

António Manuel Hespanha - Le droit du quotidien - XIX^e Conférence Marc-Bloch, juin 1997 [Texte intégral]

Le droit au quotidien

Le projet juridique de la modernité

Le droit occidental, y compris la construction constitutionnelle de l'État représentatif, est la dernière, et tout compte fait, la plus solide construction intellectuelle des Lumières et de la modernité. Cependant, en tant que construction intellectuelle, comme en tant que dispositif éthique et existentiel, le droit occidental de nos jours fait appel à des ingrédients qui sont tous mis en échec par la sensibilité post-moderne. Dans les minutes à venir, je m'efforcerai de souligner les conséquences les plus intéressantes de la crise définitive du paradigme de la modernité dans le domaine du droit, notamment de sa dogmatique et de son histoire.

Le droit occidental constitue un élément de la stratégie impériale, propre aux Lumières, de mise en ordre de la vie, c'est-à-dire de soumission du quotidien à un projet de rationalisation.

Le droit établi se conçoit comme un projet portant sur des valeurs, défini soit par la volonté du législateur, soit par la réflexion théorique des juristes (« normativisme »). La prétention du projet juridique se manifeste sur le plan épistémologique à travers la distinction bien connue entre le devoir être et l'être, véritable fondement du savoir juridique établi. Mais cette arrogance s'exprime également sur le plan politique, sur lequel la règle du primat du droit a atteint le statut de norme constitutionnelle fondamentale dans les sociétés contemporaines (« légalisme »).

Ce dogmatisme du projet juridique découle de deux facteurs. D'un côté, son étroite liaison avec un autre projet des Lumières, le scientisme. De fait, depuis le XVIII^e siècle le savoir juridique est configuré – à divers et suivant diverses justifications – comme une science. Il capitalise ainsi les avantages qui, dans le cadre du projet scientiste, découlent de la possibilité de décider entre plusieurs solutions juridiques contradictoires, en termes de vrai ou de faux. D'un autre côté, il faut souligner l'attachement toujours plus marqué du droit à l'État. Depuis le XIX^e siècle, le droit a été de plus en plus une affaire d'État. Son autorité est moins tirée du prestige intellectuel d'un corps de juristes particuliers que de l'empire de la souveraineté étatique.

Dans la mesure où ces deux facteurs se combinaient dans la théorie juridique du siècle passé, on peut dire que le primat du droit est désormais protégé par le fait que quiconque s'en prenait à lui se trouvait du même coup en opposition à la Vérité et à l'État.

C'est ainsi que le droit s'est instauré lui-même comme un ordre dogmatique, univoque et systématique¹, contre une longue tradition juridique européenne marquée par le relativisme axiologique de la topique et du pluralisme normatif du droit commun.

L'allure impériale de ce projet juridique issu de l'illustration pèse lourdement sur les stratégies théoriques des sciences sociales de nos jours.

D'un côté, sur les juristes, qui croient naïvement autant à la toute-puissance du droit de l'État qu'à la réalité de l'état de droit. Pour eux, la loi règne solitaire et majestueusement sur tous les

coins de la vie quotidienne. Des faits du quotidien, par contre, ne viendrait aucun appel normatif. Il serait le règne des faits-objets, de la vie en brut, du non-droit.

D'une façon plus indirecte, les scientifiques sociaux sont, eux aussi, victimes du fétichisme étatique. Le droit – c'est-à-dire la dimension normative de la vie – est souvent identifié avec la loi et l'État. Donc, ce qui reste pour l'analyse des faits sociaux sont des régularités empiriques, statistiques, toute l'analyse des significations internes des actes humains étant hors de l'horizon de la démarche sociologique.

D'un autre côté, d'autres méconnaissent souvent le vrai niveau d'efficacité du droit moderne. En fait, l'« espace dogmatique industriel » dont parle Pierre Legendre, cette masse immense de savoirs textuels liés à l'État qui produit sans cesse des visions normatives du monde, a d'abord été une monumentale machine de productions d'images normatives qui agissent essentiellement sur le plan imaginaire, plutôt que l'agent responsable d'une normation effective et directe des sociétés contemporaines. De ce point de vue, l'État et son droit ne sont pas des fantômes, mais des dispositifs formidables de production et d'inculcation de modèles d'action.

L'objectif de ce texte est celui de montrer comment la déconstruction du projet juridique des Lumières, qui nourrit encore nos représentations politiques, ouvre des espaces nouveaux à la réflexion théorique, tant sur le champ du droit que sur celui de l'histoire.

Le droit au quotidien

Il est difficile de montrer que le droit officiel régule aujourd'hui les mécanismes du quotidien plus qu'à d'autres époques. Au contraire, si nous analysons froidement et sans préjugé les mécanismes de régulation des sociétés contemporaines, nous nous rendrions aisément compte que le projet juridique n'a fini par produire que des trompe-l'œil qui masquent mal l'impuissance du droit face à l'expérience sociale.

La vie, elle, produit en permanence de la normation, sous la forme de systèmes normatifs autonomes et spontanés. C'est précisément cela que la théorie juridique la plus récente met en valeur en tant que « droit ».

La vie quotidienne constitue de fait un monde aux multiples niveaux et formes d'organisation, une organisation à la fois non réflexive et acceptée comme allant de soi (*taken for granted*).

La vie quotidienne est considérée comme le plus authentique des mondes humains, précisément parce que spontané, non médiatisé par des projets culturels hétéronomes, et parce qu'enraciné dans les conditions concrètes d'existence. Mais aussi le plus réel et le plus effectif des mondes humains.

