratie libérale, doivent être considérées comme relatives à des contextes culturels particuliers, et par conséquent non universalisables ? La question apparaît redoutable, surtout si elle est posée dans le langage de la *political correctness*. En effet, si l'attaque contre les valeurs des droits de l'homme et de la démocratie se trouve formulée en termes d'intégrisme religieux, de fascisme, de racisme, etc., l'adversaire, certes dangereux, ne risquera pas d'introduire la confusion dans les esprits, dans la mesure où il se sera exprimé de façon non politiquement correcte en partant de prémisses inacceptables pour nous. Mais la lutte contre l'ethnocentrisme, le colonialisme et le « postcolonialisme » est au premier regard tout à fait légitime, puisqu'elle revient à demander le respect d'individus pratiquant des modes de vie « différents ». Or en matière de politiquement

⁵⁸ Voir F. FUKUYAMA, *La fin de l'Histoire et le Dernier Homme*, trad. franç., Paris, Flammarion, 1992. En réalité, Fukuyama se montre bien moins optimiste quant à la fin de l'Histoire que l'on ne le soutient ordinairement. Il se demande, à la fin de son livre, si ce qu'il appelle la « mégalothymie », c'est-à-dire le désir de supériorité, de distinction et de gloire, pourra être satisfait par une société que Nietzsche assimilait à celle du « dernier homme » (FUKUYAMA, *op. cit.*, « Les immenses guerres de l'esprit », p. 368 et s.).

correct, c'est le « premier regard » qui compte, dans la mesure où, trop souvent, la paresse intellectuelle aidant, les individus ne vont pas plus loin.

Ainsi fleurissent des notions telles que les « valeurs asiatiques » basées sur l'idée d'une différence culturelle (niée par l'Occident dominateur) entre l'Est et l'Ouest. Le confucianisme, qui domine notamment les civilisations chinoise et coréenne, créerait une culture du consensus et de l'harmonie, alors que l'Occident individualiste privilégierait le dissensus et le conflit des intérêts et des valeurs. Jusqu'ici, l'objection semble impeccablement politiquement correcte : « consensus » et « harmonie » sont des termes qui appartiennent au lexique éthico-politique occidental. On semble donc se trouver dans un contexte interne à la démocratie libérale : il est possible d'être pour le consensus ou pour le dissensus – mais peut-on être « contre » l'harmonie ? Ce beau mot prend des connotations autoritaires quand il est utilisé par des pouvoirs forts : dans un tel cas, l'harmonie signifie l'ordre au profit du despote, toute contestation étant assimilée à du dissensus, donc à une influence « étrangère » (occidentale) illégitime dans un contexte culturel différent. Mais précisément, si l'« harmonie » est utilisée par les pouvoirs qui prônent les « valeurs asiatiques » (ici choisies à titre d'exemple parmi bien d'autres d'une même stratégie rhétorique), il faudra adopter une attitude très vigilante, dans la mesure où ce que vise le despote quand il prône l'harmonie, c'est la plupart du temps l'ordre qu'impose sa domination. A une telle aune, toute critique, toute « dissidence » sera considérée comme une atteinte à l'harmonie, bref un dissensus, c'est-à-dire une attitude influencée par l'« étranger » (l'Occident individualiste) et non authentiquement asiatique (chinoise, etc.).

Mais si l'on prenait la peine d'entendre et d'écouter les « voix sous les décombres » (pour reprendre ici le beau titre d'un ouvrage célèbre de la dissidence à l'époque soviétique ⁵⁹), un tout autre discours fraierait sûrement sa voie. Que demandent en effet les « gens du bas », sans doute à quelque culture qu'ils appartiennent, sinon que les pouvoirs en place ne les privent pas du peu qu'ils possèdent (leur droit de propriété, c'est-à-dire le droit de ne pas être expropriés au nom du bon plaisir des puissants ⁶⁰), respectent leur droit à pratiquer une religion différente, arbitrent de façon impartiale les conflits dans lesquels ils peuvent se trouver impliqués et évitent l'arbitraire, leur garantissent certains droits sociaux de base, servent leur peuple plutôt que de se servir eux-mêmes et leurs proches ou leur communauté ? Bref la revendication des droits de l'homme, même très vaguement exprimée, ne constitue-t-elle pas une préoccupation universelle dès que les individus sont tant soit peu libérés de la peur et de l'obligation d'obéissance à l'autorité de l'éternel Hier ⁶¹ ? Ne remarque-t-on pas que tout, en la matière, est question d'interlocuteurs ? Ce sont souvent les dominants qui tiennent sur

