

LES JURISTES ET LA PHILOSOPHIE DU DROIT

FRANÇOIS TERRÉ

Qu'est-ce que les juristes attendent de la philosophie du droit? La question aurait paru des plus étranges dans le monde antique. La symbiose des savoirs correspondait à une harmonie naturelle. Dans la formation de l'homme grec, c'est même sur le modèle de l'organisation de la cité que s'est dégagée la vision philosophique du cosmos.¹ Longtemps encore, à Rome notamment, cet accord fondamental a persisté.

Les temps modernes ont provoqué une prodigieuse extension du savoir humain, et l'impossibilité, pour quiconque, d'acquérir une culture encyclopédique. A ce relatif cloisonnement, envers du progrès, la communication et le dialogue portent remède. Encore faut-il qu'ils soient voulus et conduits avec conscience et méthode. Ces exigences ont-elles été satisfaites?

Surtout en France — et en dépit de l'influence bénéfique d'auteurs considérables tels que Michel Villey — on observe à cet égard une distorsion. Sans doute, derrière les règles et les solutions qui composent les divers systèmes juridiques, s'accorde-t-on à reconnaître, fut-ce implicitement, qu'il existe des considérations et des finalités d'ordre fondamental. Mais, selon le point de départ de la réflexion, se dégagent deux types de

¹ V. Werner Jaeger, *Paideia, La formation de l'homme grec*, trad. franç. éd. Gallimard 1964, p. 109 et s.

réflexions dont les différences sont plus ou moins accusées. Allant du droit au métajuridique, on dessine les grandes lignes de ce qu'on appelle la *théorie générale du droit*; on décrit les axes et les finalités de ce que le droit doit être, de ce qu'on appelle parfois la *déontologie juridique*.² La démarche inverse semble davantage provenir d'un horizon extérieur au droit, la pensée philosophique tendant à préciser non seulement ce que le droit peut et doit être et ce qu'il est (ontologie juridique),³ mais, plus amplement, sa signification métaphysique. Et c'est d'une dualité entre une philosophie *du* droit et une philosophie *sur* le droit que sont nés de fréquents malentendus.⁴

A notre époque, alors que se manifeste chaque jour davantage, et de tous côtés, une "nouvelle alliance"⁵ favorisant le dialogue des savoirs, il n'est pas inutile de rappeler les problèmes essentiels auxquels se trouvent confrontés les juristes. En un temps de crise des sources, du message et de l'application du droit, on prend conscience de l'existence d'interrogations d'ordre philosophique que le "juridisme" contemporain sousestime.

*

* *

Du côté des sources du droit, aux deux pôles du juridique,⁶ la règle et le jugement, deux phénomènes de crise — de déclin ou de croissance? — sont fréquemment analysés par les juris-

² V. Bobbio, "La fonction actuelle de la philosophie du droit en Italie", in *Méthode sociologique et droit*, Ann. Fac. Droit Strasbourg, t. V, 1958, p. 9 et s.

³ V. J.-L. Vullierme, *Eléments d'ontologie juridique (Res, Nomos, Poiesis, Fons juris)*, thèse Paris II, 1981.

⁴ V. par ex., J.-L. Gardies, *De quelques malentendus entre Hegel et les juristes in Hegel et la philosophie du droit*, par E. Weil, K.-H. Ilting, E. Fleischmann, B. Bourgeois et J.-L. Gardies, P.U.F. 1979, p. 131 et s.

⁵ I. Prigogine et I. Stengers, *La Nouvelle Alliance, Métamorphose de la science*, Paris, 1979.

⁶ V. J. Carbonnier, *Flexible droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 5ème éd. 1983, p. 87 et s.

tes. Les questions qu'ils posent ne peuvent trouver de réponse dans le droit seul, coupé de la philosophie.

Dans la tradition révolutionnaire, la volonté générale relie l'individu et la nation: la loi est l'expression de la volonté générale. Mythe? Le fait est que la croyance qui s'y est attachée est, de toute façon, restée longtemps assez forte. Or un double recul s'est manifesté à notre époque, affectant à la fois la généralité et la volonté. La loi est reconnue comme telle parce qu'elle exprime la volonté de "gouvernants" — au sens large du mot — qui traduisent les aspirations des citoyens. Autant dire que la *situation* dans laquelle se trouve le législateur lorsqu'il légifère prend une importance décisive. La loi a cessé d'être l'expression de la volonté générale pour devenir — ou redevenir — l'expression de la volonté du législateur, d'un législateur.