Les normes qui produisent et informent (plus qu'elles n'orientent) les comportements constituent ainsi le droit le plus authentique et le plus effectif, justement parce qu'il est aproblématique, non réflexif et parfaitement adéquat aux situations. Austin Sarat synthétise de façon très expressive ce nouveau modèle de transactions entre le droit et le quotidien :

« Vu sous cet angle, le quotidien est le domaine de l'action comme celui des événements, celui de la production comme celui de la consommation. Une fois qu'il est le plateau de l'action et de la production, nous pouvons nous tourner vers le quotidien pour voir de quelle façon le droit s'y trouve rétabli et reformulé, tout à fait au-delà des lieux officiels de son élaboration bien déterminés et distingués². »

Ainsi le monde quotidien est-il :

a) Un monde de *production de normes*. Les unes complètement autonomes, nées des mécanismes de la vie de tous les jours (normes de comportement dans le cadre de la famille, des groupes d'amis, du quotidien professionnel, des relations entre les sexes, etc.). D'autres, issues des normes du droit officiel mais transformées, adaptées et, souvent, réagissant contre leur même souche.

b) Un monde de normes *non cohérent*. Puisque les pratiques humaines s'organisent sur une infinité de scènes – une fois encore, la famille, la profession, les loisirs, les relations formelles, les relations informelles –, produisant chacune des modèles de comportement autonomes et non transférables ni généralisables, et dont l'acceptation et l'adéquation à un contexte ne sauraient être que « locales ».

c) Un monde de normes *non intentionnelles*. Dans la vie quotidienne, de fait, la routine et le sens commun qui orientent l'action eux-mêmes ne sont pas des fonctions réfléchies ou intentionnelles. Ils sont là et admis pour tels. Leur norme s'apparente à des règles aléatoires, à des rituels, à des hasards, à quelque chose qui fonctionne pour soi-même, comme aveugle aux rationalités et aux finalités.

d) Un monde de normes *volatiles et faiblement structurées*. Les normes de la vie de tous les jours ne disposent même pas de l'imposante immobilité que l'institutionnalisme attribuait aux complexes normatifs aisément identifiables, sous le terme d'institutions. La vie quotidienne, qui n'est pas un monde de monumentalité, s'organise à des niveaux ordinaires, casuels et immédiats des pratiques sans nom.

La prise en considération du quotidien comme niveau décisif d'identification et d'analyse des mécanismes juridiques a été à l'origine d'une révolution copernicienne dans le travail de compréhension théorique du droit.

En premier lieu, l'idée de « projet juridique » est complètement dissoute. Dans la réglementation du quotidien, il n'existe pas de projet de normation externe et imposé aux faits, pas plus que de projet unitaire, ni même de pensée intentionnelle qui puisse être configurée comme stratégie de régulation.

En second lieu, le concept de droit du quotidien retire à l'État et au droit officiel toute prééminence, assignant aux périphéries de la société et même aux choses (comme dispositifs bruts, M. Foucault, L. Thévenot) le rôle de législateur.

Ce sont alors les concepts d'intentionnalité et de rationalité qui finissent par s'effacer. Que ce soit au niveau de la régulation globale ou au niveau de chaque agrégat de normes, il n'est plus possible d'identifier ne serait-ce que l'ébauche d'une stratégie.

Avec tout cela, ce qui disparaît c'est la « place du droit » elle-même, dissoute dans la continuité parfaite des divers systèmes normatifs qui habitent la vie quotidienne. Avancer cela, sur le plan théorique, n'est pas peu de chose. En effet, le rôle organisateur du droit – et, par ce biais, de l'État et du Sujet – est remplacé par l'agencement automatique et auto-référent des mécanismes pratiques. Le savoir juridique réacquiert son ancienne nature prudentielle, de sage observation de processus naturels.

Mais ce modèle d'analyse s'applique également au droit savant (au savoir juridique des juristes professionnels). Il est, lui aussi, un élément du quotidien. C'est-à-dire qu'il est également auto-

produit, enraciné dans la pratique, conflictuel et aléatoire. Cela renvoie à une conception du savoir juridique pour laquelle les « motifs nobles » (fins visées, cohérence théorique, construction dogmatique), couramment invoqués par les juristes, sont, peut-être, moins décisifs dans la production d'effets dogmatiques ou dans les propositions de politiques du droit que les mécanismes autonomes de modération du discours, par les routines doctrinales, par les jeux des mots et des textes, par les éléments purement matériels d'organisation du texte, par les dynamiques institutionnelles des milieux des juristes ou par les luttes symboliques internes à leur champ.

À partir de ce qui vient d'être exposé, on comprend comment et à quel point la nouvelle construction du droit et de ses discours peut être éclaircie par le modèle des systèmes autoréférentiels³. Cela concerne, en particulier, 1) l'idée d'autonomie (de fermeture) du droit par rapport à d'autres dimensions de la pratique sociale (anti-fonctionnalisme), 2) l'idée de fermeture du quotidien au droit, de même que l'idée de sa capacité auto-normative plurielle et, enfin, 3) du caractère « local » et, lui-même, auto-produit du savoir juridique.

Sur le premier point, la théorie des systèmes autopoïétiques permet de construire théoriquement la résistance que le droit oppose aux intentions et aux projets venus d'autres univers de communication. C'est ainsi que tout ce qui est avantageux sur le plan économique ou sur le plan politique ne peut obtenir, par ce simple fait, une caution juridique. À partir de là, le systémisme autopoïétique représente une garantie contre la tentation de dissoudre le droit dans une logique du « social » ou dans un déterminisme economiciste, ou encore de le considérer comme un simple instrument, disponible et docile, de la volonté politique ou d'ingénierie sociale.

Sur le second point (les relations entre droit et quotidien), l'idée d'autopoïèse rend bien compte des résistances des systèmes de communication du quotidien (après tout, la vie quotidienne constitue bien un système ou plutôt un ensemble de systèmes de communication) face au droit officiel.

Les projets normatifs de celui-ci demeurent inefficaces parce que – même s'ils arrivent à se faire transcrire suffisamment dans les mêmes normes du droit officiel – ils ne seront guère reçus par les divers systèmes normatifs de la vie de tous les jours.

Quant au dernier point (le caractère « local » du savoir juridique), l'idée d'autopoïèse explique bien l'indisponibilité du système juridique dogmatique face aux projets issus d'autres systèmes de rationalité sociale, comme la politique ; les difficultés que l'on rencontre lorsqu'on prétend transcrire des normes et des concepts d'un système juridique vers un autre.

