

# Le rôle du récit dans la création et la réception des normes juridiques

François Ost

*Abstract* – When one examines the place and the relevance of narration in ethical deliberation from a legal point of view, it is important to distinguish two different moments: the phase of the norm's production and the phase of its reception. At both levels, one can observe the decisive role of «storytelling», understood as either a collective or an individual act. This paper aims to examine these two objects from two different points of views: a cognitive or methodological perspective devoted to the role of narration in the production and legitimation of legal norms (Section I) and an anthropological perspective, which examines the contribution of narration to the assimilation of these norms by their recipients (Section II). The main thesis is that narration does not work only on a semantic level – as a body of statements that plays a role in the elaboration or legitimation of the norm – but also on a pragmatic level, as an employment of this norm.

«Cet ouvrage naît de la conviction que la narration et l'imagination littéraires ne sont pas opposées à l'argumentation rationnelle, mais peuvent lui fournir des éléments essentiels».

M. Nussbaum, *L'art d'être juste* (éd. orig. 1995)

## *Introduction*

Lorsqu'on s'interroge, d'un point de vue juridique, sur la place et la pertinence du récit dans la délibération éthique, il convient de distinguer deux moments: le stade de la production de la norme ou de la solution, et la phase de réception de celles-ci par leurs destinataires. A ces deux niveaux (qui recouvrent eux-mêmes à la fois la norme législative ou réglementaire générale et la solution jurisprudentielle individuelle) s'observe en effet une intervention décisive du «raconter», sous la forme de romans collectifs aussi bien que d'histoires singulières.

On peut donc se fixer deux objets de réflexion: d'un côté la production et la légitimation de la norme (je les regroupe sous l'appellation de «création de la norme»), de l'autre la réception de la norme. Par ailleurs, ces deux objets, je me propose de les aborder à partir de deux points de vue distincts: la perspective cognitive ou méthodologique qui met en lumière la manière dont le récit nourrit le processus de production et de légitimation des normes juridiques, tant législatives que juridictionnelles (Section I), et la perspective anthropologique qui analyse la contribution du récit à la réappropriation de ces normes par leurs destinataires (Section II). Bien entendu, ces deux objets et ces deux perspectives ne sont distingués ici que pour la facilité de l'exposé; dans la réalité, les deux phases de la vie des normes (création et réception) interagissent, de même que les deux perspectives d'analyse se complètent et se fécondent.

Les réflexions qui suivent ne représentent bien entendu qu'un premier balisage d'un vaste champ de recherche; il importerait, dans un second temps, d'affiner l'analyse en précisant les spécificités des différents types de récits mis en œuvre dans les multiples contextes que nous évoquerons. Le présent texte se contente d'aborder une seule de ces distinctions possibles, sur la base de l'hypothèse, formulée par Jean-François Lyotard, relative à «la fin des grands récits» – celle-ci, dirons-nous n'entraîne pas, loin s'en faut, la réduction du rôle du raconter.

Je souligne enfin une des thèses fortes de ce texte, qui, elle aussi, devra être développée dans la suite: le récit n'opère pas seulement au plan substantiel et sémantique comme corps d'énoncés intervenant dans le cours de la procédure d'élaboration de la règle ou en tant que discours de légitimation favorisant l'adhésion des destinataires à son contenu, lui-même souvent de nature narrative; le récit intervient aussi au plan pragmatique en tant que mise en intrigue de cette règle, histoire du processus de création et appropriation de la règle elle-même – avec, ici aussi, des effets d'interaction entre ces deux plans.

#### I. PERSPECTIVE COGNITIVE: COMMENT LE RÉCIT NOURRIT LE PROCESSUS DE CRÉATION DES NORMES JURIDIQUES

J'aborde, dans un premier temps, la création de la norme législative (1), pour passer ensuite à l'élaboration et la légitimation de la norme jurisprudentielle (2).

## 1. La création de la norme législative

En ce qui concerne la production de la norme législative, qu'il me suffise de renvoyer aux travaux relatifs à l'argumentation parlementaire et au genre délibératif qui soulignent, depuis Aristote, l'importance de l'exemple (*paradeigma*) dans ce contexte.

Depuis Aristote, on sait que l'argument privilégié de la délibération est la narration; c'est le *paradeigma*, ou argumentation par l'exemple, – un exemple qui n'est ni particulier, ni général, mais précisément *exemplaire*. Exemplaire, au sens de doté de force suggestive ou de puissance heuristique, comme un indice qui mène à la découverte de ce qu'on cherche: «la puissance heuristique de la narration est un levier indispensable de l'argumentation», écrit E. Danblon<sup>1</sup>. Dans sa *Rhétorique* (*Rhét.*, I, 9, 1368a), Aristote soutient que l'exemple est la ressource appropriée au genre délibératif: «les exemples conviennent au genre délibératif: car c'est d'après le passé que nous augurons et préjugeons de l'avenir»; ou encore: «au souvenir de ce qui fut, les auditeurs délibèrent mieux sur ce qui sera» (*Rhét.*, III, 16, 1417b).

De façon plus générale, on peut rappeler aussi que l'art du jugement pratique en situation (*phronêsis*) qui réussit, dans chaque contexte donné, à déterminer le «juste milieu» constitutif de la vertu, suppose la mise en œuvre d'une «imagination délibérative» (*phantasia bouleutikè*). Ainsi, on sera bien inspiré de faire «comme si» on était Périclès, paradigme du *phronimos*<sup>2</sup>.