Ces constatations pouvaient déjà être formulées il y a plus d'un demi-siècle. Mais, depuis lors, le mouvement s'est amplifié de telle manière que la loi a même cessé, durant cette période, de pouvoir, en maintes circonstances, être considérée comme l'expression de la volonté du législateur; elle est souvent devenue, malgré les apparences, l'expression d'autres volontés, sous l'influence grandissante de la technicité et de la spécialité.

Au recul de la généralité s'est ajouté un recul du volontarisme: par l'effet d'un double courant, le "législateur juridique" a cessé de pouvoir exprimer aussi facilement que par le passé une *volonté* générale. D'une part, des groupes de pression, exprimant les intérêts de catégories sociales ou professionnelles déterminées ont limité beaucoup plus que précédemment les choix législatifs. D'autre part, la législation s'est inclinée davantage devant les données que révèle l'analyse de la réalité. Il y a eu, en ce sens, une revanche du fait sur le droit, portant celui-ci à s'aligner davantage sur celui-là.

Des considérations d'ordre idéologique expliquent cette tendance. Telle qu'elle avait été finalement retenue à l'aube de l'époque contemporaine, la loi ne tendait pas à assurer le bonheur, mais seulement, dans une vision kantienne, à assurer la coexistence des individus; elle n'était pas "un instrument

de leur solidarité.⁷ "Elle crée des cadres, mais ils sont vides".⁸ Et l'on a constaté que cette conception restrictive de la loi, influencée par l'idéologie révolutionnaire, n'avait pu s'établir en France que parce qu'une philosophie libérale avait triomphé. Or, dès que les assauts ont été portés à la prédominance de la classe bourgeoise, l'attitude restrictive antérieurement adoptée en matière de législation a cessé d'être jugée suffisante.

De ces constatations, de ces explications, découlent nécessairement des interrogations à la philosophie. Pas seulement parce qu'elles impliquent une réflexion sur la destinée du Kantisme.⁹ Mais aussi parce que le droit a besoin d'une lumière extérieure pour fixer le rôle de la loi par rapport au droit et aux valeurs qui l'inspirent dans la société contemporaine.

D'autant plus qu'outre ses origines, les caractères de la loi sont en cause. Dans la tradition révolutionnaire, l'idée de loi est reliée à la raison, en ce sens que la loi, c'est la raison humaine traduite, interprétée ou manifestée par la volonté générale. A travers la loi, la raison enseigne, organise, condamne. Son prestige et son empire sont tels que l'observation des faits est négligeable, ou singulièrement négligée. La loi présente alors un caractère (assez) immuable. Sinon dans son essence, du moins dans sa nature, il y a un élément fondamental d'immuabilité, dès lors que la législation est adaptée. En outre, les deux considérations n'étant pas indépendantes, la loi présente un caractère abstrait, car l'abstraction est une des conditions de sa durée.

L'idéologie de l'époque se manifeste par ces caractères. Elle tend à éviter que les lois soient trop subtiles et trop nombreuses. Il est vain de vouloir tout prévoir. Il faut s'en tenir principalement aux idées générales, car c'est le seul moyen de maintenir un contact étroit et harmonieux entre la loi et

⁷ G. Burdeau, *Essai sur l'évolution de la loi en droit français*, Arch. phil. droit 1939, p. 20.

⁸ G. Burdeau, art. préc., p. 21.

⁹ V. C. Höffe, *Introduction à la philosophie pratique de Kant, La morale, le droit et la religion*, 1985.

le droit. La fonction du législateur ne consiste pas, en effet, à gouverner les hommes. Voilà pourquoi la loi est apolitique — au sens moderne du mot — et générale, tant par son objet que par son domaine. Sa généralité complète le portrait révolutionnaire.

En portant atteinte à ces caractères, notre temps a diminué le prestige traditionnel de la loi. Celle-ci est, de nos jours, désacralisée et déstabilisée. Désacralisée, parce qu'une meilleure connaissance de sa formation et, fatalement, une certaine disparition du mystère de sa genèse, ont encouragé les interventions de toutes sortes. Déstabilisée, parce que, dans un milieu social instable, on est constamment enclin à chercher des responsables et à réclamer des changements. D'où une prolifération des lois qui a renouvelé la réflexion sur la rationalité du droit.