L'empire du texte

Le « projet juridique » peut être objectivé sous forme de textes (normes, codes, constitutions) dont le sens peut faire l'objet d'une interprétation, c'est-à-dire qu'il est décidable. C'est, enfin, la posture positiviste.

Le discours juridique établi est conçu, lui aussi, comme un discours impérial. L'un de ses modèles contemporains – le positivisme légaliste – est tenu pour une simple description du discours législatif, tirant son autorité indiscutable de la loi. L'autre modèle – le positivisme conceptuel – s'émancipe de la légitimation législative grâce au statut impérial de la science.

Dans un cas comme dans l'autre, le discours se situe du côté de la Vérité. Et il emprunte une grammaire tenue comme la seule possible⁴.

À cet impérialisme discursif, la sensibilité contemporaine oppose deux constats. Le premier, c'est que le discours juridique repose sur une narrativité inscrite dans une grammaire particulière. Le second c'est que la narrativité juridique la mieux adaptée est celle qui s'organise à partir de la plus faible mobilisation de références aux grandes valeurs de la vérité et de la rigueur.

On a vu depuis longtemps que le modèle du discours juridique ne se fondait pas sur la référence forte de la démonstration mais plutôt sur la référence faible de la persuasion. La grande tradition juridique occidentale, jusqu'au XVIII^e siècle, a eu donc conscience de la précarité d'une bonne part des structures du discours des juristes et du rôle que pouvaient jouer, dans ce domaine, les facteurs d'argumentation « locaux ». Dans la seconde moitié du XX^e siècle, les courants qui se sont intéressés à la « topique » (T. Viehweg) et à la « nouvelle rhétorique » (C. Perelman), ont redécouvert le caractère situé du discours juridique, ouvert à l'intertextualité et associé à des contextes pragmatiques divers. En tout cas, l'idée d'une nécessité logique minimale demeurait solide, bien que toujours tenue pour particulière. La tradition rhétorique du droit, elle-même, semblait faire la démonstration de la continuité du catalogue des topiques et des raisons de décider usitées dans le discours juridique, comme si cela avait quelque chose de concret à voir avec l'étoffe du droit.

La confiance en une nécessité discursive dans le domaine du droit achève de se défaire de nos jours. Le rapprochement explicite de la narrativité littéraire et de la narrativité juridique est, en effet, contemporain du tournant linguistique et du déconstructivisme des années 1980.

Désormais, il importe d'affirmer que le moteur du discours juridique n'est pas la raison ou la force des choses mais une grammaire locale aussi arbitraire et occasionnelle que la fiction ou la poésie (Jackson, 1985, 1988). Cette perspective ne se contente pas de miner la référence épistémologique du discours, elle accorde, en outre, une importance très grande à la pragmatique. Ainsi, le texte ne peut-il plus être séparé de ses contextes, en particulier de ses contextes non textuels. Il est enfermé dans un filet de relations avec d'autres textes et avec les situations de la vie. Le texte « est un textile » tissé par de nombreuses mains et dont les fils peuvent être tirés dans de nombreuses directions⁵.

Ainsi ce décentrement de la raison juridique vient s'ajouter au décentrement des juristes eux-mêmes dans l'établissement d'une grammaire profonde des discours du droit. Communiquer, cela consiste – de façon particulièrement claire dans le domaine du droit – à capter la bienveillance d'un auditoire, à susciter l'intérêt pour ce qui est dit et à séduire par un dénouement. Comme dans les histoires qu'on raconte seulement pour plaire⁶.

« Raconter des histoires », tel a été le modèle choisi par la réflexion américaine la plus récente sur le discours juridique. Rien n'est plus insultant pour le discours impérial du droit. Configurer les actes du discours juridique sur le mode « raconter des histoires » signifie, sans doute, abandonner toute référence à la vérité et assumer les narrations juridiques comme des narrations fictionnelles, subordonnées à des grammaires locales, quoique suffisamment contraignantes, admettant même une certaine marge d'esprit dilettante ou ludique. Mais « raconter des histoires », avec la dimension orale que cela suppose, cela renvoie non seulement à des milieux culturellement profanes mais peut-être même culturellement déprimés. Ces milieux, les anthropologues peuvent y entendre la voix des « autres » et les *critical legal scholars* les explorent dans le cadre des *subaltern studies*. De fait, les applications de la déconstruction du discours juridique à travers l'analyse d'histoires ont, le plus souvent, partie liée avec les discours juridiques (ou d'intention juridique) de femmes, de minorités ethniques, d'enfants, de marginaux. À partir de là, tous ceux que le discours juridique impérial n'intégrait que comme objets – et même sous cette condition, reformatés sous les catégories juridiques de « détenus », « acteurs », « témoins » –, comme des

entités dont on parlait, deviennent désormais de véritables sujets de discours tenus pour importants.

Postmodernisme et analyse du droit

Un bilan des conséquences de cette compréhension du droit, soit pour les stratégies théoriques dans le cadre de la dogmatique juridique, soit dans le domaine de l'écriture de l'histoire politico-institutionnelle, peut être brièvement tracé.

L'analyse dogmatique

Sur le plan de la dogmatique juridique, la reconnaissance du caractère non centré, pluraliste et non étatique de l'ordre oblige à repenser certains éléments essentiels de la théorie de la norme, en particulier, la théorie de l'interprétation et de l'intégration.

De fait, les ordres juridiques dont nous découvrons la structure constituent une superposition, conjoncturellement dynamique, de sous-ordres normatifs :

- fondés sur des convictions juridiques et culturelles différentes ;
- obéissant à différents principes d'auto-identification (les différentes « normes de reconnaissance », selon la formule commode de H. L. Hart) ; et
- animés par différents mécanismes de raisonnement, de preuve et d'exposé.

C'est pourquoi, les postulats, principes ou dogmes des différents sous-ordres n'ont jamais qu'une valeur « locale », ne faisant sens comme référence qu'à l'intérieur du sous-système de normes dont ils sont inférés. Le seul « dogme » qui peut prétendre atteindre une valeur globale est justement le principe de la nature plurielle du droit, ainsi que ses corollaires, telle la nécessité de respecter l'équilibre des diverses parties entre elles et vis-à-vis de la totalité.