On peut en donner un exemple moderne avec le plaidoyer littéraire que développe Victor Hugo, écrivain, au service de Victor Hugo, parlementaire, dans son long combat contre la peine de mort. On a pu montrer que, dans les préfaces des éditions ultérieures du *Dernier jour d'un condamné*, Hugo recourt à l'argumentation pour éclairer un récit qui était resté largement incompris. Dans ces préfaces des éditions suivantes du récit, l'auteur rétablit la visée argumentative restée latente dans le récit; et, ce faisant, il recourt à une narration encore plus violente et archétypique afin, écrit-il, de «donner mal aux nerfs des femmes des procureurs du roi», de susciter l'indignation et un sursaut moral<sup>3</sup> – en

<sup>1</sup> E. Danblon, *Introduction*, in E. Danblon, *Argumentation et narration*, Bruxelles 2008, p. 15.

<sup>2</sup> Aristote, *Ethique à Nicomaque*, II, 1106b 36 - 1107a2.

<sup>3</sup> Ici, dans ce deuxième cas, la narration est factuelle et non plus fictionnelle comme dans le premier récit: Hugo rapporte une exécution ratée à Genève: le couperet s'abat, en vain, cinq fois.

mettant sous les yeux des parlementaires, des jurés et des juges des faits réels trop souvent occultés.

Dans la société plurielle et le droit en réseau d'aujourd'hui, on peut noter à cet égard une ouverture du débat pré législatif à des acteurs multiples, bien au-delà de la représentation parlementaire. La technicité de certains sujets en discussion ainsi que la diversité des traditions culturelles concernées créent, comme on sait, le besoin d'organiser de nouvelles formes de représentation au double sens de constitution d'une image de l'opinion et de construction collective des représentations; dans ce contexte, de nouveaux récits se font entendre, en même temps que s'improvise l'histoire d'une représentation qui se cherche.

Les panels de citoyens, forums hybrides et conférences de consensus<sup>4</sup> relatifs aux grands enjeux sociétaux suscités par les options technologiques, tels l'avenir du nucléaire, les thérapies génétiques ou le sort des OGM, en sont une bonne illustration.

Les auteurs qui ont étudié ces expériences insistent sur l'apprentissage collectif, le décloisonnement des interlocuteurs (politiques, experts, citoyens) et l'apport des «récits de terrain» des «profanes»: usagers, riverains, victimes de catastrophes naturelles. Une expérience vécue vient ainsi compléter le savoir des experts, et déjoue la dichotomie, qui remonte à Platon au moins, entre le savoir valorisé des savants (*epistèmè*) et l'opinion toujours dévalorisée et suspectée du vulgaire (*doxa*)<sup>5</sup>. L'apport du récit dans ce contexte est double.

- D'une part, sur le plan du contenu de ce qui est rapporté, les «profanes», acteurs de terrains, riverains, familles des victimes éventuelles, racontent leurs expériences (qui englobent à la fois le temps long et un ensemble de facteurs externes débordant le cadre, restreint et formel, au sein duquel les experts de laboratoire formulent leurs hypothèses)<sup>6</sup>, ce qui s'avère porteur de questions nouvelles et représente une incitation à poursuivre les recherches, au-delà des cadres convenus. Grâce, par exemple, dans le cas du drame de Sellafield (centrale nucléaire qui avait subi un incendie en 1956 et qui avait contaminé les prairies des alentours), au récit des bergers riverains, le «mouton universel» des experts, qui s'étaient prononcé

<sup>4</sup> M. Callon - P. Lascoumes - Y. Barthes, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Paris 2001.

<sup>5</sup> Platon, *La république*, livre V, Paris 1950, t. 1: «N'est-il pas évident, Glaucon, que l'opinion est chose plus obscure que la connaissance?».

<sup>6</sup> M. Callon - P. Lascoumes - Y. Barthes, *Agir dans un monde incertain*, pp. 131 s.

et avaient conclu à l'innocuité, est remplacé par «une multitude de moutons, ceux des bergers riverains de l'usine, mais également ceux qui sont élevés par d'autres bergers dans d'autres lieux, multitude qui compose une image plus riche et plus diverse, en même temps que plus réaliste, plus vraie, de ce qu'on désigne par la catégorie générique de «mouton» ... Ce qui compte, c'est de construire un universel non par standardisation, et par conséquent par élimination des spécificités locales, mais par reconnaissance et réorganisation de ces spécificités»<sup>7</sup>. Ainsi le récit contribue-t-il à la construction d'un universel contextuel, réitératif.

- D'autre part, sur le plan de l'énonciation et de la formation du récit, s'ajoute l'histoire de la mobilisation des acteurs concernés: la formation d'associations, les campagnes de sensibilisation, les recours en justice, débats publics, interpellations des experts et des politiques. Cette «mise en intrigue» de leur vécu (récit au second degré) est elle aussi une contribution essentielle à l'avancement de la recherche, et dans la suite, un incitant utile à la mise en place de nouvelles formes de représentation politique par des collectifs délibératifs inédits.

Ainsi, grâce à l'échange de ces récits de terrains (mobilisés, je le rappelle, dans le contexte de débats publics pré législatifs) donne-t-on ses chances à la fabrication d'un «monde commun»: «à un universel (celui du collectif agrégé) obtenu par l'élimination tatillonne des spécificités est substitué un universel (le collectif composé) liant des singularités rendues visibles et audibles»<sup>8</sup>.

