

Poïétique de la justice

Alain SUPIOT

Professeur au Collège de France

François Ost demeurera comme l'un des plus grands juristes de sa génération. Esprit libre autant qu'encyclopédique, il incarne et incarnera un modèle difficile à égaler qui, ne s'encombrant d'aucun carcan théorique, mobilise aussi bien la sociologie que l'histoire où la littérature pour éclairer le phénomène juridique et le rendre plus intelligible. Esprit libre, mais aussi curieux et inventif, n'ayant pas son égal pour identifier et défricher les questions nouvelles. Dans le grand œuvre théorique qu'il vient de consacrer à la question « À quoi sert le droit ? », il en distingue les usages et les fonctions et les finalités. Parmi ces dernières, il range, par ordre d'importance croissante : la démocratie, la justice et l'« institution de l'humain »¹. Il est ainsi de ceux, aujourd'hui bien peu nombreux, à considérer qu'on ne peut comprendre le phénomène juridique sans se confronter à la question de la justice.

La notion de justice a été, en principe, évincée du champ de la « science du droit » par le positivisme juridique. En principe seulement, car comme l'observait déjà Henri Dupeyroux en 1938 : « Nos positivistes juridiques ont beau vouloir proscrire cette gênante notion de justice – en finir avec elle, la séquestrer je ne sais où, boucher toutes les issues, le caractère téléologique du Droit la réintègre nécessairement à sa place ; elle s'infiltré par chaque règle ; elle réapparaît dans l'exécution, ou dans le refus de

¹ OST (F.), *À quoi sert le droit ? Usages, Fonctions, Finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 96 et s. (les guillemets sont ceux employés par François OST)

l'exécution ; toute tentative de colmatage est d'avance vouée à l'échec ; elle suinte, si j'ose dire, de toutes parts »².

La remarque n'a rien perdu de son actualité, ni de sa profondeur. Aujourd'hui encore, il est remarquable que ce soient des philosophes – comme Rawls, Fraser, Ricœur ou Walzer, ou bien des économistes – comme Amartya Sen, qui se soient efforcés de repenser la justice dans le monde contemporain, et non pas des juristes, à quelques remarquables exceptions près³. Comme le notait justement Henri Dupeyroux, l'inconvénient d'un tel refoulement est de s'exposer immanquablement à un retour du refoulé, qui s'infiltré là où on l'attend le moins et dans des conditions non contrôlées par la raison. D'où ces postures un peu schizophréniques, d'auteurs qui enjoignent « au nom de la science » aux juristes de se taire sur les questions de justice⁴, tout en laissant éclater dans leurs écrits leur indignation dès qu'une interprétation d'un principe juridique ne leur paraît pas... juste⁵. Henri Dupeyroux mettait bien le doigt sur cette plaie épistémologique, en soulignant l'inévitable dimension téléologique

² DUPEYROUX (H.), « Les grands problèmes du Droit », *Archives de philosophie du droit*, vol. 1-2 (1938), p. 20-21.

³ Outre le livre déjà cité de François OST, voir le « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », élaboré par un groupe de 17 juristes de divers pays d'Europe occidentale. Paru d'abord dans le *European Law Journal* (2004, 10), il a fait l'objet d'une traduction française publiée dans la *Revue trimestrielle de droit civil* (2005, p. 713-734). Add. HESSELINK (M. J.), *CFR & Social Justice. A short study for the European Parliament on the values underlying the draft Common Frame of Reference for European private law : what rôles for fairness and social justice ?*, Munich, Sellier, 2008. Et concernant le droit international public JOUANNET (E.), *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011.

⁴ MILLARD (É.), BRUNET (P.), HÉNETTE-VAUCHEZ (S.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.) *Mariage pour tous : juristes taisons-nous !* 20 mars 2013, en ligne, www.raisonpublique.fr/article601.html, consulté le 29 janvier 2018 ; et *contra* DAUGERON (B.), LE POURHIET (A.-M.), ROUX (J.), STOFFEL-MUNCK (P.), « Droit de réponse. Mariage pour tous, silence pour quelques-uns », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 784.

⁵ Comme PAPAGENO ils ne peuvent en effet eux-mêmes se taire et tacent vertement ceux qui ne partagent pas leurs interprétations (Par exemple celle du principe de non discrimination : voir HÉNETTE-VAUCHEZ (S.) et WOLMARK (C.), « Plus vous discriminez, moins vous discriminez. À propos des conclusions de l'avocate générale dans l'affaire sur le port du voile au travail », CJUE Achbita, aff. C.157-15, *La Semaine sociale Lamy*, n°1728 (2016), p. 5-8).

du travail de l'interprète. Toute règle de droit étant conçue relativement à une fin, ne peut être intelligible sans considération de cette fin.

La difficulté rencontrée par les juristes est de ce point de vue comparable à celle affrontée par les biologistes. Le déterminisme mécaniste emprunté à la physique conduit souvent ces derniers à des impasses théoriques, en les condamnant à expliquer le vivant sans recourir à la notion de finalité d'un système⁶. Dans ces schémas mécanistes, la téléologie ne disparaît pas pour autant, mais elle se trouve réduite à une vie souterraine et incontrôlée. Le succès de la notion de « programme » en génétique – c'est-à-dire littéralement de « ce qui est écrit d'avance » – est particulièrement représentatif de cette impossibilité de congédier sans reste la considération des fins. La référence au « Grand Livre du génome »⁷, ou la polysémie du sigle ADN (en hébreu *Adonai* אֲדֹנָי, c'est-à-dire Yahvé), rendent en français les choses encore plus transparentes.

Si l'on veut accéder à l'intelligibilité du phénomène juridique – et telle est bien l'objet de la « science du droit » – on ne peut donc pas exclure la *ratio legis*. Il faut au contraire – comme l'a bien vu Norberto Bobbio – s'efforcer de comprendre et de confronter les différentes conceptions du juste qui animent le système juridique⁸. Mais dès lors, ce système ne peut être « expliqué » en recourant au modèle physique d'une pyramide de normes, ou au modèle biologique de l'autopoïèse. Ayant pour objet, non seulement des faits, mais des représentations mentales, il recèle une part d'indétermination et relève donc des sciences de l'interprétation et non des sciences exactes.