Du côté du jugement, les questions posées par le droit à la philosophie ne sont pas moins évidentes. Il suffit, pour le voir, d'observer l'évolution du phénomène judiciaire en France. Trois considérations d'ordre général commandent à ce propos l'orientation des idées, fut-ce à l'horizon de l'an 2000.

La première est liée à la croissance constante et ininterrompue du besoin de juristes dans la société de l'ère post-industrielle. L'observation n'est pas originale. On l'a reliée au passage d'un type de droit à un autre; on y a vu un signe de rationalisation du milieu social et juridique. La diffusion de la connaissance juridique, le combat accru de chacun pour ses droits, la multiplication de ceux-ci, bien d'autres facteurs encore expliquent le phénomène, lié à l'importance grandissante du secteur tertiaire, en France et à l'étranger. C'est dans ce contexte général qu'on pense l'avenir des gens de droit, et plus largement le rôle grandissant du droit dans la société de notre temps.

Une deuxième considération concerne plus précisément les gens de robe. Depuis une trentaine d'années, l'on constate en France la forte croissance du nombre des procès. On parle même volontiers d'une *explosion judiciaire*. Beaucoup de causes sont à l'origine de celle-ci. Quand on tente de dégager un dénominateur commun à toutes les réformes législatives qui,

depuis quelques décennies, ont marqué l'évolution profonde du droit français, on ne peut manquer de relever l'extension tous terrains — civil, pénal, commercial, procédural... — de l'office du juge: juge des enfants, juge de l'application des peines, juge des tutelles, juge de la mise en état, juge aux affaires matrimoniales... "La "juridiction" a étendu son empire. Le juge ne se contente plus de dire le droit. Il administre des patrimoines. Il redistribue des richesses. Il modère les prix, les peines et les passions. Il a même vu grandir sa puissance charismatique.

L'afflux des procès ne cesse de s'amplifier, sans que le corps judiciaire puisse, malgré d'immenses efforts et des trésors d'imagination, absorber à la cadence voulue le flot des affaires nouvelles. La justice n'arrive plus à combler le retard; tout au plus parvient-elle à éviter que celui-ci s'accroisse. Ce qui tient du prodige si, par rapport au nombre des affaires, on compare ce qu'est aujourd'hui le nombre des magistrats à ce qu'il était il y a un demi-siècle.

Allant de pair avec l'accroissement du mécontentement ou de la lassitude des justiciables, attitudes toutes deux malsaines, l'augmentation du nombre des procès suscite une interrogation d'ordre quantitatif, relativement au nombre des magistrats. De prime abord l'on peut penser que, dans un pays, une justice n'est pas *nécessairement* améliorée par l'accroissement du nombre des juges. Et il est possible que d'autres démarches puissent aussi remédier à la crise actuelle de la justice: traitement approprié des contentieux de masse (si tant est qu'il y en ait beaucoup); recours accru à la conciliation et à l'arbitrage; allègement (nécessairement limité) de la motivation; amélioration de l'aide à la décision... Reste quand même nécessaire, en France, une notable augmentation du nombre des magistrats.

D'autant plus que, loin de décroître ou de se stabiliser, le mouvement d'expansion du contentieux ne fera que s'amplifier dans un avenir relativement proche. Il faut insister ici sur deux facteurs nouveaux d'expansion: la décentralisation qui favorise, à de nouveaux étages de l'organisation administrative et politique, l'apparition et l'extension de nouvelles

aires de contentieux; la déréglementation qui ne peut qu'entraîner du côté du judiciaire le traitement de difficultés d'ordre juridique antérieurement assuré de manière prépondérante à l'aide d'une excessive réglementation de droit écrit. L'image des contrepoids n'a rien d'original. Elle n'en est pas moins exacte.¹⁰ Bref, c'est sur le terrain de la philosophie, qu'en dernière analyse, la question doit être posée.