Par ailleurs, comme le soulignent encore nos auteurs, la différence entre ces forums hybrides et les espaces abstraits de discussion décrits par Jürgen Habermas et John Rawls, c'est que, à la différence de ces derniers, «ils n'imposent pas que les participants soient des personnes dépouillées de toute qualité et détachées de leurs réseaux de sociabilité, ayant mis entre parenthèses ce qui compose leurs identités irréductibles. Au contraire: «les protagonistes arrivent avec leurs gênes blessés, avec leurs angoisses de riverains de décharges remplies de substances toxiques, avec leurs revendications concernant l'organisation des essais thérapeutiques»<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 356.

## 2. L'élaboration et la légitimation de la norme jurisprudentielle

En ce qui concerne le rôle du récit dans la création de la norme jurisprudentielle, je développe mon propos en sept thèses.

a. Nous avons appris à prendre au sérieux l'interprétation depuis ce qu'on appelle le *linguistic turn*, le «tournant linguistique»<sup>10</sup>, – on dit parfois le «tournant herméneutique» – qui s'est développé au cours de la seconde moitié du XXe siècle. S'est en effet imposée l'idée qu'il n'y a pas de vérité préétablie, de vérité «en soi», extra-linguistique, objective et a priori, mais seulement des approximations langagières réclamant des interprétations à construire et dont on est responsable.

Cette première thèse conduit à radicaliser l'interprétation, et ce, à l'encontre tous les positivismes qui cherchent, soit à l'interdire, soit à en minimiser la portée. Dans le domaine juridique les exemples de ces stratégies de dénégation n'ont jamais manqué:

- Justinien et Frédéric II de Prusse qui interdisaient qu'on interprète leurs textes; la Cour de cassation qui longtemps a imposé la directive selon laquelle «on n'interprète pas un texte clair»;
- le souverain qui, par le biais du «référé législatif», se réservait le monopole de l'interprétation des cas difficiles;
- la directive selon laquelle l'interprétation doit rester exceptionnelle et n'est pas permise s'il s'agit, pour, le juge, de combler une lacune ou de résoudre une antinomie;
- la thèse selon laquelle, interpréter, c'est rechercher la «volonté du législateur», etc.

L'expérience de la pratique interprétative réellement développée par les juges a montré, depuis longtemps, l'inanité de ces interdictions et de ces garde-fous. On comprend aujourd'hui qu'il est impossible de lire un texte, même le plus simple, sans l'interpréter, et on réalise que les garde fous du genre «sens clair des textes» ou «volonté du législateur» sont évidemment eux-mêmes des notions à interpréter, et l'objet de controverses, comme les autres. Comme nous l'a appris Wittgenstein, «une règle ne règle pas sa propre application» ... Dès lors, comme le

<sup>10</sup> A. Ferrara, *The Force of the Example. Explorations in the Paradigm of Judgment*, New York 2008, p. 17 (éd. orig. *La forza dell'esempio: il paradigma del giudizio*, Milano 2008): toute conception de la justice est redevable d'un filtre interprétatif: jeu de langage, tradition, paradigme, vocabulaire, schème conceptuel.

souligne Paul Ricœur<sup>11</sup>, on aurait tort de tenir la question de l'application de la loi pour une question mineure au regard d'une théorie générale du droit. Deux courants de pensée au moins dévalorisent pourtant cette question: les tenants d'une application mécanique de la loi (qui considèrent que cette démarche se ramène à une opération de connaissance, au moins dans les cas simples, qui sont la majorité), et ceux qui, à l'inverse, considèrent que cette application relève exclusivement de la volonté des interprètes (au moins dans les cas difficiles, dont la solution, imprévisible, serait laissée au pouvoir discrétionnaire des juges). Dans ces conditions, l'urgence consiste à penser ce que Ricœur appelle la «zone moyenne», qui caractérise l'espace qu'occupe réellement la production de la décision judiciaire, et qui a été désignée par différents noms: «rhétorique, herméneutique, poétique ...». Pourquoi «poétique»? «Dans la mesure», répond Ricœur, «où l'invention de la solution singulière relève, depuis Kant, de ce que nous dénommons imagination productrice, pour la distinguer de l'imagination simplement reproductrice»<sup>12</sup>.

b. Deuxième thèse: si donc tout, en matière de production de sens, est affaire de langage, encore faut-il comprendre ce qu'est ce langage. Contrairement à l'idée reçue, il n'est pas un outil neutre et disponible au service de thèses posées «ailleurs» et hors langage; autrement dit, il n'est pas le «vêtement de la pensée», mais sa texture même. Nous pensons *dans* le langage et *au travers* de ses ressources, comme du reste aussi, de ses limites. Les mots ne sont pas comme des étiquettes ou des «codes barres» qu'on appose sur des choses et des idées toutes faites qui existeraient indépendamment d'eux – ils sont la construction même de ces choses et de ces idées. Par ailleurs, l'activité de parler relève elle-même de la pragmatique: il s'agit bien d'une activité, et pas seulement du déroulement informatif de considérations langagières. Une telle activité s'inscrit dans des «jeux de langage» variés, renvoyant eux-mêmes à des «formes de vie» – autant de traits qui s'inscrivent dans la dramatique du récit plus que dans la sémantique de la théorie. Parler, ce n'est pas que échanger des informations ou des idées, c'est s'engager dans des interactions et donc risquer sa propre responsabilité<sup>13</sup>. Parler, c'est poser des «actes de langage», choisis dans le vaste registre des «formes de vie».