Cette dimension herméneutique n'est pas propre au Droit, mais commune à toutes les sciences sociales. La neutralité axiologique, telle que l'a définie Max Weber pour ces disciplines,

⁶ Cf. PERRET (N.), *Épistémologie constitutive pour les sciences du vivant. Sur la catégorie de causalité en biologie*. Thèse, ENS, 2013, en ligne, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01404728>, consulté le 29 janvier 2018.

⁷ Cf. sur ce point les fines observations de Catherine LABRUSSE, *Écrits de bioéthique*, réunis et présentés par FABRE-MAGNAN (F.), Paris, PUF, 2007, 449 p.

⁸ Cf. en ce sens BOBBIO (N.), *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma Bari, GLF editori Laterza, 2011 [1965], 219 p.

ne consiste nullement à ignorer les systèmes de valeurs, mais bien au contraire à demeurer attentif à leur diversité afin de ne pas céder à l'impérialisme de l'un d'entre eux⁹. C'est la raison pour laquelle Weber critiquait déjà l'économisme qui, en imputant tout phénomène à une causalité économique, en vient à faire de l'économie une religion.

« La théorie purement économique, en son sens "individualiste", politiquement et moralement "neutre", qui a été un moyen méthodologique indispensable et le restera probablement toujours, fut conçue par l'école radicale du libéralisme comme le reflet intégral de la réalité "naturelle", c'est-à-dire de la réalité non altérée par la sottise humaine, et pour cette raison comme ayant le caractère d'un "devoir-être"; autrement dit on lui a attribué la validité d'un idéal dans la sphère des valeurs au lieu d'un idéal-type à utiliser au cours d'une recherche empirique sur l'"étant"»¹⁰.

Selon Julien Freund, à qui l'on doit d'avoir traduit par « neutralité axiologique » le concept weberien de *Wertfreiheit* (littéralement « libre de valeurs »), « c'est parce que le rapport aux valeurs est sans cesse présent dans le travail du spécialiste qu'aucune explication ne sera jamais définitive, et qu'elle sera toujours et nécessairement interprétative. Les sciences économiques et sociales sont inévitablement des herméneutiques. D'où l'importance que Weber attache au *Verstehen* : il arrive toujours un moment où l'explication purement causale est bloquée et où il n'y a plus d'autre moyen de s'en sortir qu'en y associant la compréhension interprétative »¹¹. Cette remarque méthodologique s'applique pleinement à l'étude de la question de la justice, qui dans l'histoire des hommes est aussi omniprésente qu'insaisissable.

⁹ Cf. WEBER (M.), « Essai sur le sens de la "neutralité axiologique" dans les sciences sociologiques et économiques » in WEBER (M.), *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1965 [1917], p. 399 et s.

¹⁰ Cf. *ibidem*, p. 471. Add. LALLEMENT (M.), « Max Weber, la théorie économique et les apories de la rationalisation économique », *Cahiers du Centre de Recherches Historiques*, 34 (2004), p. 93-115.

¹¹ FREUND (J.), « La neutralité axiologique », *Cahiers de l'I.S.M.E.A.*, Section M, n° 29 (1977), p. 459, cité par RAPHAËL (F.), « Werner Sombart et Max Weber », *Cahiers du centre de Recherche Historiques*, n° 00 (1988), § 4, p. 3. Max Weber a développé ce concept de compréhension (*Verstehen*) dans son *Essai sur quelques catégories de la sociologie compréhensive* [1913], publié in *Essais sur la théorie de la science*, *op. cit.*, p. 325 et s.

Elle est omniprésente car, inhérente à l'être humain, elle se pose à toutes les sociétés. La réaction à l'injustice est l'une des observations cliniques réalisées sur ces « enfants sauvages », qui ont grandi en-dehors de tout contact humain et n'ont pas accès au langage. François Truffaut a retracé, dans un film mémorable, l'histoire de l'un de ces enfants (Victor de l'Aveyron) confié à la fin du XVIII^e siècle à un médecin (le Dr. Itard) qui tente de l'humaniser¹². La croyance totalitaire selon laquelle, seule la force régirait les rapports entre les hommes a toujours débouché sur des impasses mortifères, révélant ainsi son irréalisme foncier¹³. La pérennité d'une société dépend de l'inscription de chacun de ses membres dans la chaîne générationnelle, c'est-à-dire de l'attribution à chacun d'une place humainement vivable. Un État qui ignore cet impératif de justice généalogique est comme Chronos dévorant ses enfants. « Être stable » est la définition même de l'État, et il ne peut l'être sans prendre cet impératif en charge. Autrement dit, la notion la plus propre à désigner la mission première de l'État est celle d'« État de justice »¹⁴. « L'État de justice » est celui qui, à travers sa propre mise en scène, pose la Référence à la fois comme pouvoir et comme limite de soi, et remplit ainsi cette « fonction anthropologique de base : limiter le sujet, le marquer, lui éviter qu'il ait à se fonder lui-même pour vivre »¹⁵.

Ainsi inéliminable, la question de la Justice est aussi insoluble, en ce sens qu'elle ne peut recevoir de réponse définitive. Elle ne se réduit pas en effet à l'application d'une règle quelle qu'elle soit, car dans notre tradition juridique c'est la justice qui est

¹² TRUFFAUT (F.), *L'enfant sauvage*, 1970. Dans l'une des séquences les plus troublantes, le médecin inflige volontairement à l'enfant une punition injustifiée, suscitant de sa part une révolte qu'il ne manifestait pas lorsque la punition était fondée.

¹³ Comme le note Simone WEIL, « il n'est pas au pouvoir d'un homme d'exclure absolument toute espèce de justice des fins qu'il assigne à ses actions. Les nazis eux-mêmes ne l'ont pu. Si c'était possible à des hommes, eux sans doute l'auraient pu » (*L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain* [1943], in WEIL (S.), *Œuvres*, Paris, Gallimard, 1999, p. 1179-1180).