Cette situation présente des similitudes dignes d'être signalées avec l'architecture politique et l'ordre juridique de l'époque du droit commun médiéval en Europe. Alors, comme aujourd'hui, on avait conscience du fait que divers pouvoirs autonomes et concurrents coexistaient dans la société, ainsi que différents ordres juridiques, diverses normes, diverses sources de légitimité. L'équilibre relatif de ce système était garanti par le principe supérieur de la justice, entendue comme le respect du statut propre à chaque chose (et, partant, le respect de chaque ordre juridique) : *perpetua et constans voluntas ius suum cuique tribuendi*.

La situation actuelle peut être aisément lue à la lumière de cette métaphore historique.

Dans une société pluraliste, la principale mission normative d'une théorie du droit consiste précisément à définir le ressort de validité des différents principes et dogmes, en fonction de leur lieu de naissance. Cela requiert plusieurs phases. La première consiste à révéler les cadres conceptuels les plus profonds de chacun des ordres juridiques particuliers. Il ne s'agit pas là d'une tâche ordinaire, en particulier lorsqu'on s'attaque à un ordre normatif dépourvu de développement doctrinal propre, comme dans le cas des droits du quotidien ou des droits dépourvus d'une dimension savante.

Au cours de cette phase d'interprétation profonde (*thick interpretation*, C. Geertz) de chaque sous-système juridique, le juriste, formé par une certaine culture et par une certaine tradition intellectuelle spécialisée, rencontre deux difficultés. D'une part, il doit s'immerger profondément dans l'univers mental d'une culture qui lui est étrangère, afin de pouvoir conduire l'inventaire des

postulats intellectuels des normes juridiques étudiées. Des éléments aussi profondément enracinés que les idées d'ordre, de temps, de personne et de chose, la relation entre volonté et ordre, masculin et féminin. D'autre part, à partir de ces postulats et de ces normes, le juriste doit savoir extraire les dogmes et les concepts adéquats à ces ordres juridiques, en évitant tout transfert de dogmes étrangers, même au niveau purement syntactique et logique du discours (par exemple, la procédure logique de la subsumption, les arguments *a contrario*, *a maiori*, etc.)⁷.

La seconde phase consiste à combiner les résultats antérieurement obtenus (dogmes, concepts, principes « locaux ») dans le cadre d'une élaboration doctrinale et globale du droit pour une société donnée, qui ne réduise, en globalisant, le caractère composite du tout. Il s'agit, en d'autres termes, de trouver des critères qui permettent de hiérarchiser les principes et les dogmes issus de sous-ordres « locaux » afin de résoudre des situations de la vie qui sont en contact avec ces ensembles normatifs. L'objectif est donc de développer une sorte de « norme du conflit » sur le plan des relations entre systèmes normatifs particuliers. En quelque sorte, comme le faisaient les anciens juristes, quand ils confrontaient les topiques juridiques disparates, au sein de modèles mutants de hiérarchisations⁸.

L'analyse historique

L'historiographie juridique et institutionnelle semble avoir anticipé certaines conséquences méthodologiques de cette réévaluation de la place du droit dans la société. Cela est peut-être dû au fait qu'avant la constitution de l'imaginaire étatique légaliste, la réflexion sur le droit tenait compte d'un grand nombre de ces phénomènes de régulation sociale qui attirent aujourd'hui l'attention des plus récents courants de la réflexion sur le droit.

Anti-étatisme et auto-organisation

De nos jours, on a pris conscience du fait que les ordres normatifs sont nombreux – de la morale à la routine, de la discipline domestique à l'organisation du travail, des schèmes de classification et de hiérarchisation des arts à la séduction. La façon dont ils se combinent pour conduire la discipline est également infiniment variable. Certains des courants les plus importants de la réflexion politique contemporaine se sont penchés sur ces formes minimales, persuasives, invisibles, « douces » de discipline (Foucault, 1978 ; Bourdieu, 1979 ; Boltanski, 1991 ; Thévenot, 1992 ; Serrano González, 1987a, 1987b). La plupart de ces formes ne se situent pas au sommet de la politique, mais plutôt au niveau le plus bas (au ras du sol, J. Revel) des relations quotidiennes (famille, cercles d'amis, routine de tous les jours, intimité, usages langagiers). C'est en ce sens que ces mécanismes de normation peuvent être interprétés comme un droit du quotidien. Après tout, ils opposent une résistance dont se montrent incapables en général les normes et les institutions du droit officiel.

La conception d'une société auto-organisée dans le cadre d'une pluralité d'ordres juridiques n'a rien de neuf. Elle est née dès la fin du XIX^e siècle, lorsque fut formulée l'idée que la sociabilité humaine était organisée objectivement sous forme d'institutions immanentes et nécessaires face auxquelles l'ordre de l'État paraissait presque impuissant. Bien qu'abreuvée à d'autres sources, la théorie politique la plus récente revient à cet imaginaire pluraliste de l'ordre politique. Elle accentue dès lors le décentrement du droit officiel dans l'ensemble des mécanismes de discipline et fait porter l'attention sur le rôle formateur de mécanismes humbles et discrets de la vie quotidienne. De son côté, la « théorie critique » problématise l'idéologie de la neutralité politique et insiste sur l'impact politique de toute activité humaine, en particulier au niveau symbolique et culturel. Dans cette optique, M. Foucault a souligné le caractère « moléculaire » du pouvoir, son omniprésence dans la société (« pan-politisation ») et la nécessité que la théorie politique

devienne, si elle veut saisir le pouvoir dans toute son extension, une « micro-physique » du pouvoir. De l'anthropologie juridique sont venues les idées de pluralisme, de coexistence de différents ordres juridiques, légaux ou coutumiers, dans le même espace social (Hooker, 1975 ; Geertz, 1963, 1983 ; Chiba, 1989). Pour finir, le postmodernisme a apporté une sensibilité nouvelle à l'égard des formes implicites, informelles et quotidiennes de pouvoir (Toffler, 1990 ; Hespanha, 1992a ; Santos, 1994, 1995 ; Sarat, 1993). C'est pourquoi on peut avancer que l'historiographie juridique actuelle s'appuie aussi bien sur des thèmes issus de la réflexion théorique la plus académique que sur une pré-compréhension du monde fondée sur la culture contemporaine la plus récente.