⁵⁹ A. SOLJENITSYNE *et al.*, *Des voix sous les décombres*, Paris, Seuil, 1975.

⁶⁰ Je pense bien sûr au célèbre article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. ».

⁶¹ « Il existe en principe... trois fondements de la *légitimité*. Tout d'abord l'autorité de l'« éternel hier », c'est-à-dire celle des coutumes sanctifiées par leur validité immémoriale et par l'habitude enracinée en l'homme de les respecter. Tel est le « pouvoir traditionnel »... » (M. WEBER, *Le savant et le politique*, trad. franç., Paris, UGE 10/18, 1959 [1963], p. 126).

les droits de l'homme un discours relativiste, signifiant dans le fond qu'ils refusent qu'on leur applique les normes favorables aux plus vulnérables. Si l'on écoutait ceux qui ne se trouvent pas du côté du manche, peut-être l'universalité des droits de l'homme serait-elle infiniment moins difficile à justifier. Certes, je ne nie pas ce faisant les différences culturelles. Si l'on prend l'exemple des révolutions arabes de 2011, il était assez évident de réclamer l'établissement d'un Etat de droit, la fin des élections truquées, de l'intimidation des opposants, des arrestations arbitraires, de la torture et de la corruption « kleptocratique ». Il était bien moins simple de revendiquer la liberté de conscience totale et l'absence de religion officielle. De même, une liberté d'expression ou de comportement telle qu'on la connaît en Occident peut choquer dans des sociétés moins « libérées ». Le fait d'accepter l'égalité de l'homme et de la femme ou la supériorité des droits de l'homme par rapport aux impératifs religieux qui les contrediraient ne va sûrement nullement de soi, et nécessite donc un long travail d'éducation et de persuasion. Mais de telles remarques, attestant de la complexité de l'application des normes universelles dans des contextes culturels particuliers, n'invalident en aucune façon ma thèse suivant laquelle c'est le discours relativiste anti-ethnocentrique des despotes qu'il faut d'abord déconstruire pour nous rendre prêts à entendre les demandes universelles, jusque-là étouffées sous les « décombres ».

J'ai donc évité ici de me référer à un fondement transcendant des droits de l'homme, parce que, comme je l'indique dans *Philosophie des droits de l'homme*, il ne nous est plus possible – disons, pour faire bref, après Hume et Kant⁶² – de croire pouvoir nous appuyer sur une évidence rationaliste (comme l'ont tenté les théoriciens du droit naturel moderne) – et il y a longtemps, au moins depuis la Réforme, que la religion divise au lieu de réconcilier. Ce que je pressens, c'est qu'il existe une sorte de besoin universel qui se traduit en demande de droits de l'homme, même de façon non consciente, comme Monsieur Jourdain faisait de la prose⁶³. Et nous en arrivons à une remarque paradoxale, mais qui porte loin : les adversaires des droits de l'homme parlent très bien le langage de ces mêmes droits (la modestie relativiste et la tolérance de l'« Autre », l'accent mis sur les « spécificités culturelles » et la critique de l'ethnocentrisme sont des valeurs « humanistes »), alors que les voix qui les revendiquent sont soit étouffées soit trop affectées par la misère, l'ignorance et l'illettrisme pour que la formulation soit vraiment efficace. Certes, encore une fois, une telle extension universalisante des droits de l'homme ne possède pas le caractère rassurant et définitif de l'évidence « cartésienne ». Et elle reste vulnérable à l'argument plausible de celui qui, considérant la nature humaine comme trop faible (pécheresse et corrompue, dans le langage religieux), l'humanité comme un « bois tordu » qu'il est difficile de redresser⁶⁴, pense que le despotisme, au mieux éclairé, convient mieux

⁶² Voir *Philosophie des droits de l'homme*, *op. cit.*, chapitre V, section 4, « La « crise des fondements » des droits de l'homme ».