¹⁴ DEL VECCHIO (G.), *La justice – La vérité. Essais de philosophie juridique et morale*, Paris, Dalloz, 1955, p. 92.

¹⁵ LEGENDRE (P.), *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Paris, Fayard, 1992, p. 329.

« mère des lois ». Principe métajuridique, la justice a été souvent représentée sous la forme d'une déesse (aujourd'hui d'une Idée) dont les juristes seraient les prêtres. C'est ainsi qu'elle est présentée dans la célèbre ouverture du *Digeste* :

« Ceux qui s'appliquent à l'étude du Droit doivent connaître d'abord d'où descend cette science. Le Droit (*ius*) tire son nom de la justice (*iusticia*) ; or suivant l'élégante définition de Celse, le Droit est l'art de connaître ce qui est bon et juste. On peut nous appeler avec raison les ministres (*sacerdotes*) du Droit, car nous cultivons la justice, et faisons profession de connaître ce qui est bon et équitable, et de discerner ce qui est licite de ce qui ne l'est pas. Nous cherchons à former d'honnêtes gens, non seulement par la crainte des peines, mais par l'espoir des récompenses : en quoi consiste, si je ne me trompe, la vraie sagesse (*philosophiam*). »¹⁶

Cette articulation du principe métajuridique de la justice et des lois positives a donné lieu à des descriptions poétiques de la part de certains juristes. Vico voyait, on le sait, dans l'art poétique l'une des origines du Droit¹⁷. À l'instar du rêve, la poésie donne des mouvements de l'âme humaine une vue intérieure et compréhensive (*Verstehen*) qui échappe au paradigme mécaniciste cartésien¹⁸. Et ce n'est en effet qu'à partir des temps modernes que les juristes ont renoncé au genre poétique, qu'en revanche les Romains ne répugnaient pas à pratiquer. Ainsi le fameux traité *De la République* de Cicéron se termine par le récit d'un rêve, où Scipion est visité par son ancêtre l'Africain, qui lui révèle « qu'il n'est rien sur la terre que le premier des dieux, celui qui régit la terre, préfère à ces sociétés humaines, cimentées par le Droit, qu'on appelle cités »¹⁹. Les médiévaux renouèrent avec cette tradition et on trouve un bon exemple de cette représentation

¹⁶ *Digeste*, Première partie, Livre 1, Titre 1, Principium (chapeau) et §.1. (d'après ULPIEN, au livre 1er de ses *Institutes*).

¹⁷ VICO (G.) *Origine de la poésie et du droit. De Constantia jurisprudentis*, traduit par C. Henri et A. Henry, Paris, Café Clima, 1983 [1721], p. 121 et s. ; *La science nouvelle*, L. II, traduit et présenté par Alain Pons, Paris, Fayard, 2001 [1744], p. 147 et s.

¹⁸ Cf. BERLIN (I.), *Vico and Herder. Two Studies in the History of Ideas*, Londres, Hogarth Press, 1976, p. 69 et s.

¹⁹ CICÉRON, *De la République*, VI, 13, trad. C. Appuhn, Paris, Flammarion, 1965, p. 111.

poétique de la justice dans un ouvrage aujourd'hui attribué au grand Placentin (1130-1192), fameux glossateur qui, par la grâce d'une brouille avec ses collègues de l'Université de Bologne, a introduit l'étude du droit romain en France (à Montpellier).

Dans le prologue de son dialogue *Quaestiones de iuris subtilitatibus*²⁰, Placentin dépeint le Temple de la Justice, qu'il prétend avoir découvert au cours d'une promenade champêtre. Au cœur de ce sanctuaire siège la Justice, empreinte de dignité mais aussi de tristesse. Elle porte sur sa tête la Raison, au regard perçant, et dans ses bras sa fille dernière née *Aequitas*, au visage plein de bonté et qui s'efforce d'équilibrer les plateaux de la balance tenue par sa mère. Elle est entourée des six vertus civiques que sont : *Religio* (l'attention scrupuleuse, la pratique du culte), *Pietas* (la piété : filiale et patriotique), *Gratia* (la reconnaissance), *Vindicatio* (la capacité d'indignation, l'intervention en défense), *Observantia* (la « déférence qu'on témoigne aux hommes supérieurs en mérite et en dignité ») et *Veritas* (la Vérité, mais aussi la loyauté). Dans la tradition héritée de Cicéron²¹ – ces vertus sont en effet filles de la Justice. Quatre d'entre elles méritent qu'on s'y arrête.

1) *Religio* ne désigne pas la religion au sens contemporain, c'est-à-dire une croyance intime dans une forme ou une autre de surnaturel. Elle représente une vertu civique, consistant à « consacrer un hommage et un culte » à la nature suprême sous l'égide de laquelle se trouve placée la chose publique²². Sous ce sens originel, *religio* désigne le respect scrupuleux de ce qui est à la fois indémontrable et fondateur de la communauté politique. Autrement dit les « choses sacrées », par laquelle le *Digeste* définit

²⁰ Cf. sur ce prologue KANTOROWICZ (E.), *The King's Two Bodies : a Study in Medieval Political Theory*, Princeton, 1957, trad. fr. *Les deux corps du roi*, Paris, Gallimard, 1989, p. 92 et s. ; GOURON (A.) attribue cet ouvrage au maître parisien ALBÉRIC (Cf. « Les "Quaestiones de iuris subtilitatibus" : une œuvre du maître parisien Albéric », *Revue historique*, n° 618 (2001/2), p. 288).

²¹ CICÉRON traite de ces vertus dans le Livre II de son traité sur *De inventione* (la *Rhétorique*). Il y revient à deux reprises avec de légères variantes (Livre II § XXII et § LIII). Voy. *De l'invention oratoire*, in CICÉRON, *Œuvres complètes de Cicéron*, T. 1, sous la direction de NISARD (M.), Paris, Firmin Didot, 1869.