Il en résulte actuellement chez les historiens du droit un net penchant pour les études sur les formes les plus évanescences et diffuses de l'ordre, en particulier dans la société politique d'Ancien Régime, tels le droit informel, le droit des communautés rustiques et paysannes, tels l'amour et l'amitié (Clanchy, 1993 ; Hespanha, 1983, 1993b ; Clavero, 1993), telles l'organisation du savoir (Avellini, 1990 ; Petit, 1992), l'organisation du discours (Grossi, 1992 ; Costa, 1969, 1986), la discipline domestique (Frigo, 1985a), la charité et l'assistance (Serrano González, 1992)².

Contre la téléologie

Un autre vecteur de rupture avec le projet juridique des Lumières est celui d'une lecture aléatoire du cours de l'histoire juridique. Cette lecture consiste à insister sur le fait que le droit ne connaît pas un développement linéaire, nécessaire, téléologique. De fait, les juristes et les historiens du droit ont tendance à croire que le droit relève d'une antique tradition agrégative dans laquelle les solutions nouvelles sont le produit du perfectionnement des plus anciennes.

Au contraire, l'idée de discontinuité domine aujourd'hui, souveraine, soit la théorie de la culture, soit l'écriture de l'histoire. En fait, le manque de continuité entre périodes culturelles n'est que le corollaire du caractère local et auto-référenciel des valeurs. Si la notion de discontinuité nous offre une perspective sur le présent, elle influe également sur notre façon de considérer le passé. Celui-là n'est plus le précurseur du présent, un laboratoire de solutions qui ne connaîtront leur plein développement qu'aujourd'hui. Le passé cesse ainsi d'être analysé en fonction de ce qui survient après lui. Il s'émancipe du présent. Sa logique et ses catégories propres gagnent en épaisseur et en autonomie. Sa différence s'impose pleinement. L'émergence de cette différence, de cette étrange expérience qui nous vient du passé, renforce de façon décisive le regard distancié et critique sur notre présent (ou, dans le cas qui nous occupe, sur le droit positif).

Si l'on accepte de prendre en considération le concept de discontinuité, le rôle de la tradition – concept qui a toujours joui d'une grande considération en droit – doit être complètement bouleversé. Du point de vue du droit actuel, la tradition ne représente pas un résultat, produit d'un lent perfectionnement de la sensibilité juridique, mais plutôt un principe du futur, c'est-à-dire une série d'outils (en partie des outils intellectuels) grâce auxquels sont produits de nouveaux résultats juridiques. En fait, le travail de production de nouveaux effets juridiques (nouvelles normes, nouvelles valeurs, nouveaux dogmes) est conduit par le recours à des outils hérités de la tradition : outils institutionnels (institutions, rôles sociaux), outils discursifs (langage technique, topiques, modèles d'argumentation et d'administration de la preuve, concepts et dogmes), outils de communication (bibliothèques, réseaux académiques ou intellectuels). C'est ainsi que le passé modèle le présent, tel que le présent modèle le futur. Ce n'est pas par l'imposition directe de valeurs et de normes, mais par l'offre d'une grande partie de l'outillage social et intellectuel à partir desquels sont produites les nouvelles valeurs et les nouvelles normes.

L'utilité de la notion de discontinuité ayant été établie – avec la critique implicite de la notion de progrès linéaire qu'elle appelle –, le présent cesse d'être l'apogée du passé, le dernier stade d'une évolution qui aurait pu être prévue depuis longtemps. Tout au contraire, le présent n'est rien d'autre qu'un arrangement aléatoire, entre tous les bricolages d'éléments hérités qui auraient pu être montés.

Une consigne pour les historiens : prendre au sérieux les textes juridiques

Une lecture du droit après les Lumières, en rompant avec le présupposé d'une rationalité unidimensionnelle du projet juridique, soulève automatiquement la question des rationalités « locales » implicites des textes, comme ensemble de catégories et d'axiologies contenues dans les normes du droit.

Cependant, l'histoire classique du droit pratiquait déjà une approche herméneutique des textes. Elle cherchait, derrière la surface des mots, la continuité des concepts et des idées. Tel était précisément l'objet de l'histoire des dogmes (*Dogmengeschichte*) si en vogue depuis une centaine d'années. Dans ces conditions, en quoi se différencie la nouvelle herméneutique ?

La critique la plus pertinente qui puisse être adressée à l'histoire juridique traditionnelle c'est celle de son dogmatisme. Celle-là évite, en effet, toute distanciation (*Entfremdung*), toute contextualisation historique des objets qu'elle étudie, dans la mesure où elle présente les institutions ou les dogmes doctrinaux comme des modèles nécessaires (et par conséquent ahistoriques), découlant de la nature des choses ou de l'évidence rationnelle. En revanche, cette herméneutique culturaliste, en relativisant les modèles juridiques et institutionnels, invite à leur mise en perspective historique, à leur lecture dans le contexte d'une histoire des formes culturelles et, bien sûr, à leur enracinement dans des contextes pratiques¹⁰.

La logique originelle des sources peut être ainsi respectée, même lorsqu'elle est distincte de nos conceptions. Les témoins du passé sont enfin pris au sérieux. Leur étrangeté éventuelle n'est plus banalisée, comme cela se produit lorsqu'elle est filtrée par les catégories du sens commun de l'historien.

Les textes qui composent la tradition littéraire européenne consacrée au pouvoir et au droit ont été l'objet d'un travail constant de réinterprétation. Et particulièrement les textes juridiques. Traditionnellement, les juristes – qui pensaient que ces textes étaient dépositaires de la *ratio scripta* – les lisaient sous l'influence de nouveaux contextes : en un mot, ils les ont modernisés. D'autre part les historiens, surtout historiens du droit, formés par la leçon de l'histoire des dogmes juridiques, ont lu ces textes de façon rétrospective, en cherchant à montrer que les concepts et les modèles de leur temps avaient déjà affleuré par le passé.