<sup>11</sup> P. Ricœur, *Le juste*, Paris 2001, p. 25.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> J.B. White, *Justice as Translation*, Chicago - London 1990, p. IX.

c. Troisième thèse: ces constructions langagières – je veux dire ces mots et le faisceau de significations explicites et implicites qui leur sont associées, la somme des connotations qu’ils mobilisent – sont largement le produit de cultures spécifiques et différenciées. En ce sens, elles retrouvent une forme, sinon d’objectivité, du moins de non subjectivité – s’il est vrai que leur sens n’est pas inscrit dans la réalité a priori de la chose ou de l’idée signifiée (c’étaient les thèses 1 et 2), il n’est pas subjectif ou aléatoire pour autant, dès lors qu’il apparaît comme le produit d’une construction historique et intersubjective, l’émanation d’une culture et de la langue qui l’exprime. En ce sens, le tournant interprétatif ne conduit pas au relativisme sceptique, ni à l’incommensurabilité des différentes interprétations. Si la commensurabilité parfaite n’existe pas, et que donc, en ce sens, le pluralisme des significations est inévitable, l’enjeu consiste néanmoins à regagner une forme d’universalité (en droit: de prévisibilité et de sécurité juridique) plurielle, contextuelle, réitérative.

d. Aussi Umberto Eco a-t-il raison de rappeler, c’est ma quatrième thèse, qu’en matière de communication et d’interprétation, ce sont les encyclopédies plus que les dictionnaires que nous utilisons<sup>14</sup>. Je m’explique: le dictionnaire nous renseigne sur la signification formelle du mot en produisant des définitions par genre et espèce: le «chat» est un mammifère de la race des félidés. En revanche, l’encyclopédie ravive toutes les connotations implicites, les sens seconds que l’histoire du mot «chat», en langue française lui a associés, les références à la sexualité ou à la sorcellerie par exemple. Ainsi, explique Eco, interpréter ne se ramène jamais à décoder un message crypté à l’aide d’une liste fermée de vocabulaire comme les 2000 mots de l’*Assimil* du «français usuel»; interpréter consiste à reconstruire le sens complexe d’un message à l’aide de l’ensemble des connotations véhiculées par la langue comme encyclopédie.

Un exemple: l’arrêté municipal qui interdit l’accès des chiens sur les perrons des gares de chemin de fer. Apparemment le sens de cette norme est clair, et, à se baser uniquement sur le dictionnaire, et la conception lexicale de la langue qui l’accompagne, il ne devrait pas y avoir de problème d’interprétation, et donc d’application, de ce texte. Or, il suffit d’imaginer la situation du chef de gare dans les deux cas suivants pour que s’obscurcisse la clarté prétendue de cette norme:

<sup>14</sup> U. Eco, *Le signe. Histoire et analyse d’un concept*, adapté de l’italien par J.-M. Klinkenberg, Liège 1988 (éd. orig. 1973), pp. 117 s.



- quid si un aveugle se présente à la gare, guidé par son fidèle labrador (variante: quid s’il s’agit d’une brigade policière anti-drogues accompagnée de chiens renifleurs)?
- et que faire si un artiste de cirque se présente au guichet accompagné de l’ours ou du tigre avec lequel il présente un numéro à succès?

Conclusion: dans le cas du jugement pratique en situation, comme celui que doit poser le chef de gare, c’est l’interprétation encyclopédique plutôt que lexicale qui s’impose: un labrador ou un chien policier ne sont pas nécessairement des «chiens»; tandis que, aux yeux de la loi (ici l’arrêté municipal), il peut arriver qu’un ours ou un tigre doivent être considérés comme des chiens.

Ce qui compte, en l’espèce, c’est moins la définition lexicale «par genre et espèce» que le scénario qui a justifié l’adoption de l’arrêté municipal. Le scénario, c’est le micro-récit, l’expérience vécue qui a persuadé les décideurs que les chiens, par leur agressivité potentielle et leurs déjections, pouvaient importuner ou exaspérer les voyageurs. En revanche, un autre micro-récit les aurait convaincus de l’utilité pour les aveugles d’être guidés par leur fidèle labrador. Et, en l’occurrence, le micro-récit de la justice raisonnable conduit à décider que ce second scénario l’emporte sur le premier: il est bon que les aveugles puissent emprunter les transports publics, quitte à provoquer la crainte de quelques voyageurs. Mais, une leçon d’expérience complémentaire nous apprend aussi que cette crainte est elle-même mal fondée dès lors que les labradors sont réputés pour leur gentillesse.

Et ainsi les récits s’enchaînent à l’infini, selon le mouvement de la *symbiosis* universelle – on n’arrête pas l’interprétation, la construction de scénarios, pas plus qu’on n’arrête le flux de l’expérience. Ainsi, on pourrait dire encore qu’ en Inde, par exemple, en raison de la tradition qui fait de la vache un animal sacré, on n’imagine pas un règlement qui interdirait leur accès aux perrons de chemin de fer, pas plus qu’une interprétation judiciaire ou administrative qui aboutirait à ce résultat.