²² « *Religio est, quae superioris cujusdam naturae, quam divinam vocant, curam caerimoniamque affert* » (CICÉRON, *De inventione*, LIII).

le droit public et l'article au droit privé²³. Ces « choses sacrées » désignent ce qu'en termes modernes on peut appeler les Interdits fondateurs, ceux qui donnent à un système juridique déterminé sa base axiologique propre. Ainsi entendue, la référence au sacré n'a nullement disparu de nos propres bases constitutionnelles. Elle se trouve dans la Déclaration de 1789, qui proclame « les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme », et le caractère « inviolable et sacré » du droit de propriété. Et elle a été solennellement réaffirmée en France au sortir de la seconde guerre mondiale dans le Préambule de la Constitution de 1946, aux termes duquel « tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». Cette sacralité se trouve aussi affirmée de façon implicite dans les dispositions qui consacrent l'intangibilité de certains principes constitutionnels. Ainsi par exemple dans la Loi fondamentale allemande, dont l'article 79 place le principe de dignité humaine, ainsi que le caractère fédéral, démocratique et social de l'État, hors d'atteinte du pouvoir constituant²⁴. La *religio*, en tant que vertu civique, ne doit donc pas être confondue avec le « sentiment océanique » décrit par Freud : elle ne relève pas du privé et du for intérieur mais du public et du for externe. Quand bien même un citoyen français ou belge ne croirait pas à l'égalité des hommes et des femmes, il n'en est pas moins tenu de respecter scrupuleusement (religieusement) ce principe.

2) *Gratia*, est la vertu consistant à garder en mémoire les services reçus dans la Cité et à les rendre. Elle correspond assez bien à ce que nous appelons aujourd'hui la solidarité. Comme l'a remarqué François Ewald²⁵, cette dimension de la justice se trouve déjà chez Aristote, sous la forme d'une justice de troisième type, qui ne se confond ni avec la justice corrective, ni avec la justice

²³ « *Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit* », (« En effet il y a des choses utiles au public et d'autres aux particuliers. Le droit public consiste dans les choses sacrées, les ministres de la religion, les magistrats », *Digeste, loc. cit.*).

²⁴ Il faut donc mettre sur le compte de l'ignorance de nos propres bases constitutionnelles, la critique adressée par certains hommes politiques français aux dispositions de l'article 6 de la nouvelle constitution tunisienne, selon lesquelles l'État garantit en même temps la religion, la protection du sacré, la liberté de conscience et de croyance et le libre exercice du culte.

²⁵ Cf. EWALD (F.), *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 552 et s.

distributive : « L'idée de réciprocité écrit Aristote, ne s'accorde pas avec la définition du juste, ni dans le cas de la justice distributive, ni dans le cas de la justice corrective [...] Mais il reste que dans les associations qui sont faites pour les échanges, la cohésion tient à ce genre de justice, même si la proportion veut qu'on rende en proportion, et non selon le principe d'égalité [...] C'est en effet parce que l'on retourne en proportion de ce que l'on reçoit que la Cité se maintient »²⁶. Cette justice de réciprocité proportionnelle – qui préfigure notre notion de justice sociale – n'est donc pas une « justice particulière », mais touche à ce qu'Aristote nomme la justice générale et que de nombreux juristes ont l'habitude d'exclure du périmètre du Droit pour l'identifier à la morale. Il s'agit bien cependant de fonder la Cité sur une mesure à laquelle puissent se référer tous les citoyens lorsqu'ils échangent les fruits de leur travail.

3) *Vindictio* est l'appel à la justice. Sa traduction par « vengeance » est trompeuse, car ce mot vient du verbe *vindico*, qui se trouve exactement rendu par l'anglais *to vindicate* : réclamer justice. C'est l'intervention en défense ou l'action face à l'injustice. Stéphane Hessel a sans doute donné la meilleure illustration récente de la *vindictio* en appelant à la capacité d'indignation dans son célèbre opuscule *Indignez-vous !*²⁷. L'énorme succès d'édition remporté par ce libelle – et les mouvements sociaux qu'il a inspirés à l'étranger – sont révélateurs de l'intensité du sentiment d'injustice sociale à l'œuvre dans la société contemporaine. Mais il faut se souvenir aussi de l'extrême violence de certaines des réactions que cet appel a valu à Hessel²⁸. La *vindictio*, la défense active par des citoyens d'une cause qui leur paraît juste, met en effet en branle des forces pouvant conduire à la guerre civile si une représentation commune de la justice – une même *religio* au sens du droit romain, n'est pas respectée dans la Cité. D'où l'importance de dispositifs juridiques destinés à convertir ces

²⁶ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 8, in ARISTOTE, *Œuvres*, trad. R. Bodéus Paris, Gallimard La Pléiade, 2014, p. 111-112.

²⁷ HESSEL (S.), *Indignez vous !* s.l., Édition Indigène, 2010.

²⁸ Par exemple, celle de Pierre-André TAGUIEFF écrivant sur *Facebook* « Quand un serpent venimeux est doté de bonne conscience, comme le nommé Hessel, il est compréhensible qu'on ait envie de lui écraser la tête » (Cité par BONIFACE (P.), in *Le Nouvel Observateur*, 28 octobre 2010).

forces de la *vindicatio* en ressources pour une redéfinition permanente de la justice. À bien des égards, c'est le principe de démocratie qui répond à ce besoin dans les sociétés contemporaines. La démocratie politique, mais aussi la démocratie sociale, telle qu'elle est mise en œuvre en droit du travail par la protection des droits collectifs (représentation, grève, négociation).

4) *Veritas* c'est bien sûr la vérité, mais aussi la loyauté²⁹. La vérité dans la Cité, c'est d'abord la vérité de la parole, condition de la justice, aussi bien dans les affaires publiques que privées. Le Droit a été, avec la science, le lieu d'invention d'une approche méthodique et rationnelle des situations d'incertitude³⁰. Cette méthode est à l'œuvre dans les règles de procédure, qui suspendent la solution d'un problème à l'établissement de la vérité. En science comme en droit, la vérité ne se découvre que moyennant le respect de trois conditions : il faut prouver les faits qu'on allègue³¹ ; il faut les interpréter³² ; et il faut soumettre ces découvertes à l'épreuve de la contradiction³³. Cette approche méthodique de la vérité est aussi à l'œuvre dans la casuistique, méthode inductive qui fonde la validité d'un énoncé général sur l'expérience d'une multiplicité de cas particuliers. Déjà visible dans le Code d'Hammourabi³⁴, cette parenté se retrouve aux origines de la science moderne, notamment dans l'œuvre de Francis Bacon, qui aux débuts du XVII^e siècle posa en même temps les bases de la méthode scientifique

²⁹ Mes remerciements vont à mon savant ami latiniste – Pierre Maréchaux – qui a bien voulu m'éclairer sur la traduction du mot *veritas* dans les livres II et LIII du *De Inventione*.