C'est pourquoi la fraîcheur des significations originales est obscurcie aujourd'hui par des couches successives de modernisations et de récupérations. Ce qui était étranger est ainsi devenu familier, l'inattendu devient banal, ce qui devrait heurter est attendu. La lecture courante retrouve les mots qu'elle attend aux endroits prévisibles. Les mots se remplissent de sens commun, ce qui veut dire qu'ils n'ont plus aucun sens particulier. Le présent regarde le passé et y retrouve son image comme au miroir.

L'autre façon de banaliser les textes anciens consiste à euphémiser ce qui est écrit, en accordant le statut de métaphore ou de dispositif purement rhétorique à tout ce qui ne coïncide pas avec notre rationalité. Le métier de l'historien consisterait alors à interpréter son texte avec perspicacité,

ramenant ce qui est écrit aux dimensions de ce qui réellement pensé en lui restituant son sens véritable.

Cette lecture qui se veut « perspicace » s'applique, par exemple, aux références que les textes juridiques et politiques multiplient à propos de l'amour. Dans ce cas, l'opération de banalisation fonctionne selon deux modalités. D'un côté, le concept d'amour est réinterprété. Il n'y aurait qu'un type d'amour qui correspond à celui de notre grammaire des sentiments, l'amour pour l'amant, voire l'amour pour les parents ou les enfants. En revanche, l'amour « politique », l'amour pour les gouvernants et pour le bon gouvernement, un amour qui serait à l'origine de l'ordre et de la justice, ne sont tenus que pour des façons emphatiques de dire, des dispositifs rhétoriques creux, sans contenu mental et moins encore social. L'approche ancienne des sentiments affectifs (ou des attitudes qui leur sont liées) touchant des personnes aussi différentes que le roi, les parents, les compagnons de voyage ou les amants n'aurait donc rien à nous dire de la réalité politique « réelle ». On pourrait dès lors n'en tenir aucun compte dans une analyse des effets politiques¹¹.

Mais une lecture profonde (une lecture « dense » pour reprendre une terminologie déjà utilisée pour évoquer des questions proches¹²), une lecture qui respecte tout ce qui est dit et omis, qui rejette le sens commun, qui subvertit une approche lénifiante du passé, une telle lecture montre que les textes qui parlaient d'amour reposaient sur une autre grammaire des sentiments qu'ils contribuaient aussi à forger et à diffuser, une autre *anatomia dell'anima* (Mario Bergamo). C'était là l'impensé du droit ainsi que de l'ensemble des savoirs l'homme et la société, ce qui donnait un sens spécifique et profond à ses propositions.

Le travail de récupération des significations originales, on le voit, est ardu. Le sens superficiel doit être écarté pour laisser la place aux couches successives de sens. Tout comme en archéologie, cette excavation du texte doit progresser par couches. Chaque trouvaille sur chacune d'entre elles doit faire sens à son niveau spécifique. Bien sûr on peut travailler sur les emplois dont elles ont fait l'objet ; mais cela est une autre histoire, celle de la tradition. L'effort doit donc porter, à chaque étage stratigraphique, sur la redécouverte de l'étrangeté et non pas celle de la familiarité de ce qui est écrit. Il faut éviter de se laisser emporter par des lectures pacifiques. Il faut s'efforcer de lire et de relire en interrogeant chaque terme, chaque concept, chaque proposition, chaque évidence en essayant de trouver des réponses non pas à partir de notre logique, mais à partir de la logique même du texte. Il faut creuser jusqu'à ce que l'implicite du texte devienne explicite et puisse faire l'objet d'une description. C'est alors que les banalités se chargent de sens nouveaux et inattendus. Le passé est alors retrouvé dans sa scandaleuse diversité.

L'écoute des profondeurs du texte nous conduit également aux limites de notre univers d'interprétation.

En réalité, la pluralité des options humaines face à la pluralité de situations constitue le fondement des comportements et des pratiques. Ces situations sont évaluées en fonction de dispositions cognitives, émotionnelles ou spirituelles qui dictent également les types de réaction des sujets. À moins que l'on n'adhère à l'idée d'une nature innée et commune de ces dispositions, celles-ci demeurent hors de portée d'une connaissance externe, historique ou pas. Le mieux que l'on puisse faire alors, dans le cadre de cette herméneutique de la pratique, c'est encore de signaler les manifestations extérieures – qu'il s'agisse de comportements ou de discours (en particulier ceux qui décrivent les états d'esprit) –, de les décrire avec précision et, à partir de là, essayer de repérer les dispositions spirituelles qu'elles expriment, aux sources des significations authentiques de la pratique.

Consensualité et tréfonds anthropologique

Si je ne m'abuse, le projet d'une herméneutique anthropologique des textes juridiques ouvre à l'histoire du droit un riche espace de recherche. Il me semble ainsi vraisemblable que s'il existe des voies d'accès à l'impensé social des époques médiévales et modernes, le véritable chemin est celui que tracent les textes de la théologie, de la morale et du droit.

Quelle est cependant la nature particulière qui donne aux textes de droit cette virtualité herméneutique ? De nouveau, un particulier rapport entre la structure du discours et le sens quotidien.

Jusqu'au XVIII^e siècle, la théologie morale et le droit ont été les savoirs les plus importants sur l'homme et la société. Ils forment alors une tradition composée de très anciens sédiments. Il s'agit donc d'une tradition qui recueille des schémas culturels de représentation de l'homme et du monde très connus et, surtout, consensuels. La discussion perpétuelle à l'intérieur d'un même univers littéraire a permis d'éprouver le caractère consensuel des interprétations et des lectures et leur adéquation à l'expérience vécue.