⁶³ « Par ma foi ! il y a plus de quarante ans que je dis de la prose sans que j'en susse rien, et je vous suis le plus obligé du monde de m'avoir appris cela » (MOLIÈRE, *Le Bourgeois gentilhomme* [1670], acte II, scène 4).

⁶⁴ « ... dans un bois aussi tordu que celui dont est fait l'homme, rien ne peut être taillé qui soit tout à fait droit » (KANT, *Idée d'une histoire universelle du point de vue cosmopolitique* [1784], Sixième proposition). Voir aussi KANT, *Réflexions sur l'éducation*, trad. franç., Paris,

aux hommes que l'utopie de l'exercice autonome des droits et la démocratie. En ce sens, il existe toujours un ultime résidu, irrésorbable comme tel, de décisionnisme.

Les droits de l'homme ont « émergé »⁶⁵ dans les sociétés humaines. A nous, si nous le voulons, de les soutenir et de les développer, notamment en choisissant soigneusement nos interlocuteurs. Peut-être faut-il renoncer à poser les questions en termes de fondement, ce qui suppose soit un univers ordonné (*cosmos*) qui a été « désenchanté » par la modernité, soit la reprise de la philosophie transcendante post-kantienne – telle qu'elle a été tentée par Habermas et Apel – position qui a montré sa fécondité, mais aussi ses limites⁶⁶. Dans le traité de Lisbonne, les « valeurs européennes » – qui correspondent *grosso modo* aux droits de l'homme et à la démocratie – sont présentées comme universelles⁶⁷. Cette formulation indique d'une part qu'elles ne sont pas particulières, c'est-à-dire « réservées » à des privilégiés (Européens ou Occidentaux – dans la classification des civilisations proposée par Huntington⁶⁸), d'autre part qu'elles sont offertes à tous ceux qui veulent bien s'en saisir et s'en prévaloir. L'Europe ayant bien entendu renoncé à imposer ses valeurs – à

Vrin, 1980, p. 71 et s. Ces *Réflexions* contiennent la matière des cours de pédagogie donnés par Kant entre 1776 et 1787. Dans le même ordre d'idées, Kant refusait le droit de résistance à l'oppression, élément essentiel du système des droits de l'homme. Voir A. PHILONENKO, *L'œuvre de Kant II*, Paris, Vrin, 1988, p. 51 et s. Voir aussi I. BERLIN, *The crooked timber of humanity : chapters in the history of ideas*, New York, Vintage Books, 1992.

⁶⁵ En bon matérialiste « darwinien », je pense que l'évolution a lieu sans plan transcendant, et qu'en ce sens l'expression heideggérienne de *Geworfenheit* (déréliction, « être-jeté dans le monde ») apparaît particulièrement pertinente, sans que nous devions pour autant accepter les présuppositions « fortes » de *Sein und Zeit*.

⁶⁶ Habermas et Apel ont montré que des valeurs universelles se trouvaient présentes en germe dans tout processus de communication. Or la communication a nécessairement lieu dès lors que les problèmes posés par la vie en société ne peuvent être résolus dans le cadre d'une tradition donnée. Et même au sein de cette dernière, la discussion a « toujours déjà » eu lieu pour résoudre des problèmes locaux et particuliers. Il y a une « éthique du discours » (*Diskursethik*), qui fait partie des conditions pragmatiques de tout acte de communication (c'est la notion de « pragmatique transcendante ») : le respect de l'autre interlocuteur, considéré comme libre et égal, l'acceptation de la force du meilleur argument, etc. Mais la tentative faite par Apel de fonder de façon « transcendante » les droits de l'homme à partir de l'éthique du discours (Habermas est bien plus modeste sur ce point) n'élimine pas tout à fait le résidu de décisionnisme dont je parlais plus haut. Je ne peux bien sûr pas développer de tels thèmes, ultratechniques, dans le cadre de cet article.