Non sans qu'une troisième considération ait été mise en relation avec la précédente. Car le besoin grandissant de juristes gravitant autour de la justice en tant qu'elle est une organisation — besoin de magistrats, besoin d'avocats — va de pair avec la nécessité fréquemment ressentie et affirmée dans notre pays de la qualité de ces professions. Que puisse être aussi prise en compte une réflexion renouvelée sur la division du travail judiciaire, sur les vicissitudes de la relation bipolaire magistrat-avocat, ce n'est pas contestable. Mais surtout, ce qui émerge c'est une interrogation peu orthodoxe par rapport aux relations en proportions inverses de la quantité et de la qualité: comment réussir, tout à la fois, à augmenter le nombre et à améliorer la qualité?

*

* *

L'on voit bien alors que les questions en cause ne relèvent pas simplement de l'organisation, de l'intendance, du personnel. Elles ramènent à l'essence du droit, aux fonctions et aux fondements de celui-ci. Elles impliquent pour être appréhendées de satisfaisante manière une démarche d'ordre philosophique. Comment concevoir un système judiciaire, ou ce qui s'en rapproche, sans réflexion sur la relation entre la justice et le droit.

L'analyse de cette relation — si tant est qu'il n'y en ait qu'une — guide la pensée antique. Tant que l'ordre des sociétés humaines découle de l'ordre du monde, de son harmo-

¹⁰ V., parmi d'innombrables exemples, Spinoza, *Traité politique*, trad. franç. par S. Zac, éd. Vrin, 1968.

nie, de son équilibre, de son rythme, le discours sur le droit — sa philosophie même — est un discours sur la justice. Le modèle antique auquel correspond celle-ci la place en symbiose avec le droit: la justice est une finalité du droit; elle en est plus exactement la finalité. Aristote, puis d'autres philosophes de l'Antiquité, ont fondé une tradition bien connue, et longtemps solide, de la pensée juridique. Relation étroite, satisfaisant l'esprit: il y a une primauté du juste dans le droit et par le droit.

Même quand, les siècles ayant passé, s'opèrent les grands renversements liés à l'essor du nominalisme, à l'éclatement des savoirs dû aux progrès de la science moderne, au développement des sociétés industrielles, la relation entre la justice et le droit demeure fondamentale: l'une reste la fin de l'autre. Même les révolutions anglaise, américaine, française s'opèrent tout à la fois au nom de la justice et par le droit. Pas de révolution au nom de l'injustice ni sans l'aide du droit.

Reste que — Enlightenment, Aufklärung ou Lumières — la justice semble perdre sinon une position privilégiée, du moins une position exclusive en tant que finalité du droit. D'autres inspirations l'accompagnent, nées d'elles ou à côté d'elle, de manière plus ou moins ostensible. Les étapes de cette évolution, de la crise de la conscience européenne à la tourmente de 89, sont diverses. L'essor de l'utilitarisme a favorisé une dislocation du lien entre le juste et l'utile. Et puis le mouvement des idées a facilité l'émergence du concept moderne de liberté, la Déclaration de 1789, "charte de la liberté civique", et plus tard le développement d'une idéologie de cette Révolution française considérée par Michelet comme une célébration liturgique de la liberté humaine.

Le cours des événements et le mouvement des idées ont de la sorte entraîné un certain recul de l'importance de la justice dans le discours sur le droit et la philosophie du droit. La remise en cause de plus en plus forte des théories du droit naturel et la puissance grandissante du positivisme juridique ont accentué le courant. La référence à la justice a été souvent recouverte, effacée, oubliée. On dit, à tort ou à raison, que les gens heureux vivent comme si le droit n'existait pas. On peut

aussi se demander si les juristes heureux, ou du moins tranquilles, ont, à une certaine époque, décidé de vivre comme si la justice ne les regardait pas. Et comme si Kelsen leur suffisait.

Sans doute ne sauraient-ils être indifférents aux réflexions qu'a suscitées le droit du côté de la forme. La forme du droit, son expression, ses signes — il y a une sémiologie juridique¹¹ —, son langage, tout cela est révélateur. Mais, philosophiquement, la réflexion s'est orientée dans deux directions qui ne suffisent pas à contenter les juristes aux prises avec le réel.