³⁰ Cf. SUIPOT (A.), « L'autorité de la science. Vérité scientifique et vérité légale » in Rosanvallon (P.) (dir.), *Science et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2014, p. 81-109.

³¹ *Code de proc. civ.*, art. 9 à 11 (sauf indication contraire, les codes cités sont les français).

³² *Code de proc. civ.*, art. 12 « [Le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. »

³³ *Code de proc. civ.*, art. 14 à 17.

³⁴ Jean BOTTÉRO a montré que ce « code » était à la fois une œuvre de science et de justice : ses énoncés obéissent à la même structure [protase > apodose] que celle des traités de médecine et l'énumération des cas le plus improbables témoignent du même esprit de système (BOTTÉRO (J.), *Mésopotamie. L'écriture, la raison et les dieux*, Paris, Gallimard, 1987 p. 191-223).

expérimentale dans son *Novum Organum*³⁵ et celles d'une méthode universelle d'élaboration du Droit dans son *Exemplum Tractatum de Justitia Universali*³⁶. La parenté du Droit et de la science tient en second lieu au fait que les deux visent à établir des vérités qui s'imposent à tous. Or une fois découverte, la vérité se métamorphose : elle n'est plus une question, un horizon pour la recherche, mais une réponse, un acquis sur lequel on peut légitimement s'appuyer. Le doute laisse alors place à la certitude et la vérité avec un petit v à une Vérité avec un grand V. Un adage célèbre hérité du *Digeste*³⁷ résume ce processus d'institution de la vérité : *Res iudicata pro veritate accipitur*³⁸ : la chose jugée tient lieu de vérité.

Voilà pourquoi la vérité est l'une des filles de la justice. C'est en vue d'aboutir à une décision juste que l'on doit chercher à l'établir, car une décision fondée sur le mensonge ou l'erreur ne saurait être juste. Cette équation se retrouve au XVIII^e siècle chez Vico, selon lequel « La vérité dans les lois est une lumière qui resplendit et qui éclaire la raison naturelle ; c'est pourquoi les juristes disent indifféremment : *Verum est, ou Æquum est* »³⁹. Les langues portent trace de cette équation. C'est évident en allemand ou en anglais, où les mots *Recht* et *right* servent à dire aussi bien qu'on a droit ou qu'on a raison. Et bien qu'en français le droit et la raison ne se confondent pas ainsi, on dit d'une observation qui saisit la vérité d'un fait, qu'elle est juste. L'établissement de cette correspondance entre justice et vérité n'est du reste pas propre à la culture juridique occidentale. On la trouve ainsi affirmée avec force dans les textes de la tradition indienne. Ainsi dans ce texte des *Upanisad* cité par Simone Weil : « Ce qui est justice, cela est vérité. C'est pourquoi, quand quelqu'un dit la vérité, on dit : "Il est juste". Et quand quelqu'un dit la justice, on

³⁵ BACON (F.), *De verulamio novum organum scientiarum, Novum Organum*, trad. par M. Malherbe et J.-M. Pousseur, Paris, PUF, 2001 [1620].

³⁶ BACON (F.), *Essai d'un traité sur la justice universelle ou les sources du droit*, trad. de J.-B. de Vauzelles Paris, L'Harmattan, 2006 [1622].

³⁷ D. 50, 17, 207 (Ulpian, Lex Julia et Papia, Liv. 1).

³⁸ Sur cet adage, consacré aussi bien par le code civil (art. 1350-3° et 1351) que par le code de procédure pénale (art. 6 al. 1^{er}), voy. ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Paris, Litec, n° 396 (1999), p 790-796.

³⁹ VICO (G.), *La science nouvelle*, Liv.I, trad. Belgiojoso, Paris, Tel-Gallimard, 1993 [1725], §. CXIII, p. 106.

dit : "Il est vrai". C'est que réellement la justice et la vérité sont la même chose »⁴⁰. Cette équation de la vérité et de la justice a été le moteur de l'action politique de Gandhi, fondée sur le *Satyagraha*, c'est à dire sur le fait de s'en tenir fermement à la vérité (*satya*), de s'y agripper (*agraha*), plutôt que de recourir à la force pour établir un ordre juste⁴¹.

Tel est donc le groupe de vertus qui entourent la figure de la justice dans le rêve de Placentin. Ce groupe siège dans le saint des saints du temple, l'*adytum*. Il est entouré d'un mur de verre sur lequel se trouve inscrit en lettres d'or le texte complet du Code de Justinien et au travers duquel le public voit la Justice « comme dans un miroir ». À l'intérieur de l'*adytum* les prêtres de la justice se tiennent prêts à modifier le texte lorsque l'une de ses dispositions paraît inopportune à l'œil vigilant de l'Équité. De l'autre côté du mur de verre, un vénérable professeur de droit discute avec les fidèles de questions juridiques difficiles, questions qui vont, comme de juste, faire l'objet de l'ouvrage de Placentin.

Cette composition mi onirique, mi architecturale, n'est pas sans rappeler la figure de la *Grundnorm* chez Kelsen, à cette différence près que de multiples passages sont ici ménagés entre la Norme fondatrice du Droit et les lois positives. Ces lois doivent être le cas échéant modifiées – et en tout cas interprétées – à la lumière de la justice, d'où le statut composite de l'enceinte de verre où siège cette dernière. Cette enceinte n'est pas le rideau de fer que le positivisme juridique abaisse sur la *ratio legis*, mais elle n'est pas davantage pure transparence. Le public perçoit la justice « comme dans un miroir », c'est-à-dire qu'il n'en perçoit que le reflet, au travers des dispositions d'un code situé à l'interface du sacré (il est écrit en lettres d'or) et du profane (il peut à tout moment être corrigé et son sens est livré à l'interprétation des juristes). Ce temple imaginaire rend assez bien compte de la manière dont est mobilisée la référence à la justice dans la pratique

⁴⁰ *Bṛhad Aranyaka Upaniṣad* I, 4, 11-14, traduit par Simone WEIL (*L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, op. cit., p. 1208). Je remercie Charles Malamoud de m'avoir indiqué la source de cette citation, non mentionnée par S. WEIL.