On peut aussi mentionner la tentative de John Rawls de fonder les droits de l'homme sur la théorie des jeux revisitée (*A theory of Justice*, 1971), puis sur un consensus par recoupement (*overlapping consensus*) entre conceptions « raisonnables » du Bien (*Political liberalism*, 1993).

⁶⁷ « S'inspirant des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe, à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'Etat de droit... » (traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 à Lisbonne entre les vingt-sept Etats membres de l'Union européenne).

⁶⁸ S. P. HUNTINGTON, *Le choc des civilisations*, trad. franç., Paris, Odile Jacob, 1997, chapitre II, « Les civilisations hier et aujourd'hui » (p. 43 et s. de l'édition de poche).

les « universaliser » – par la force, il reste une offre, et de nouveau se pose la question des interlocuteurs. Les despotes habiles à parler le langage de l’ethnocentrisme refuseront une telle initiative, au nom de leur souveraineté, de la pluralité des « civilisations », de valeurs liées aux spécificités culturelles, etc. Mais les peuples pourront petit à petit reconnaître dans ces valeurs un patrimoine universel, une réserve de résistance à la tyrannie, c’est-à-dire à la tendance véritablement universelle du pouvoir à l’abus et à l’excès.

La suite de mon itinéraire, cette fois au sein de la philosophie du droit, relève d’une autre histoire, que je raconterai un jour si l’occasion et le temps m’en sont donnés ⁶⁹.

⁶⁹ Quelques références quand même à certains de mes textes ultérieurs : *La laïcité*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », 1996, 5^e éd. remaniée : 2011 ; *Le fantôme de la liberté*, Bruxelles, Ed. Labor, 1997, 93 p., 3^e éd. : 2007 ; *Les démocraties survivront-elles au terrorisme ?*, Bruxelles, Ed. Labor, 2002, 92 p. ; 3^e éd. : 2010 ; et environ deux cents articles dans lesquels je tente de déchiffrer les enjeux d’une justice et d’une politique à dimension humaine, à distance des séductions du *Weltgericht* hégélien.

Notices biographiques

Julie Allard (1975) est chercheur qualifiée du FNRS à l'Université libre de Bruxelles (ULB), où elle a succédé à Guy Haarscher pour l'enseignement des cours de philosophie du droit et de philosophie morale. Après avoir longtemps mené ses recherches au Centre Perelman de philosophie du droit, au sein duquel elle a rédigé sa thèse de doctorat sur le modèle réfléchissant de Kant appliqué au jugement judiciaire, Julie Allard dirige aujourd'hui le Centre de droit public de l'ULB. Chercheur associée à l'Institut des hautes études sur la justice à Paris, elle mène ses travaux sur la justice et plus spécifiquement sur l'action des juges. Elle est ainsi souvent sollicitée pour participer à l'étranger aux formations des magistrats, en particulier au sein de l'Ecole nationale de la magistrature. Parmi les publications principales de Julie Allard : *Dworkin et Kant. Réflexions sur le jugement*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001 ; *Les juges dans la mondialisation* (avec A. Garapon), Seuil, 2005 ; *Les vertus du juge* (avec A. Garapon et F. Gros), Dalloz, 2005 ; *Juger les droits de l'homme. Europe et Etats-Unis face à face* (avec G. Haarscher *et al.*), Bruylant, 2008.