Le côté de la règle, tout d'abord. On dit alors plus volontiers: de la norme. Aussitôt se présente une liste de propositions dont les conclusions appellent des réactions critiques. La norme juridique, une norme sanctionnée? La sanction est alors envisagée comme étant extérieure à la règle. Mais qu'est-ce exactement que cette sanction? On la dit socialement, *juridiquement* organisée, ce qui suppose un droit qui l'aménage et introduit la réflexion dans un cercle vicieux. D'où une autre proposition: la norme juridique serait celle qui est assortie d'une contrainte. A quoi l'on répond aisément que la contrainte n'est pas propre à l'ordre juridique. Et si, s'attachant davantage à la structure de la règle, l'on estime, après Kant, que les normes juridiques sont des normes hypothétiques, distinctes en cela des normes morales et des impératifs catégoriques, l'on s'expose à maintes objections, principalement du fait que toute norme peut emprunter la forme d'une proposition conditionnelle ou inconditionnelle.

Du côté du jugement, la démarche de type formel n'est pas plus satisfaisante. En quête d'une signification du juridique, l'on a soutenu, d'un point de vue phénoménologique, que les instruments juridiques constitueraient, en leur qualité d'instruments de jugement, des "modèles auxquels les objets doivent obligatoirement être conformes".¹² De là se dégagerait une

¹¹ Il y a aussi une sémiotique juridique. V. not. à ce sujet le remarquable vol. de la Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif, Aix, 1982, t. 2.

¹² V. à ce sujet, P. Amselk, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, thèse Paris, éd. 1964, p. 276.

“obligatorité” sans lien substantiel avec le contenu des propositions juridiques. En d’autres termes, si l’homme se conforme aux exigences du droit, ce serait pour des raisons étrangères au contenu du droit. A quoi l’on est conduit à objecter qu’une telle évaporation du contenu du droit ne débouche pas sur une définition plausible de celui-ci, ce qui déconcerte le juriste. On ne fait que décrire, voire d’expliquer ce qui pousse à se conformer au droit. Autant dire qu’on laisse la porte ouverte. Or les juristes n’ont pas seulement besoin d’une sociologie du conflit;¹³ il leur faut une philosophie du procès.

Si les pistes évoquées les laissent insatisfaits c’est sans doute parce que, progressivement, le droit a été, de plus en plus souvent, “désolidarisé” du juste; il “n’est plus regardé que comme une superstructure: un simple outil de contrôle social”.¹⁴ Tout autant que les philosophes, les juristes sont à l’origine de cette situation dans la mesure où ils ont négligé plus qu’autrefois le retour permanent au fondamental et la recherche de leurs critères de discernement et de cohérence. De sorte que, comme l’observe excellemment Jean-Marc Trigeaud, “le premier aspect sous lequel le droit apparaît en Europe est celui de son *indépendance par rapport à la justice*, être ou valeur relevant d’une enquête métaphysique. Cette auto-suffisance signifie que le droit est entièrement représenté comme une réalité conventionnelle. Ce n’est d’ailleurs pas un hasard si l’expression “droit naturel” est reléguée pour désigner la justice dont la réalité appartient à un autre monde, nominalistiquement assimilé à un univers d’idéaux fictifs. Le résultat auquel conduit un tel dualisme est le plus favorable aux intérêts de toutes natures, essentiellement politisés, qui voudraient s’accaparer du droit. Le droit ainsi abstrait de la justice, n’est qu’un *moyen*, un réceptacle vide: il peut recevoir des finalités extrinsèques à sa nature, sa *vraie nature* étant elle-même ex-

¹³ V. J. Freund, *Sociologie du conflit*, 1983.

¹⁴ V., à ce sujet, J.-M. Trigeaud, Rosmini: L’Europe et le droit, Sur le dépassement du politique, *Rivista rosminiana di filosofia e di cultura*, 1988, p. 3 et s.

tériorisée, sa *fausse nature* étant pure forme ou produit conventionnel".¹⁵

Et pourtant les juristes attendent des philosophes qu'ils les éclairent sur les relations entre la justice et le droit, sur le rôle de la justice dans et par le droit. Voilà pourquoi ils accueillent avec grande attention les signes épars d'un certain retour à la justice dans la philosophie du droit qui se manifestent quand même à notre époque. D'où l'importance de l'oeuvre de Perelman. D'où l'influence exercée par Michel Villey. D'où le retentissement de la *Théorie de la justice* de Rawls, de *Droit, législation et liberté* de Hayek, d'*Anarchie, Etat et utopie* de Nozick.