⁴¹ Cf. GANDHI, *Hind Swaraj - L'émancipation à l'indienne*, trad. A. Montaut, Paris, Fayard, 2014.

du Droit. Lieu d'une tension entre monde réel et monde idéal, la Justice s'y présente tout à la fois comme un principe d'action et comme une règle d'interprétation.

Voir dans la justice un *principe d'action* est déjà le fait de nos textes les plus vénérables. Ainsi le Digeste définit la justice comme « *volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû* »⁴². C'est la « *volonté constante et perpétuelle* » qu'il faut souligner ici : la Justice n'est pas un état statique, mais dynamique, elle désigne un but qu'on doit s'efforcer d'approcher sans jamais pouvoir l'atteindre. Cette dynamique de la justice est elle aussi familière aux autres grandes civilisations, comme le montre par exemple la notion indienne de *maryādā*, qui désigne la conduite conforme à la loi et à la morale⁴³. Son sens premier est celui d'une cible à atteindre mais à ne pas dépasser, c'est-à-dire d'un même mouvement un but et une limite de l'action⁴⁴. Dans la langue Béti (Cameroun) le mot qui signifie *juste* (*Sosôô*) vient du verbe *soussou*, qui signifie sauter, surmonter un obstacle. Ainsi que le note le professeur Jean-Godeffroy Bidima, à qui je dois ces indications, « La justice (ainsi définie) est ce qui permet à la société de s'ouvrir un passage dans les intrications du sens. Elle permet aux individus en litige ou en transaction de s'ouvrir un passage les uns vers les autres »⁴⁵. Cette dimension dynamique est particulièrement importante dans le cas de la justice sociale, ainsi qu'on peut le voir dans la définition qu'en a donnée la Déclaration de Philadelphie (1944), selon laquelle Le « but central de toute politique nationale et internationale » est la réalisation du droit de tous les êtres humains « de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales ».

Principe d'action, la justice est aussi un *principe d'interprétation*, auquel ne peuvent éviter de recourir tous ceux qui

⁴² « *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* » (ULPIEN, *Digeste*, I, 10).

⁴³ Voy. MONTAUT (A.), « *Tyāg patr* de Jainendra Jumar : dire l'indicible, dire l'innommable », in KUMAR (J.) *Un Amour sans mesure*, Gallimard, 2004, p. 7-47.

⁴⁴ Cf. MALAMOUD (C.) *Une perspective indienne sur la notion de dignité humaine*, Conférence, IEA de Nantes, avril 2009.

⁴⁵ Correspondance avec l'auteur. Voy de BIDIMA (J.-G.), *La palabre. Une juridiction de la parole*, s.l., Michalon, 1997.

ont à connaître ou appliquer le Droit. Tout juge *rend la justice*, alors même qu'il serait réduit à n'être que la bouche qui prononce les paroles de la Loi. C'est pourquoi sont vouées à l'échec les tentatives de bâtir une « science du droit » entièrement purgée de toute considération de justice. On ne peut bâtir une science en éliminant d'entrée de jeu ce qui constitue son objet propre⁴⁶. Kelsen lui-même considérait que l'interprétation par le juge ne procédait pas de la seule connaissance du droit positif, mais de la « connaissance d'autres normes qui peuvent y déboucher dans la procédure de création du droit : normes de la morale, de la justice, jugements de valeur sociaux »⁴⁷. Il résulte de la loi positive elle-même que les motifs ainsi pris en considération dans le processus d'application du Droit font partie intégrante du Droit⁴⁸. Écarter les considérations de valeur de l'étude du Droit, c'est en réalité se soumettre à une axiologie déterministe et se priver de toute capacité de comprendre la part d'indétermination inhérente à tout système juridique. Cette indétermination est particulièrement grande dans le cas de la justice sociale, car sa réalisation ne peut résulter de la seule application de textes déjà existants et suppose de juger de la distribution des richesses, des places et des opportunités dans une société et à un moment donnés.

On comprend mieux dès lors la place des vertus civiques dans le Temple de la Justice rêvé par Placentin. Les vertus sont autant de canaux qui nourrissent le Droit de la sève de la Justice. Sans elles, les règles de droit sont lettres mortes. Voire même lettres mortifères, si l'on s'en sert à rebours de leur fonction, pour faire régner l'injustice.

Vico a donné une vue saisissante de cette décomposition de la République dans les dernières pages de la « Science Nouvelle ». Le risque en est selon lui particulièrement élevé dans la forme la plus achevée d'ordre juridique, celle des « républiques

⁴⁶ Voy. en ce sens la démonstration de BRUNET (F.), *La normativité en droit*, Paris, Mare et Martin, 2012.

⁴⁷ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

⁴⁸ Cf. l'art. 23-2 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 (rédac. issue de la loi n° 2009-1523 du 10 déc. 2009) qui subordonne la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité au fait que la disposition contestée n'ait pas été déjà « déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision » antérieure de ce Conseil.

populaires », dans lesquelles « les peuples entiers qui veulent en commun la justice, édictent des lois justes »⁴⁹. La pratique démocratique de la délibération des lois est une école de la raison, qui conduit ces peuples à donner une base plus philosophique que religieuse à l'ordre social⁵⁰. Selon Vico, de telles républiques sont admirables, mais elles sont aussi fragiles, car leur pérennité repose toute entière sur la vertu de leurs citoyens. Au moment même où elles touchent la plus grande réussite politique et matérielle, elles sont exposées à ce que Vico nomme la « barbarie de la réflexion », qu'il distingue de la « barbarie des sens », état primitif qui avait précédé l'établissement de la civilisation parmi les hommes. Cette « barbarie de la réflexion » consiste à user de l'abstraction, non pour mettre à distance ses passions et tenter de s'accorder sur une vue objective du monde, mais pour « calomnier la vérité » et servir n'importe quelle cause, pourvu qu'elle aille dans le sens de ses intérêts particuliers. S'émancipant de tout sens commun, des « doctes insensés » s'emploient alors à disqualifier l'idée même d'intérêt général ou à le subordonner à la recherche des utilités privées⁵¹.