Marc Angenot est historien des idées et théoricien de la rhétorique. Il est docteur en philosophie et lettres de l'Université libre de Bruxelles. Il est depuis 1967 professeur à l'Université McGill de Montréal. Il a été nommé en 2001 à une chaire de recherche, le *James McGill Professorship* d'étude du discours social. Il est membre de l'Académie des lettres et des sciences humaines, une des composantes de la Société royale du Canada. Le prix du Québec Léon-Gérin lui a été décerné en 2005 pour l'ensemble de son œuvre. Ses derniers livres s'intitulent *Dialogues de sourds, traité de rhétorique antilogique* (Mille et une nuits, 2008) et *En quoi sommes-nous encore pieux ?* (Presses de l'Université Laval, 2010).

Il a été titulaire pour 2011-2012 de la Chaire Perelman à l'Université libre de Bruxelles.

Docteur en histoire et docteur ès-lettres et sciences humaines de l'Université Paris IV-Sorbonne, docteur *honoris causa* de l'Université libre de Bruxelles, **Jean Baubérot** est président d'honneur de l'École pratique des hautes études en Sorbonne, et professeur émérite à l'EPHE où il a été titulaire de la chaire « Histoire et sociologie de la laïcité » jusqu'en 2007. En 1995, il a fondé le GSRL (Groupe Sociétés, Religions, Laïcités CNRS-EPHE) qu'il a dirigé jusqu'en 2002 et dont il est toujours membre. Ses derniers ouvrages sont : *La laïcité falsifiée* (La Découverte, 2012), *Laïcités sans frontières* (avec M. Milot, Seuil, 2011), *Sacrée médecine : histoire et devenir d'un sanctuaire de la Raison* (Entrelacs, avec R. Liogier, 2010), *Histoire de la laïcité en France* (PUF, 5^e éd. refondue, 2010).

Thomas Berns (1967) enseigne la philosophie politique et l'éthique à l'Université libre de Bruxelles. Après avoir longtemps développé ses recherches au sein du Centre Perelman de philosophie du droit (www.philodroit.be), il dirige maintenant le PHI – Centre de recherche en philosophie de l'Université Libre de Bruxelles : <http://phi.ulb.ac.be/index.php>.

Docteur en philosophie de l'ULB, maître en Etudes sur la Renaissance à l'Université de Ferrara, il a obtenu pour sa thèse de doctorat sur la philosophie politique à la Renaissance, le prix de la Fondation Halkin-Williot.

Philosophe du politique, du droit et des normes au sens large, il est l'auteur de *Violence de la loi à la Renaissance* (Kimé, 2000), *Droit, souveraineté et gouvernementalité* (Léo Scheer, 2005), *Gouverner sans gouverner. Une archéologie politique de la statistique* (PUF, 2009) et le co-auteur de *Responsabilités des entreprises et corégulation* (Bruylant, 2007) et de *Du courage. Une histoire philosophique* (Les Belles Lettres, 2010). Ses travaux actuels portent, outre sur la pensée politique à la Renaissance et au seuil de la modernité, sur la question générale de la guerre et la philosophie des relations internationales, et sur les nouvelles formes de normativité comme le contrôle statistique ou le gouvernement par le rapport...

Il est secrétaire général de l'Institut interuniversitaire Renaissance et Humanisme (Bruxelles), membre des comités de rédaction des revues *Multitudes* (Paris) et *Dissensus* (Liège), et du « Conseil de la transmission de la mémoire » (Communauté française de Belgique).

George C. Christie is James B. Duke Professor of Law at Duke University School of Law. He earned his B.A. and J.D. from Columbia, his Diploma in International Law from Cambridge, and his S.J.D. from Harvard. He also holds an Honorary Doctorate from the University of Athens. He has been a Fellow at the National Humanities Center in the United States and a Visiting Fellow at the Research School of Social Sciences of the Australian National University. In addition to many articles, he has written a number of books, including *Law, Norms and Authority* (1982), *The Notion of an Ideal Audience in Legal Argument* (2000) (French transl. 2005, G. Haarscher), *Philosopher Kings? The Adjudication of Conflicting Human Rights and Social Values* (2011), and has been the lead author of casebooks on Jurisprudence and Torts.