Gardons-nous de penser que le besoin d'une réflexion renouvelée sur la justice ne tende que vers un but d'ordre général, vers une sorte d'appui culturel servant à éclairer de loin, et plus ou moins vaguement, de là où s'entremêlent l'équité et la justice, les choix quotidiens du droit, à court, moyen ou long terme. Car il n'est pas de domaine du droit, d'institution, de règle ou de solution juridiques qui n'implique une référence, latente ou non, à la démarche philosophique.

Ainsi en est-il du contrat, de la foi jurée, de la promesse. Celle-ci est tout à la fois appropriation du temps et appropriation du bien. Appropriation du temps, soit le temps à venir — avant l'exécution de la promesse — soit le temps venu — au moment de son exécution. Dans le désir de fixer le temps par la promesse, il y a une ambition somme toute assez humaine. Et l'on se hasarde à opposer, au temps concret et subjectif de la promesse morale, le temps abstrait et objectif de la promesse juridique, illustré notamment par l'existence des effets de commerce. Le temps y apparaît alors comme un élément primordial de la coexistence de soi-même avec autrui. A quoi s'ajoute, corrélativement, l'appropriation du bien. Permanence de la volonté, fidélité contractuelle liée à une certaine constance extérieure, autant de composantes dont la signification

¹⁵ J.-M. Trigeaud, art. préc., p. 6. — V. aussi, du même auteur, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, t. I, 1985.

est difficilement saisissable si l'on oublie qu'il est impossible de disjoindre la volonté de son objet, et la connaissance de l'objet connu.

Autant d'observations qui ne peuvent rester étrangères aux réflexions que suscite, à notre époque, le développement de l'instabilité contractuelle. D'un point de vue dynamique, le contrat est un instrument de modification de l'ordre juridique, lequel est lui-même en perpétuel mouvement. Le fait est que le futur est consubstantiel au droit. On a parlé à son sujet d'un paradigme de la modernité, comme si le moderne était toujours préférable, comme s'il fallait constamment faire mieux.¹⁶

Autre exemple: la propriété privée. A son sujet l'apport philosophique a, de tout temps, été substantiel, qu'il s'agisse de son existence, de son origine, de son fondement, de ses fonctions. Il suffit de rappeler à ce sujet la question traditionnelle: la propriété privée est-elle de droit naturel?

Loin de s'estomper à notre époque, de telles questions sont au coeur de la jurisprudence. D'ailleurs, appelé à se prononcer sur la conformité à la Constitution française de 1958 — et par voie de conséquence au Préambule de la Constitution de 1946 et à la Déclaration de 1789 — des nationalisations votées en 1981 par le Parlement, le Conseil constitutionnel a notamment affirmé, le 16 janvier 1982, "que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique, et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les préroga-

¹⁶ V. Le droit et le futur, *Trav. et rech. de l'Univ. de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris*, 1985.

tives de la puissance publique".¹⁷ Cette citation suffit ici à éclairer le lien étroit qui unit le droit et la philosophie. Elle montre clairement où et comment se posent aux juristes des questions auxquelles ils ne peuvent répondre sans l'aide des philosophes. Les exemples pourraient être multipliés: au sujet de la possession, de la famille, de l'héritage, de la violence... Inutile d'insister.

*

* *

Mieux vaut présentement évoquer un troisième axe de réflexions, relatif à l'application du droit. Traditionnellement, l'on estime que celui-ci n'est pas seulement un discours, qu'il est appelé à s'appliquer au fait pour le traduire, l'orienter, le corriger, afin d'assurer de manière adéquate la coexistence des hommes envisagés comme des êtres sociaux. De là peut venir une distorsion ou un divorce par rapport à la philosophie qui ne les envisage pas nécessairement comme tels, même si elle a servi à dégager la notion de personne humaine qui est au coeur du juridique.