C'est le sens de la maxime *Summum ius, summa injuria*, que Cicéron – encore lui – justifie par le fait que « souvent des injustices naissent d'une lecture abusive et d'une interprétation fort adroite, mais déloyale (*callida sed maliciosa*) du droit »⁵². Le Droit est une technique de l'interdit qui comme toute technique – comme un camion utilisé pour massacrer des foules un soir de fête – peut être employé à rebours de sa fonction. Cicéron en donne l'exemple d'un homme qui, ayant conclu une trêve de trente jours avec son ennemi, ravageait son domaine dès la nuit tombée, au prétexte que la trêve ne concernait que les jours et pas les nuits. Le *Summum* désigne ici, non un *optimum*, mais au contraire le pire dont sont capables des juristes retors : le Droit livré à lui-même, la lettre

⁴⁹ VICO (G.), *Principes d'une science nouvelle relative à la nature commune des nations*, trad. A. Pons, Paris, Fayard, 2001 [1744], § 1101, p. 535.

⁵⁰ *Ibidem* §. 1040, p. 501. Add. PONS (A.), *Vie et mort des nations. Lecture de la Science nouvelle de Giambattista Vico*, Paris, Gallimard, 2015, p. 307 et s.

⁵¹ VICO (G.), *Principes d'une science nouvelle*, op. cit., §. 1102, p. 537.

⁵² CICÉRON, *Les devoirs – De officiis, édition bilingue par M. Testard et S. Mercier*, Paris, Les Belles lettres, 2014, 1, 10, 33, p. 38-39.

détachée de l'esprit qui doit animer son emploi, c'est-à-dire de l'esprit de justice.

Vico ne pouvait pas ne pas penser, en stigmatisant les calomnieurs de la vérité, aux sophistes, dont les Athéniens redoutaient tant l'influence pernicieuse sur la jeunesse. Car la *politeia* des Grecs n'était pas concevable sans une éducation de la jeunesse (la *paideia* : παιδεία), entendue, non pas au sens savant d'une accumulation de connaissances, mais au sens de la formation morale. Éducation qui supposait à son tour une Référence commune, Référence avec un grand R que tout citoyen ou étranger résidant dans la cité se doit de respecter (ce sera le sens premier de la *religio* romaine). Si on pouvait y brocarder les dieux, comme le fit souvent Aristophane dans ses comédies, c'est précisément parce que ces comédies avaient un caractère religieux, à l'instar des mystères médiévaux. En revanche le blasphème n'était pas toléré en dehors de ce cadre et une loi dite de *Diopethés*, fut même votée vers 430 av. J.-C. pour réprimer ceux qui nieraient le surnaturel. Selon Moses Finley, qui a mis en lumière cette dimension religieuse de la démocratie antique, « la liberté cela signifie (pour les Athéniens) le règne de la Loi et la participation au processus de prise de décisions, et non la possession de droits inaliénables »⁵³.

Les républiques atteintes de cette « barbarie de la réflexion » voient donc leurs citoyens se replier sur leurs seuls intérêts particuliers et se désintéresser de l'utilité commune. Alors « s'éteint en elles la force qui avait amené les individus à sortir de leur solitude première »⁵⁴ : les peuples « se décomposent » et chacun sombre dans une apathie civique et une solitude morale dont Vico dresse ce tableau saisissant :

« Ces peuples se sont [...] accoutumés, comme des bêtes, à ne penser à rien d'autre qu'aux propres utilités particulières de chacun et ont atteint le dernier degré des jouissances raffinées, ou, pour mieux dire, de l'orgueil, à la manière des animaux sauvages, qui, au moindre déplaisir, s'offensent et deviennent féroces. Ainsi, au milieu de la plus grande affluence et de la foule des corps, vivent-

⁵³ FINLEY (M. L.), *Démocratie antique et démocratie moderne*, Paris, Payot, 1976, p. 141.

⁵⁴ Cf. PONS (A.), *Vie et mort des nations*, *op. cit.*, p. 315.

ils comme des bêtes farouches dans une profonde solitude des sentiments et des volontés et à peine peut-on en trouver deux qui s'accordent puisque chacun suit son propre plaisir ou son caprice. »⁵⁵

Dans cet état de décomposition, la puissance politique est asservie à celle de l'argent, ouvrant la voie à des démagogues qui font le lit de guerres civiles, en sorte, écrit Vico, que les hommes tombent « d'une liberté parfaite à une tyrannie parfaite »⁵⁶. Arrivé à ce point, le retour (qui est aussi un ultime recours) à la barbarie première, est inévitable.

« Pour toutes ces raisons la Providence fait qu'avec leurs factions obstinées et leurs guerres civiles violentes ces peuples changent leurs cités en forêts, et les forêts en tanières d'hommes. Ainsi vont se rouiller pendant de longs siècles de barbarie les viles subtilités des intelligences malicieuses qui avaient fait d'eux des bêtes rendues encore plus cruelles par la barbarie de la réflexion que n'avait été cruelle la première barbarie des sens. En effet cette dernière manifestait une férocité généreuse, contre laquelle on pouvait se défendre en prenant la fuite ou en se protégeant, tandis que l'autre avec une férocité lâche, et en se cachant derrière des flatteries et des embrassements, complotait contre la vie et la fortune des amis confiants »⁵⁷.