Lambros Couloubaritsis est professeur émérite à l'Université libre de Bruxelles, membre de l'Académie royale de Belgique et docteur *honoris causa* de plusieurs universités (Oradea, Crète, Athènes, Liège, Lille 3 et Thessalonique). Il a publié deux

cents études et cinq livres : *La Physique* d'Aristote (Ousia, 1997² (1980)) ; *La pensée de Parménide* (Ousia, 2008³ (1986)) ; *Aux origines de la philosophie européenne. De la pensée archaïque au néoplatonisme* (De Boeck, 2003⁴ (1992)) (prix Gegner de l'Académie française et prix Duculot de l'Académie royale de Belgique) ; *Histoire de la philosophie ancienne et médiévale* (Grasset, 1998) (prix Montyon de littérature et de philosophie de l'Académie française) ; *La proximité et la question de la souffrance humaine* (Ousia, 2005). Il a également dirigé seul ou en collaboration une vingtaine d'ouvrages collectifs.

Emmanuelle Danblon est professeur de rhétorique à l'Université libre de Bruxelles. Elle est l'auteur de plusieurs ouvrages de rhétorique et argumentation et a dirigé ou co-dirigé plusieurs ouvrages collectifs dans la discipline. Elle dirige le Groupe de recherche en Rhétorique et en Argumentation linguistique (<http://gral.ulb.ac.be>). Elle est secrétaire générale de la Fondation Perelman de Bruxelles.

Ses domaines de recherche sont la rhétorique, l'argumentation, la rationalité, l'épistémologie des disciplines, l'étude des genres de discours en lien avec les institutions.

Elle a publié *Rhétorique et rationalité. Essai sur l'émergence de la critique et de la persuasion* (Editions de l'Université de Bruxelles, 2002) ; *Argumenter en démocratie* (Labor, 2004) ; *La fonction persuasive. Anthropologie du discours rhétorique. Origines, actualité* (Armand Colin, 2005) ; *Culture, raison, action* (Cerf, 2013).

La biographie de **Guy Haarscher**, professeur émérite à l'Université libre de Bruxelles, est exposée dans la Préface de ce volume.

Micheline Milot est professeure titulaire au département de sociologie, à l'Université du Québec à Montréal et codirectrice du Centre d'études ethniques des universités montréalaises. Elle est lauréate du prix d'excellence en sciences sociales dans la Francophonie de la Fondation Mattéi-Dogan, en collaboration avec la Maison des sciences de l'homme (Paris, 2008). Elle a été experte pour le Conseil de l'Europe, au Comité de l'Éducation (2005-2008), et membre du Comité conseil de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles (Québec). Entre autres publications : J. Baubérot et M. Milot, *Laïcités sans frontières* (Seuil, 2011) ; M. Milot, P. Portier et J.-P. Willaime (dir.), *Pluralisme religieux et citoyenneté* (Presses Universitaires de Rennes, 2010) ; *Archives des sciences sociales des religions*, (responsable du numéro spécial) « Les Laïcités dans les Amériques », 2009 ; M. Milot, *La laïcité* (Novalis, 2008) ; M. Milot, *Laïcité dans le Nouveau Monde. Le cas du Québec* (Brepols Publishers, 2002).

Francis J. Mootz III became Dean and Professor of Law at The University of the Pacific, McGeorge School of Law on June 1, 2012. Prior to this appointment, he served as Associate Dean for Faculty Development and Professor of Law at the William S. Boyd School of Law, and has also taught at Penn State Dickinson School of Law, William & Mary, and Western New England School of Law. He received his B.A. in History from the University of Notre Dame, an A.M. in Philosophy from Duke University Graduate School, and a J.D. from Duke University School of Law.