e. Cinquième thèse: interpréter un texte, c’est confronter et ajuster le script, le scénario ou le *pattern* sous-jacent à la loi, au récit que les plaideurs racontent au juge et dont le dossier est le reflet. Car, on l’oublie souvent dans une présentation schizophrénique de l’opération, l’interprétation est une démarche à deux volets: elle porte autant sur le complexe des «faits» à sélectionner et à «monter» (au sens cinématographique) en vue du résultat juridique à atteindre, que sur le complexe

des normes disponibles pour en rendre compte et «rendre justice» dans le cas. Bernard Jackson, spécialiste de la sémiotique juridique, rappelle que le droit a pour vocation d'offrir des «modèles narratifs» que le juge confronte au récit construit à partir des faits de la cause (qui sont eux-mêmes non pas le reflet d'une réalité donnée, mais une construction narrative). Plus largement, il note encore que comprendre et appliquer le droit, c'est mettre en œuvre un ensemble de typifications narratives chargées des évaluations normatives qu'y attachent les institutions juridiques et qui entrent en interaction avec les innombrables récits que produit la pratique sociale<sup>15</sup>. Il est donc clair que le «rapport» que donne le juge des faits du dossier s'apparente à un récit axiologiquement orienté, et «monté» en vue de la solution juridique souhaitée<sup>16</sup>.

Je note au passage que cette représentation «narrativiste» de l'acte de juger, qui conduit à ajuster récit des faits et récits des normes, a aussi pour effet bénéfique de relativiser l'opposition trop tranchée de l'être et du devoir-être, *is and ought*, qui domine encore la pensée juridique classique. Comme n'a cessé de le souligner Ricœur<sup>17</sup>, le raconter représente une figure intermédiaire – mieux: un opérateur dialectique – entre le décrire et le prescrire. Autrement dit: le récit est le registre qui permet le passage du fait à la norme, et, sur le trajet retour, de la norme au fait. Sans lui, on ne comprendrait guère comment la norme peut avoir prise sur le réel, ni comment le fait peut informer la prise de décision normative. Tout se passe comme si le fait raconté est déjà pré-évalué, et à ce titre, tourné vers la norme, tandis que, à l'inverse, la norme appliquée est nécessairement insérée dans un scénario qui l'ouvre à la factualité du réel.

f. Sixième thèse: Faisant encore un pas de plus, Jackson explique que, en justice, le récit ne concerne pas seulement la substance des faits ou des règles mobilisées pour le traitement du cas; il concerne d'abord l'ensemble des opérations pragmatiques menées par les acteurs de justice pour aboutir à la solution (distinction entre *story in the trial* et

<sup>15</sup> B. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside 1989, pp. 1-6 et 89-129. On est donc loin du modèle du syllogisme judiciaire (application de la norme au fait), tout comme de la conception de la vérité comme «correspondance», ou encore de la conception «référentielle» du langage. Pour l'auteur, la mise en œuvre de la loi est une question de «plus ou moins grande proximité en termes d'expérience humaine» (p. 89).

<sup>16</sup> Pour un exemple d'une décision de Lord Denning, cf. *ibidem*, pp. 94 s.

<sup>17</sup> P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris 1990, pp. 180 s.

*story of the trial*)<sup>18</sup>. Cette «narrativisation de la pragmatique» vise aussi bien l'interrogatoire des témoins, que le rapport du juge d'instruction, les plaidoiries des avocats ou encore le délibéré et la motivation du jugement. Elle concerne également le travail de la doctrine qui, en se professionnalisant et se spécialisant, s'est progressivement détachée des récits originaux d'où provenaient les règles<sup>19</sup>. Il y va, dans cette opération de second degré (le récit de la mise en récit), d'un ensemble de stratégies discursives orientées par les intérêts, les valeurs et représentations des différents acteurs impliqués dans le grand jeu de la justice<sup>20</sup>. Ainsi, l'«histoire» des conventions généralement acceptées dans telle ou telle branche de droit ou catégorie de professionnels du droit joue un rôle déterminant dans la sélection («reconnaissance» et «point de vue interne», dans le vocabulaire de Hart) des règles applicables au litige. Affaire de «tradition», la construction de cette vulgate, est aussi l'enjeu d'un rapport de forces permanent, notamment entre tenants de la continuité et partisans de l'ouverture. Elle est elle-même l'objet d'une régulation procédurale et la pierre de touche d'une déontologie professionnelle<sup>21</sup>.

g. Septième thèse: a fortiori, le récit joue un rôle central dans les *hard cases*, lorsque il ne s'agit plus seulement de défaut de la règle, mais de défaut de règle. Je n'ai raisonné jusqu'ici que dans l'hypothèse où des textes existaient, susceptibles de qualifier le complexe des faits et de leur apporter une solution normative. Mais nous savons tous que ce n'est pas toujours le cas. «Le cas», c'est le cas de le dire ... la vie

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 127. De façon plus générale, cette insistance sur la pragmatique du «raconter», qui interfère avec la sémantique de «ce qui est raconté», recoupe l'ambivalence du terme «histoire» lui-même qui s'entend aussi bien du récit que de la mise en récit, la production dramatique elle-même.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 106 s.

<sup>20</sup> Pour de nombreux exemples, très documentés, de la pratique du Conseil d'Etat français à cet égard, cf. B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris 2002. Cf. cet exemple, p. 176, de l'adresse d'un Commissaire du gouvernement aux magistrats du Conseil d'Etat: «Admirons la beauté de cette adresse à la deuxième personne du pluriel: 'vous avez la possibilité'. C'est que le commissaire du gouvernement ne cesse pas de rappeler à ce grand corps virtuel ce qu'il a voulu dire et juger durant deux cents ans par ce corpus immense composé de centaines de milliers d'arrêts. On dirait qu'il s'adresse à un sphinx qui ne saurait plus exactement ce qu'il a pensé et dont le droit administratif formerait comme une sorte de pénombre ou d'inconscient, à charge pour le commissaire de faire saillir dans cette obscurité des sentiers bien tracés et des droites rectilignes en lui rappelant toujours ce qu'est le droit, ce qu'est la pensée profonde – toujours à reprendre – du Conseil d'Etat».