Le développement des sciences humaines et sociales a contribué à mettre en évidence l'importance de l'insertion du droit dans le fait ainsi que le rôle du fait dans le droit, dans celui qui se fait, se défait ou se maintient. Dans le même temps, les recherches comparatives ont favorisé une investigation latente portant sur le fonds commun des systèmes et sous-systèmes de droit et, partant, sur l'essence du juridique. Mais, cette essence paraissant souvent assez énigmatique, les juristes ont alors besoin de savoir si ce qu'ils pressentent ou découvrent dans cette direction est corroboré par la démarche philosophique. Corrélativement, d'autres fenêtres s'ouvrent dans l'univers du droit, servant à le relier à d'autres horizons du savoir: sociologie, linguistique, sémiologie, herméneutique, épistémologie... Qu'il le veuille ou non, le juriste, pas seulement le chercheur hyper-

¹⁷ D. 1983, 169, note L. Hamon, *Sem. jur.* 1982, II, 1978, note Nguyen Quoc Vinh et Franck. — V. aussi, F. Luchaire, Les fondements constitutionnels du droit civil, *Rev. Trim. dr. civ.* 1982, p. 266 et s.

spécialisé, mais aussi le praticien, est inévitablement interpellé par cette évolution. Il découvre des questions nouvelles derrière celles qu'il est habitué à se poser. Si attaché qu'il puisse être au raisonnement analytique, il se rend compte que celui-ci ne suffit pas. Il ressent une exigence accrue de cohérence de la matière juridique, ou de la manière de découvrir et de révéler celle-ci. Il perçoit bien les exigences de la méthodologie. Il a besoin d'un discours sur sa méthode. Et de règles pour la direction de son esprit.

L'expression de la règle de droit est, de nos jours, l'objet d'études approfondies et renouvelées. L'accession d'Etats autrefois colonisés à l'indépendance a réveillé mais renouvelé de vieux débats sur les avantages et les inconvénients de la codification. Ailleurs, par exemple au Québec, la signification d'une telle entreprise a suscité des confrontations très éclairantes.¹⁸ Or il y a une philosophie de la codification.

L'accélération du rythme législatif et réglementaire semble aujourd'hui refouler semblable ordre de réflexions. Mais, s'agissant du flux incessant des textes nouveaux, une nécessaire curiosité porte des esprits d'avant-garde à analyser systématiquement l'émergence des textes de droits écrit et à développer la génétique législative. Dans ce cadre, on signalera la pénétrante recherche de légistique comparée menée récemment sous la direction d'Alain Viandier.¹⁹ On y voit l'un des points extrêmes où la démarche du juriste attaché à comprendre ce qui fait la loi attend que le philosophe contribue à son tour à éclairer le phénomène juridique.

Les transformations du droit ont aussi appelé une analyse renouvelée de la position et du rôle de l'interprète en jurisprudence²⁰ ou en doctrine,²¹ en théorie ou en pratique, du côté

¹⁸ V. Codification: valeurs et langage, *Actes du colloque international de droit comparé*, Montreal 1981.

¹⁹ A. Viandier, *Recherche de légistique comparée*, éd. Springer-Verlag, 1987.

²⁰ V. L'interprétation par le juge des règles écrites, *Trav. Ass. H. Capitant*, t. XXIX, 1978.

²¹ Rappr. Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges, *Trav. Ass. H. Capitant*, t. XXXI, 1980.

du droit²² ou de la philosophie du droit.²³ Connaître vite, mais mieux connaître et comprendre, serait-ce par d'autres chemins qu'autrefois: les vieilles recettes ne suffisent plus; la sociologie s'en mêle;²⁴ la préoccupation épistémologique s'avive. Et le moment vient où le juriste constate davantage que l'interprétation n'est pas une démarche propre à son royaume, même si elle s'y manifeste avec un aspect profondément imprégné par le juridique. Le virtuose ou le traducteur sont les interprètes, mais de messages différents. L'objet interprété influe sur la fonction de l'agent. Il y a une interprétation des rêves, y compris ceux de justice. Il y a une interprétation qui s'attache au passé — elle emprunte plus ou moins les voies de l'histoire —, tandis qu'une autre porte son regard sur l'avenir et se prétend, à l'occasion, prophétique.