Mootz has written in traditional doctrinal areas such as insurance, contract and sales law, and he also has undertaken an ambitious agenda of interdisciplinary scholarship exploring relationships between law and contemporary European philosophy. His jurisprudential interests center on the philosophy of interpretation and rhetorical philosophy. His books include *Law, Hermeneutics and Rhetoric* (Ashgate Press, 2010), *Rhetorical Knowledge in Legal Practice and Critical Legal Theory* (University of Alabama Press, 2006) and his edited volumes include *The Semiotics of Law in Legal Education* (Springer, 2011) (with Jan M. Broekman), *Gadamer and Ricoeur: Critical Horizons for Contemporary Hermeneutics* (Continuum, 2011) (with George H. Taylor), and *On Philosophy in American Law* (Cambridge University Press, 2009).

Michel Rosenfeld is the Justice Sydney L. Robins Professor of Human Rights and director of the Program on Global and Comparative Constitutional Theory at the Benjamin N. Cardozo School of Law in New York City. He is the author of several books, including *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials* (2d. Ed. West Publishers, 2010) (with Baer, Dorsen, and Sajo), *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community* (Routledge, 2010) and *Law, Justice, Democracy and the Clash of Cultures: A Pluralist Account* (Cambridge U. Press, 2011) and most recently the coeditor of *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford U. Press, 2012) (with Andras Sajo). Professor Rosenfeld is president of the United States Association of Constitutional Law, co-editor-in-chief of the *International Journal of Constitutional Law* (I•CON), and was president of the International Association of Constitutional Law (1999-2004). He was awarded the French Legion of Honor in 2004 and in 2007-2008 held an International Blaise Pascal Research Chair at the Ecole Normale Supérieure in Paris, and in 2011, the Perelman Chair in Legal Philosophy at the Free University of Brussels.

Michel Troper est professeur émérite à l'Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense, où il dirigeait le Centre de Théorie du Droit. Il a été membre de l'Institut universitaire de France. Il est président d'honneur de la SFPJ (Société française de philosophie politique et juridique) et de l'Association française de droit constitutionnel. Il a été professeur invité dans de nombreuses universités étrangères, dont l'Université de Chicago, Boston College, la Cardozo School of Law, l'Université Suor Orsola Benincasa de Naples, l'Institut universitaire européen, l'Université libre de Bruxelles, la CEU de Budapest, NYU. Parmi ses publications, *Pour une théorie juridique de l'Etat* (PUF 1995) ; *Le droit, la théorie du droit, l'Etat* (PUF, 2001) ; *La philosophie du droit* (PUF, 2002) ; *Droit constitutionnel* (LGDJ, 2011) (avec Francis Hamon) ; *Le droit et la nécessité* (PUF, 2011) ; *Traité international de droit constitutionnel* (Dalloz, 2012) (avec Dominique Chagnollaud).

Luc Wintgens (1959) est professeur de théorie et de philosophie du droit aux Universités de Bruxelles (HUB-KUB) et de Louvain (KULeuven). Il est master et docteur en droit (KU Leuven, 1982 et 1990) ainsi que master (KULeuven, 1985) et docteur en philosophie et lettres (ULB, 2005). Il a également obtenu le diplôme de *master of laws* à l'Université de Yale (1990) et le diplôme d'études approfondies en philosophie du droit (Université Paris II, 1984).

Dans sa recherche scientifique, il s'occupe essentiellement des fondations de la législation, ce qui l'a mené à forger le terme de « légisprudence ». Il est le directeur de Centre de législation, régulation et légisprudence (CLRL) à Bruxelles.

Il a publié plusieurs livres, dont *Rechtspositivisme en wetspositivisme. Een rechtstheoretische en rechtsfilosofische analyse* (Story-Scientia, 1991), *Droit, principes et théories* (Bruylant, 2000), *Legisprudence. A New Theoretical Approach to Legislation* (Hart Publishing, 2002), *The Theory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence* (Ashgate, 2005), *Legislation in Context. Essays in Legisprudence* (Ashgate, 2007) et *Legisprudence. Practical Reason in Legislation* (Ashgate, 2011).

Il est le fondateur de la revue *Legisprudence. International Journal for the Study of Legislation*, fondée en 2007, ainsi que de la série *Acta van het Centrum voor Wetgeving, Regulering en Legisprudentie* (Larcier). Tout récemment, il a fondé la nouvelle collection *Legisprudence Library. Studies on the Theory and Practice of Legislation*, publiée par Springer.