De plus, depuis son antiquité, la tradition faisait comme si elle avait intégré les schèmes les plus fondamentaux de saisie de la vie, en instituant des grilles de distinction et de classification, des façons de décrire, des constellations conceptuelles, des règles d'inférence, des modèles d'évaluation. Ces schèmes se trouvaient incorporés dans le langage lui-même, ils étaient devenus communs à travers une littérature vulgaire, des *topoi* ou des brocards, étaient extériorisés sous forme de manifestations liturgiques, de programmes iconographiques, de pratiques cérémonielles, de dispositifs architecturaux. Ces schèmes avaient acquis, du même coup, une capacité de reproduction bien au-delà de ce qu'annonçaient les textes eux-mêmes. La tradition littéraire théologique, éthique et juridique constituait ainsi un *habitus* d'auto-représentation des fondements anthropologiques de la vie sociale. C'est pourquoi leur capacité de mise en forme précédait toute intention normative car elle inculquait nécessairement les schèmes de saisie de la vie sociale eux-mêmes.

Point uniquement descriptive, cette littérature était également normative. Sa puissance préceptive était considérable, autant du fait que ses propositions semblaient découler à la fois de la nature et de la religion, que parce que son intention n'était pas de décrire le monde mais de le transformer. De fait, ce qui est décrit dans les ouvrages de théologie et de droit est présenté comme un ensemble de phénomènes inévitables de la nature ou de propositions inviolables de la religion. Les états d'esprits des hommes (*affectus*), leurs relations entre eux et leurs effets externes (*effectus*), étaient présentés comme des modèles contraignants de conduite, garantis, en amont, par la nature immuable et, en aval, par la menace de la perte.

Les recettes pratiques aussi bien que l'appel à des valeurs universelles, à la nature ou à la religion, facilitaient la diffusion de modèles mentaux ou pragmatiques contenus dans ces textes auprès d'auditoires fort distincts, sur le plan culturel, du groupe des producteurs. De plus, les milieux institutionnels dans lesquels ces textes étaient produits disposaient d'« interfaces de vulgarisation » très efficaces (le sermon, la confession auriculaire, la littérature de dévotion, la liturgie, l'iconographie sacrée, pour la théologie ; les formulaires notariaux, la littérature de vulgarisation juridique, les brocards, les décisions des tribunaux, pour le droit), par lesquelles les textes matriciels trouvaient des traductions adéquates à une grande diversité d'auditoires.

Cette imprégnation pluriséculaire a converti le droit et la morale en savoirs consensuels. Du reste, la vocation première de ces discours était de garantir un consensus autour de leurs propositions

fondamentales. Cette vocation était au cœur du modèle épistémologique du savoir éthique et juridique, fondé sur l'autorité du consensuel (*opinioniones communes*) et sur les techniques de raisonnement argumentatif de la *quastio*, qui permettaient de construire des conclusions à partir d'une procédure réglée de contreposition de perspectives opposées.

Il ne nous semble guère prudent, cependant, d'ériger le modèle culturel qui commande l'esprit des institutions et de la littérature doctrinale comme s'il s'agissait d'un modèle global capable de rendre compte de l'ensemble du social, un peu comme le fait Louis Dumont à propos des cadres mentaux qui déterminent les hiérarchies sociales dans la culture hindoue (Dumont, 1966). À l'évidence, il existe des modèles de représentation étrangers aux discours des théologiens et des juristes. Par exemple, dans le monde ibérique à l'époque moderne, les représentations des « politiques » sont fondées sur des valeurs telles l'opportunité et l'efficacité, qui entrent en contradiction forte avec la conception de la société qu'informe le discours de la théologie morale et du droit

Le discours des théologiens et des juristes permet seulement d'accéder à ces autres constellations cognitives et axiologiques en contre-plan, dans la mesure où ils polémiquent contre elles. Et même sans cela, le discours officiel peut nous dire quelque chose de ce qu'il méprise et passe sous silence, tel le droit des rustiques (Hespanha, 1983). Bien sûr, ces autres modèles – qu'ils soient des variantes (premier cas) ou des alternatives (second cas) – doivent être intégrés par les historiens dans le tableau des paradigmes d'organisation sociale et politique de la société moderne.

Conclusion

Le moment est venu de conclure. Bien qu'elles se dégagent d'une même inspiration théorique, les leçons de ce texte semblent être plutôt ambivalentes.

La thèse de l'impossibilité de réduire au droit de l'État l'ensemble des mécanismes juridiques a brutalement enrichi le domaine du juridique.

Pour les juristes – soit pour les théoriciens, soit pour les praticiens – cet élargissement du champ juridique mettra en cause des procédures battues de travail, en obligeant à un effort d'imagination – en cours, et encore sans résultats acquis – de nouveaux outils dogmatiques. Pour les historiens – qui souvent identifient aussi tout le droit avec les lois de l'État – cette nouvelle conscience de la pluralité des faits juridiques rendra plus visible le fait que la vie est pleine de références à des valeurs et à des projets normatifs, sans la considération desquels toute démarche herméneutique de l'action des hommes deviendra d'une décevante légèreté.

Que ce soit pour les uns ou pour les autres, la crise de l'« absolutisme juridique » (P. Grossi) révélera non un processus de dépérissement social du droit mais, au contraire, la richesse illimitée d'une lecture juridique de la vie en société.

Bibliographie

ARNAUD, A.-J. & GUIBENTIF, P., eds – *Niklas Luhmann, observateur du droit. Un recueil*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.

BOLTANSKI, Luc – *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

BOURDIEU, Pierre – *La distinction. Critique sociale du jugement*, Paris, Minuit, 1979.

CHAMBERS, R. – *Story and situation. Narrative seduction and the power of fiction*, Manchester, Manchester University Press, 1984.

CHIBA, Masaji – *Legal pluralism. Toward a general theory through Japanese legal culture*, Tokyo, Tokai University Press, 1989.

CLAVERO, Bartolomé – « Historia y antropología. Por una epistemología del derecho moderno », in Joaquín Cerdá Ruiz-Funes & Pablo Salvador Coderch, eds, *I Seminario de historia del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, 1985, p. 9-36. – *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milan, Giuffrè, 1991 (trad. fr. *La grâce du don. Anthropologie catholique de l'économie moderne*, présentation de Jacques Le Goff, Paris, Albin Michel, 1996).