Ce retour à la « barbarie des sens » n'est évidemment pas une partie de plaisir, mais un temps de violence et de désolation. Cette expérience des enjeux fondamentaux de la vie humaine conduit toutefois les survivants à retrouver le sens des réalités et à renouer avec les vertus premières qui sont la condition de la vie de la cité, c'est-à-dire de la civilisation : « Les hommes en petit nombre qui restent à la fin se trouvent alors dans l'abondance des choses nécessaires à la vie et ils deviennent naturellement sociables. Grâce au retour de la simplicité primitive du premier monde des peuples, ils sont religieux, véridiques et fidèles et ainsi reviennent parmi eux la piété, la fidélité, la vérité, qui sont les

⁵⁵ VICO (G.) *Principes d'une science nouvelle*, op. cit., §. 1106, p. 537.

⁵⁶ *Ibidem*, §. 1102, p. 536.

⁵⁷ *Ibidem*, §. 1106, p. 537.

fondements naturels de la justice... »⁵⁸. Les vertus ainsi retrouvées grâce à l'expérience de la barbarie primitive, sont comme de juste les vertus civiques décrites par Cicéron et qui font cortège à la justice dans le rêve de Placentin : *religio, pietas, gratiam, veritas...*

La vie du Droit ne peut ainsi être appréhendée indépendamment de celle des hommes auxquels il s'adresse et qui le mettent en œuvre. Et c'est ici qu'interviennent les vertus civiques : elles représentent la dimension subjective de la vie du Droit et des institutions, les qualités des citoyens et des magistrats sans lesquelles le Droit, détaché de la justice, dégénère et se corrompt. Constaté cette dimension subjective du phénomène juridique, ce n'est nullement postuler l'existence d'une représentation de la justice, qui serait appelée à s'imposer toujours et partout. Bien au contraire c'est prendre acte du fait qu'en tout ordre juridique les hommes sont formés par des règles qu'ils contribuent à faire vivre et qu'ils ne cessent de transformer.

On comprend bien la tendance contemporaine, fruit de ce qu'Augustin Berque appelle le Topos ontologique Moderne (TOM), consistant à aborder le Droit comme un objet posé devant soi, devant le sujet connaissant⁵⁹. Mais cette tendance, qui a porté le positivisme juridique, ne laisse aucune chance de saisir la poétique de la justice, c'est-à-dire les conditions, toujours singulières, de son engendrement dans une situation donnée. Un auteur aussi fin et attentif aux institutions et à la subjectivité que Michel Foucault affirme par exemple que la *parrèsia*, (i.e. de la vertu du parler vrai, c'est-à-dire la *veritas* au sens de Cicéron) est indépendante de la *politeia*, (i.e. des institutions démocratiques grecques). « Les problèmes de la gouvernementalité, affirme-t-il, on les voit apparaître, on les voit formulés pour la première fois dans leur spécificité, dans leur relation complexe, *mais aussi dans leur indépendance par rapport à la politeia* – autour de cette

⁵⁸ *Ibidem, loc.cit.*

⁵⁹ BERQUE (A.), *Histoire de l'habitat idéal. De l'Orient vers l'Occident*, Paris, Éditions du félin, 2010, p. 303 et s.

notion de *parresia* et de l'exercice du pouvoir par le discours vrai »⁶⁰.

Vico et Montesquieu avaient déjà observé bien avant Foucault que le bon fonctionnement des institutions démocratiques suppose des citoyens ayant le courage de dire la vérité. Mais contrairement à lui, ils ne réduisaient pas les institutions à un cadre formel, extérieur aux sujets politiques, c'est-à-dire un système de lois sans esprit des lois. La *parresia* n'est pas « indépendante par rapport à la *politeia* », entendue comme cadre juridique de la démocratie. Foucault, toujours mal à l'aise avec la question juridique, contredit lui-même cette idée d'indépendance, lorsqu'il observe que « La *parresia* est quelque chose dont la place est garantie et définie par la *politeia* »⁶¹. Et il a été le premier à dire que la parole démocratique s'inscrivait dans un rapport agonistique⁶², qui se distingue aussi bien du rapport de dépendance du Conseiller du Prince que du rapport d'antagonisme du résistant. Car s'il faut bien du courage pour parler vrai dans une assemblée démocratique, ce courage n'est pas le même que celui exigé du conseiller du Prince, du résistant à l'occupation, du dissident soviétique ou du prisonnier du Goulag immortalisé par Chalamov dans les *Récits de la Kolyma*⁶³. Dans ce dernier cas, le risque est la mort et la vertu requise n'est pas seulement la *veritas*, mais aussi la *vindicatio*.

Chalamov est aligné de nuit dans la cour du camp, pour un interminable appel dans le froid sibérien. Un autre prisonnier, épuisé, s'est effondré par terre. Il a le visage en sang. Les soldats le frappent à coup de bottes pour l'obliger à se relever :

« Soudain, une vague de chaleur m'envahit. Je compris que tout, toute ma vie, allait se jouer maintenant. Que si je ne faisais pas

⁶⁰ FOUCAULT (M.), *Le Gouvernement de soi et des autres. Cours au Collège de France 1982-1983*, Paris, EHESS/Gallimard/ Le Seuil, 2008, p. 147. Souligné par moi.

⁶¹ *Ibidem*, loc. cit.

⁶² Cette idée a été développée ensuite par les travaux de Ernesto LACLAU et Chantal MOUFFE. Voir en dernier lieu MOUFFE (C.), *Agonistique. Penser politiquement le monde*, Paris, Beaux-Arts éd., 2014.

⁶³ Cf. CHALAMOV (V.), *Récits de la Kolyma*, Paris, Verdier, 2003, p. 814-815.

quelque chose — je ne savais pas très bien quoi — je serais venu pour rien avec ce convoi, j'aurais vécu pour rien mes vingt ans.

La honte de ma propre lâcheté qui me brûlait les joues me quitta : je les sentis devenir toutes froides, alors que mon corps se faisait tout léger.

Je sortis des rangs et déclarai d'une voix qui se brisait :

– Je vous défends de battre cet homme. »

Voilà décrite de façon particulièrement poignante la dimension subjective de la justice, les enjeux d'identité et la capacité de résistance qu'elle représente, dans un univers concentrationnaire où l'être humain se trouve méthodiquement dépouillé de sa qualité de sujet de droit.