Table des matières

Préface.	
A Guy Haarscher	
Thomas BERNES et Julie ALLARD	7
Portrait intellectuel de Guy Haarscher	
Le libre examen en action ou la rhétorique dans la vie publique	
Emmanuelle DANBLON	11
L'autonomie de la théorie constitutionnelle	
Michel TROPER	17
The Merger of Morality, Politics, and Law in the Adjudicatory Process	
George C. CHRISTIE	29
La philosophie, un anti-juridisme ?	
Julie ALLARD	39
Right Rhetoric : What Lawyers May Learn from the Study of Rhetoric	
Francis J. MOOTZ III	55
Philosophy in law? A legal-philosophical inquiry	
Michel ROSENFELD	63
Brèves remarques sur le légalisme : droit et règle	
Luc J. WINTGENS	83
La moralité purement interne du droit ou l'art de la retenue et de la connexion	
Thomas BERNES	93

La question de la « régulation » éclairée par la démocratie antique Lambros COULOUBARITSIS	103
L’historien en robe de procureur La notion de responsabilité morale/juridique chez les historiens Marc ANGENOT	123
La laïcité, au croisement de la philosophie politique et du droit Micheline MILOT et Jean BAUBÉROT.....	145
Du tribunal du monde à la justice humaine. Un itinéraire Guy HAARSCHER.....	157
Liste des auteurs.....	175
Table des matières.....	181



Fondées en 1972, les Editions de l'Université de Bruxelles sont un département de l'Université libre de Bruxelles (Belgique). Elles publient des ouvrages de recherche et des manuels universitaires d'auteurs issus de l'Union européenne.

Principales collections et directeurs de collection

- Commentaire J. Mégret (Comité de rédaction : Marianne Dony (directeur), Emmanuelle Bribosia (secrétaire de rédaction), Claude Blumann, Jacques Bourgeois, Laurence Idot, Jean-Paul Jacqué, Henry Labayle, Fabrice Picod)
- Architecture, aménagement du territoire et environnement (Christian Vandermotten et Jean-Louis Genard)
- Economie (Henri Capron)
- Education (Françoise Thys-Clément)
- Etudes européennes (Marianne Dony et François Foret)
- Histoire (Eliane Gubin et Kenneth Bertrams)
- Philosophie et société (Jean-Marc Ferry et Nathalie Zaccari-Reyners)
- Quête de sens (Manuel Couvreur et Marie-Soleil Frère)
- Religion, laïcité et société (Monique Weis)
- Science politique (Pascal Delwit)
- Sociologie et anthropologie (Mateo Alaluf et Pierre Desmarez)
- Statistique et mathématiques appliquées
- UBlire (collection de poche)

Elles éditent trois séries thématiques, les *Problèmes d'histoire des religions* (direction : Alain Dierkens), les *Etudes sur le XVIII^e siècle* (direction : Valérie André et Brigitte D'Hainaut-Zveny) et *Sextant* (direction : Eliane Gubin et Valérie Piette).

Des ouvrages des Editions de l'Université de Bruxelles figurent sur le site de la Digithèque de l'ULB. Ils sont aussi accessibles via le site des Editions.

Founded in 1972, Editions de l'Université de Bruxelles is a department of the Université libre de Bruxelles (Belgium). It publishes textbooks, university level and research oriented books in law, political science, economics, sociology, history, philosophy, ...

Editions de l'Université de Bruxelles, avenue Paul Héger 26 - CPI 163, 1000 Bruxelles, Belgique

EDITIONS@ulb.ac.be

<http://www.editions-universite-bruxelles.be>

Fax +32 (0) 2 650 37 94

Direction, droits étrangers : Michèle Mat.

Diffusion/distribution : Interforum Benelux (Belgique, Pays-Bas et grand-duché de Luxembourg) ; SODIS/ToThèmes (France) ; Servidis (Suisse) ; Somabec (Canada).