<sup>21</sup> Au plan cognitif, cette mise en récit est régulée par une forme de «cohérence narrative» qui négocie la plus ou moins grande similarité entre scénarios, et, à ce titre, s'avère moins contraignante que la cohérence logique ou analytique, sans être incontrôlée pour autant.

juridique ne se réduit pas en effet à l'application de textes *ready made* à une réalité qui s'y conforme docilement. Même si ce constat n'est pas aisé à formuler pour des juristes formés dans le moule du droit continental, il apparaît que le droit sourd au moins autant des cas que des règles<sup>22</sup>. Le cas, c'est la configuration imprévue, l'événement qui survient, et qui suscite la perplexité car il remet en cause les cadres cognitifs classiques qui permettent d'appréhender des situations voisines et standards. Dans ces conditions, le juge est en effet parfois (souvent ?) confronté à des «configurations singulières», des «cas», qu'aucune solution préalable ne semble avoir envisagé; il lui appartient alors de trouver le critère généralisable qui va conduire à la règle, encore informulée, dont le cas présent est un exemple. Ce raisonnement paradoxal et à rebours, Kant l'appelait «jugement réfléchissant» (à l'opposé du jugement «déterminant» qui se borne à appliquer la règle préétablie au cas présenté). Et le philosophe de poursuivre en expliquant que ce jugement, qui «réfléchit» de façon exploratoire et tâtonnante, met en oeuvre, pour l'essentiel, notre capacité d'imagination, qui travaille par analogie à partir de *récits exemplaires*<sup>23</sup>. Ici encore, l'imagination narrative est au cœur du processus heuristique qui conduit à l'élaboration de la solution.

A la suite de Ricœur et de Hannah Arendt, il faut observer la dimension temporelle paradoxale qui caractérise la mise en oeuvre du jugement réfléchissant: en effet, dans la mesure où celui-ci nourrit une visée régulatrice pour le futur (*l'idée* de ce qui est encore sans concept, comme *l'idée* d'humanité, ou de constitution cosmopolitique) à partir de la substance d'*exemples* historiques significatifs, on peut parler d' une sorte

<sup>22</sup> Sur ce thème, cf. le dossier de la «Revue interdisciplinaire d'études juridiques» (2014/73): *Penser par cas*, avec des contributions de J. Van Meerbeeck, J. Perelman, D. Fennelly et F. Ost.

<sup>23</sup> A. Ferrara, *The Force of the Example*, théorise cette notion d'exemplarité et montre qu'elle est le modèle de ce dont elle se réclame; en ce sens elle est «auto-porteuse», et même «auto-fondatrice» (phénomène de *bootstrapping*), p. 37. Dans mon langage, je parle d'«auto-transcendance» et d'«effet performatif»: l'exemple réalise ce qu'il annonce en le disant, en lui donnant forme, en le présentifiant. Cf. aussi p. 117: l'exemplaire est à lui-même sa propre loi («to be a law on itself»): il n'est pas l'exemple de quelque chose de préexistant, il est la mise en forme de ce qu'il annonce. Il agit comme une force qui mobilise les énergies et inspire la conduite (p. 119). On peut prendre l'exemple du procès de Nuremberg qui met en oeuvre pour la première fois *l'idée* d'humanité (pour juger les «crimes contre l'humanité»), dans des cas inédits qui, littéralement, «dépassent l'entendement». Cette idée n'était pas une «donnée» universelle qui préexistait au jugement; au contraire, c'est le cas qui faisait apparaître l'inhumanité et donc aussi le défaut du droit. Ici donc le jugement a opéré de façon «réfléchissante» en faisant advenir les premiers éléments concrets de cette idée en construction d'humanité. Cette construction «réfléchissante» repose sur trois éléments: la force performative du verbe et du geste juridiques (au présent), la force attractive de *l'idée* régulatrice grâce à son anticipation imaginante (futur), la remémoration de récits exemplaires (passé).

d'*histoire prophétique*, de reconstruction de l'histoire de l'humanité à partir d'une espérance eschatologique<sup>24</sup>.

On comprend mieux, dès lors, le lien profond qui se tisse entre l'interprétation de la règle problématique et la récit d'un exemple inspirant. Et voilà pourquoi Ronald Dworkin, est-il bien inspiré de dire des juges qu'ils sont les «conteurs moraux de la nation», et que leur travail quotidien d'interprétation peut être compris comme l'«écriture d'un roman à la chaîne»<sup>25</sup>. Il leur appartient en effet de rendre la justice, à l'occasion de cas particuliers, en ayant l'ensemble du droit à l'esprit; un droit envisagé comme un tout cohérent, tant sous l'angle de sa consistance idéologique que de sa continuité historique. C'est la thèse du «law as integrity», le droit comme une histoire cohérente. Il appartient au juge, toujours selon Dworkin, de présenter ce droit, et ses valeurs sous-jacentes, qui ont évolué au cours des développements constitutionnels de la nation de l'origine jusqu'à aujourd'hui, «sous leur meilleur jour», c'est à dire en leur faisant sortir les effets les plus positifs pour aujourd'hui. Ainsi les juges sont ils les porte paroles des valeurs de la communauté, telles que la succession des lois et des précédents les ont progressivement configurés. Tout se passe comme s'ils se transmettaient, de main en main et de génération en génération, la plume du grand livre de la jurisprudence, chacun ayant à cœur de contribuer à la poursuite de ce grand récit, en cohérence avec le passé, mais aussi en y apportant les transformations que le présent exige.