DOUZINAS, Costas, WARRINGTON, Ronnie & MCVEIGH, Shaun – *Postmodern jurisprudence. The law of text in the texts of law*, Londres-New York, Routledge, 1991.

DUMONT, Louis – *Homo hierarchicus. Essai sur le système des castes*, Paris, Gallimard, 1966.

FOUCAULT, Michel – *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1978. – *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelone, Akal, 1980.

GEERTZ, Clifford – « Thick description. Toward an interpretative theory of culture », in Id., *The interpretation of cultures. Selected essays*, New York, Basic Books, 1973. – *Le savoir local, savoir global. Les lieux du savoir*, Paris, Presses universitaires de France, 1986.

GROSSI, Paolo – « Epicedio per l'assolutismo giuridico », *Quaderni fiorentini per la Storia del Pensiero giuridico moderno*, 17, 1988.

HESPANHA, António Manuel – « O materialismo histórico na história do direito », in Id., *A história do direito na história social*, Lisbonne, Livros Horizonte, 1978. – « Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique », *Ius commune* (Francfort-sur-le-Main), 10, 1983, p. 1-48. – « La senda amorosa del derecho. Amor y justicia en el discurso jurídico moderno », in C. Petit, ed., *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, C.E.C., 1997a, p. 23-74. – *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Lisbonne, Europa-América, 1997b.

JACKSON, Bernard S. – *Semiotics and legal theory*, Londres-Boston, Routledge & Kegan Paul, 1985 – *Law, fact, and narrative coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988.

LEGENDRE, Pierre – *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, 1974. – *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 1983.

LEONARD, Jerry – *Legal studies as cultural studies. A reader in (post) modern critical theory*, New York, State University of New York Press, 1995.

LUHMANN, Niklas – *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1995.

MEDICK, Hans – « “Missionare im Ruderboot”? Ethnologische Erkenntnisweisen als Herausforderung an die Sozialgeschichte », *Geschichte und Gesellschaft*, 10, 1984, p. 259-319.

SANTOS, Boaventura de Sousa – *Toward a new common sense. Law, science and politics in the paradigmatic transtion*, New York, Routledge 1995.

SARAT, Austin & KEARNS, Thomas R. – *Law in everyday life*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993 (« The Amherst Series in Law, Jurisprudence and Social Thought »).

SARAT, Austin & KEARNS, Thomas R., eds – *The rhetoric of law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1994.

SCHOLZ, Johannes-Michael – « Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik », in Id., ed., *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1977, p. 1-175.

TEUBNER, Gunther – *Autopoietic law. A new approach to law and society*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988. – *O direito como sistema auto-poietico*, Lisbonne, Gulbenkian, 1993.

THEVENOT, Laurent – « Jugements ordinaires et jugements de droit », *Annales. Économies Sociétés Civilisations*, 47 (6), 1992, p. 1279-1293.

VAN DE KERCHOVE, Michel & OST, François – *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

VIEHWEG, Theodor – *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, Munich, C. H. Beck, 1957.

Notes

1. Le dogmatisme n'est nuancé par le principe démocratique qu'en apparence. Car le relativisme initial face aux valeurs se termine, en fait, sur leur positivation sous forme de normes. En ce sens, la norme juridique établie démocratiquement est aussi dogmatique et autoritaire que celles que promulguent les régimes non démocratiques.

2. A. D. Sarat, ed., « Editorial introduction », *Law in everyday life*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993, p. 7 sq.

3. La bibliographie sur ce thème est devenue immense. Signalons Teubner, 1988, 1993. Les principaux textes de Luhmann, dans la perspective qui est la nôtre, sont réunis dans *Soziale System. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Francfort-sur-le-Main, 1984 ; et, renouvelant sa problématique sur la question du droit, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Francfort-sur-le-Main, 1995. Une bonne introduction et une approche critique : Arnaud, 1993 ; Kerchove, 1988.

4. Le formalisme des années 1920 ayant insisté sur la nécessité de purifier le discours de tous les éléments non décidables sur le plan conceptuel (données empiriques, scolies axiologiques) ainsi que la logique juridique et les courants analytiques n'ont fait que renforcer le caractère unidimensionnel de la narration juridique.

5. « The text then is a shifting tissue of signs. But more than that, every text opens on to other texts, which both affirms and denies, absorbs and destroys. The text is a textile, an incessant grafting in, and weaving off, other discourses and references » (Douzinas, 1991, p. 48).

6. La narration que les juristes font des faits tente déjà d'enfermer la réalité décrite dans les mailles d'une certaine logique d'inférence. En contrepartie, les juristes destinent à leur tout leur narration à un public inexpert, qu'il s'agisse concrètement d'un jury ou qu'on anticipe sur un ensemble abstrait de membres d'une communauté concernée. De tous côtés, et avec des intentions diverses, on « raconte des histoires ». Cf. « Symposium on legal storytelling », *Michigan Law Review*, 87, 1988.

7. Aucune de ces techniques de raisonnement n'est culturellement neutre.

8. Viehweg, 1957. La topique, on le sait, est art de trouver et de valider les arguments ; elle présuppose une structure ouverte du discours, au sens où les modèles d'organisation du discours

– en particulier, les modèles d'inférence et d'assertion des fondements ou de la justification des solutions choisies (*rationes dicendi*) – procèdent de contextes culturels et mentaux différents. Cet art ne prétend pas atteindre la cohérence réciproque des arguments et moins encore une composition systématique à l'échelle générale

[9](#). De Benedictis, 1990 ; Schaub, 1995.

[10](#). Pour un modèle de contextualisation qui me semble toujours valable : Hespanha, 1978.

[11](#). Des analyses de l'amour comme sentiment politique : Legendre, 1974 ; Boltanski, 1990 ; Hespanha, 1997.

[12](#). Geertz, 1973 ; Medick, 1984.

Pour citer cette conférence

António Manuel Hespanha, « Le droit du quotidien », , 1997