Qu'il s'agisse de l'interprétation du droit ou de l'interprétation du fait, et pour maintes raisons, la théorie de l'interprétation juridique se renouvelle. Analysant le processus intellectuel suivi par le juge dans l'interprétation du droit et du fait, Yann Paclot décrit et explique la dualité de l'opération d'interprétation: découverte du sens caché de l'objet interprété, juste et raisonnable construction d'un sens.²⁵ La comparaison qu'il présente entre l'interprétation juridique et d'autres démarches semblables — traduction, interprétation psychanalytique, interprétation historique, interprétation musicale — révèle l'originalité de l'interprétation juridique et le développement de l'herméneutique juridique, aux confins du droit et de la philosophie.

L'application effective des règles de droit occupe les esprits plus qu'autrefois.²⁶ Les couches législatives successives qui ont recouvert le domaine de la faillite ont favorisé une réflexion de

²² V. la pénétrante analyse de Y. Paclot, *Recherche sur l'interprétation juridique*, thèse ronéot. Paris II, 1988.

²³ V. not. L'interprétation dans le droit, *Arch. phil. droit*, t. XVII, 1972.

²⁴ J. Carbonnier, Cours ronéot. de sociologie juridique, années 1972-1973.

²⁵ Thèse préc., spéc. p. 372 et s.

²⁶ J. Carbonnier, op. cit., p. 125 et s.

cet ordre.²⁷ Menée en matière économique, elle porte à s'interroger sur les limites du droit et sur l'étendue de l'aptitude de celui-ci à traiter des questions d'ordre économique à l'aide de moyens d'ordre juridique. Il suffit de présenter la question en ces termes pour voir qu'en dernière analyse, les juristes ne peuvent se passer de la réflexion philosophique. Force est d'observer que, s'ils n'explicitent guère leur interpellation, les philosophes, de leur côté, ne leur facilitent pas la tâche.

Ce ne sont pas seulement les règles dont l'application fait problème. L'exécution effective des jugements retient aussi l'attention,²⁸ ce qui, au moins pour trois raisons, mène obligatoirement du côté de la philosophie. La première se relie à la problématique de l'insertion du rationnel dans le réel, qui semble devoir se manifester par l'intermédiaire de la décision judiciaire. Mais précisément, dans la mesure où tout n'est pas nécessairement rationnel dans l'office du juge, où son prestige n'est pas indifférent au sort de ses actes, où son charisme peut être de grande portée, le passage évoqué offre matière à des enrichissements importants de l'analyse. La deuxième raison tient à la grande diversité des contentieux. Leur typologie influe sur la variété des décisions et, plus en aval, sur celle des exécutions. La sociologie judiciaire a révélé la diversité des antagonismes et des conflits: d'intérêts ou de valeurs, réalistes ou non réalistes, naturels ou artificiels. Enfin la troisième raison a trait à l'intervention même du juge, à son office, ainsi qu'à son origine et à ses caractères, à la tentation de contester l'homme plutôt que la règle ou le système. C'est encore de philosophie du procès qu'il s'agit, car le conflit n'est pas un accident du droit; il est au coeur du droit; celui-ci est donc seul à même de remédier à ce qu'il cause ou provoque, mais éclairé par la réflexion philosophique.

*

* *

²⁷ Centre de recherche sur le Droit des Affaires de la Chambre de commerce de Paris, *L'application du droit de la faillite, éléments pour un bilan*, sous la direction de A. Sayag et H. Serbat, Paris, 1982.

²⁸ V. L'effectivité des décisions de justice, *Trav. Ass. H. Capitant*, t. XXXVI, 1985.

Qu'il soit donc question des sources, du message ou de l'application du droit, les juristes attendent ou doivent attendre beaucoup de la philosophie du droit. Leurs regards se portent à ce sujet dans trois directions. D'abord du côté de l'histoire de la philosophie du droit, car les grandes questions dont elle traite illustrent l'importance, dans le passé, de la préoccupation du juste. Ensuite — certains diront même surtout — du côté de la philosophie générale du droit occupée notamment à traiter le problème des "droits de l'homme" ou de la personne, de sa dignité et de sa liberté. Enfin du côté de la philosophie sociale et politique dans la mesure où les problèmes que celle-ci envisage sont solidaires des précédents et se situent dans leur prolongement.²⁹ L'ensemble des études figurant dans le présent volume montre comment l'attente des juristes peut ne pas être déçue. Loin de là!

²⁹ V., à ce sujet, J.-M. Trigeaud, L'état actuel de la philosophie du droit, *Filosofia oggi* 1988, p. 301 et s.