... Histoire des significations sédimentées des mots, constitutive de la langue comme encyclopédie; scénario légal à mettre en relation avec le script des faits du dossier; traitement du cas à partir du jugement réfléchissant, de la faculté imaginative et des récits exemplaires; argu-

<sup>24</sup> P. Ricœur, *Le juste*, p. 158: «C'est bien d'histoire prophétique du genre humain qu'il s'agit en 1798», écrit-il en citant Kant qui notait: «dans l'espèce humaine, il doit survenir quelque expérience qui, en tant qu'événement, indique en cette espèce une disposition et une aptitude à être cause du progrès vers le mieux ...». Et Ricœur de poursuivre: «les signes, rétrospectifs pour le jugement réfléchissant, sont prospectifs à l'égard des projections autorisées par la «disposition» dont la nature a pourvu l'homme en tant qu'être destiné à l'état cosmopolitique». A comparer avec R. Dworkin (*L'empire du droit*, Paris 1994, p. 250): «Le juge se réfère au passé depuis le présent, non pour appliquer les intentions des hommes de cette époque (pourquoi seraient-elles plus légitimes que les nôtres ?), mais pour justifier ce dont nous héritons, c'est-à-dire pour justifier leurs actions et parfois leurs paroles dans une histoire qui mérité d'être racontée ici» – une histoire vis-à-vis de laquelle nous avons une responsabilité pour l'avenir. J. Allard (*Dworkin et Kant. Réflexions sur le jugement*, Bruxelles 2001, p. 146), qui commente ce passage, ajoute: «Cette dimension de justification propre au droit éclaire l'idée kantienne selon laquelle le jugement n'est pas une imitation mais un héritage». En se référant à un exemple *précédent*, on ne le reproduit pas, on puise aux mêmes sources que lui.

<sup>25</sup> R. Dworkin, *L'empire du droit*, pp. 250 s.

mentation à partir du *paradeigma*; interprétation comme écriture d'un roman à la chaîne et juges comme conteurs moraux de la nation ... on le voit, les rapports entre la narration et l'interprétation sont multiples et déterminants.

Il y a le récit des mots constitutif de l'interprétation des textes, le récit des faits, constitutif de la singularité du cas, le récit de l'historique des interprétations précédentes, constitutif de l'ordre juridique entier, et enfin le récit du jugement que je rends, ici et aujourd'hui, sous ma responsabilité et qui est la combinaison de ces trois autres récits<sup>26</sup>. En un mot: interpréter, c'est moins déduire un sens à partir d'un texte et d'un dictionnaire, que reconstruire un sens crédible (mais aussi opportun, souhaitable, raisonnable) à partir d'un ensemble virtuellement infini d'éléments rapportés par des histoires enchevêtrées.

## II. PERSPECTIVE ANTHROPOLOGIQUE. COMMENT LE RÉCIT CONTRIBUE À LA RÉAPPROPRIATION DES NORMES JURIDIQUES PAR LEURS DESTINATAIRES

De tous temps, le mythe, la légende, le récit ont entouré l'émergence des textes juridiques fondateurs et contribué grandement à leur réception par les peuples (1). Mais les temps post-modernes, trop instruits sans doute des ambivalences de ces discours fondateurs, semblent se détourner des «grands récits» (2). Faut-il en déduire pour autant que la veine est tarie et que la norme juridique ne s'appuie plus sur le narratif (3)?

### 1. *Les grands récits*

La modernité, rationaliste et hantée sur le présent, l'avait oublié, mais nous le redécouvrons aujourd'hui: les nations – je veux dire les groupes humains arrivés à la conscience d'eux-mêmes –, sont des «communautés narratives» unies par un «roman politique»<sup>27</sup>. Les Préambules de leurs Constitutions et principaux Traités internationaux en traduisent parfois l'une ou l'autre bribe, ainsi le Préambule de la Constitution sud-africaine de 1993 qui évoque le passé récent d'*apartheid*, et la volonté de la jeune nation de se reconstruire rapidement dans la réconciliation,

<sup>26</sup> Notons, au passage, que la manière dont les juges appartenant à la tradition de la *common law* motivent leurs décisions s'apparente souvent elle-même à la rédaction d'un récit en première personne.

<sup>27</sup> M. Sandel, *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, Harvard 1996. Cf. aussi C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Paris 1975.

elle-même fondée sur la notion d'*ubuntu* («ce que je suis, je le suis grâce au groupe»).

Aussi Martha Nussbaum, et, plus largement, les tenants du courant «droit et littérature», ont-ils raison de souligner combien la lecture des œuvres de fiction contribue positivement à la formation d'une raison publique<sup>28</sup>, et combien elle participe de la formation d'un jugement public collectif, en favorisant la capacité à se projeter à la place d'autrui, à ressentir ce qu'il ressent, et à réaliser le fait qu'en dépit des assurances de mon identité, je pourrais bien, un jour, occuper sa position. On sait combien cette projection imaginaire est le ressort de l'exigence morale par excellence qui consiste à s'abstenir de faire à autrui ce qu'on ne souhaiterait pas qu'il nous fasse. Ainsi l'univers de la fiction littéraire favorise également la «reconnaissance» sociale des destins individuels, aussi improbables et marginaux soient-ils; cette reconnaissance est une condition essentielle d'un vivre ensemble qui ne repose ni sur la peur, ni sur la violence.

L'anthropologie philosophique et la psychanalyse soulignent également la présence structurante de récits fondateurs au lieu où se fait entendre la voix du Tiers, expression des repères et des interdits sans lesquels aucune société ne parviendrait à s'instituer. Partant de la psychanalyse, l'historien des institutions Pierre Legendre martèle, à travers toute son œuvre, la nécessité, pour toute société, de *vitam instituere*<sup>29</sup>: inscrire l'humain dans une communauté de sens qui le lie à ses semblables. Chaque société s'y emploie à sa manière, explique-t-il, en meublant le vide premier de la référence fondatrice (écrite avec un grand R) par une mise en récit (images, rites, discours) destinée à garantir les normes de cette culture et fonder les interdits et les limites assurant l'identité de chacun de ses membres<sup>30</sup>.

Les Gouvernants n'ont, quant à eux, jamais oublié la leçon et se sont toujours employé à entourer les lois qu'ils entendaient imposer d'une aura de légende. En prenant racine dans un imaginaire partagée, la loi, aimée et comme anticipée, peut ainsi être assurée de l'adhésion de ses destinataires<sup>31</sup>. On peut rappeler à cet égard la scène qui se répète à plusieurs reprises dans l'œuvre de Platon, qui met en scène le congé-

<sup>28</sup> M. Nussbaum, *L'art d'être juste. L'imagination littéraire et la vie publique*, Paris 2015; éd. orig. *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Boston 1995.

<sup>29</sup> P. Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris 1999, pp. 106 s.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 36 s.

<sup>31</sup> Sur ce thème, cf. *L'amour des lois*, sous la dir. de J. Boulad-Ayoub, Laval 1996.

diement des poètes et dramaturges par les légistes, maîtres de la Cité, jaloux de leur emprise sur l’imaginaire des citoyens<sup>32</sup>. Aux yeux des légistes, ces poètes n’ont pas leur place dans la Cité, dès lors que leur art est suspect, mélangeant le vrai et le faux, suscitant le rire, et, pire encore, suggérant l’ambivalence des valeurs fondamentales.

Et pourtant, sous la plume de Platon, les choses sont moins simples qu’il n’y paraît. Cette fin de non-recevoir ne doit pas être interprétée en effet comme un déni des puissances politiques de l’imaginaire, bien au contraire. C’est que Platon lui-même, l’austère philosophe, le censeur impitoyable, se double lui-même d’un mythographe imaginatif. Qu’on en juge, en relisant plus attentivement la réponse des légistes aux tragédiens: à ces poètes, traités tantôt comme «rejetons des Muses les plus molles», les constituants s’adressent maintenant comme à des «hommes divins»: «O les meilleurs des Étrangers!». Que cache donc cette volte-face? «Nous composons nous-mêmes un poème tragique dans la mesure de nos moyens, à la fois le plus beau et le plus excellent possible», disent les légistes; «notre organisation politique tout entière consiste en une imitation de la vie la plus belle et la plus excellente!». Coup de théâtre! On croyait la poésie dénigrée, ravalée au rang subalterne du plaisir sensible, et la voilà maintenant élevée au rang de Constitution de l’État. Le bannissement des tragédiens ne procédait donc pas tant d’un dénigrement, que d’une jalousie professionnelle: «nous sommes vos concurrents», avouent les légistes, «aussi bien que vos compétiteurs, étant les auteurs d’un drame le plus magnifique: celui précisément que représente la Constitution de l’Etat».

Du reste, dans *Les Lois*, Platon met en scène un personnage fictif, l’*Athénien*, qui incarne le bon législateur, tentant de persuader le Crétois et le Spartiate que tout est à refonder en matière de sagesse légistique<sup>33</sup>. L’enjeu, hier comme aujourd’hui, est l’effectivité des lois: il s’agit de les faire percevoir comme une source de plaisir, sous la forme d’un enchantement civique: pas seulement un mal nécessaire, mais un bien désirable. Les «préludes législatifs» en constituent l’instrument privilégié. Dans la cité des *Magnètes*, la loi exerce, pourrait-on dire, un pouvoir d’attraction magnétique: grâce à son principe d’écriture alternée – préludes versifiés et mélodiques (préludes et pas prologues, l’élément musical est essentiel) en contre-point des dispositions législatives –: le droit alterne les registres incantatoires et argumentatifs et nourrit l’esprit

<sup>32</sup> Platon, *Les Lois*, VII, 816-817.

<sup>33</sup> A. Teissier-Ensminger, *L’enchantement du droit: légistique platonicienne*, Paris 2002.



civique; la modernité ne le comprendra pas en rejetant les préludes dans le néant du non-droit et dans les superfluités ornementales ou déclamatoires<sup>34</sup>. Comme dans la tragédie, les Préludes ont aussi pour fonction d'assurer l'exposé poétique d'une problématique, remontant aux traditions culturelles et religieuses fondatrices de la cité, et passant, à l'occasion, par les éloges et les blâmes, et ainsi cimenter le consensus dans l'élément du Beau.

Dans la cité des Magnètes, on cultive donc l'«enchantement» du droit. Les Préludes «donnent le ton» à la vie sociale: ils initient aux «principes» de la vie commune en rappelant les divins préceptes qui inspirent les lois. Platon se risquera lui-même à la rédaction de quelques Préludes en alternance avec les codes de lois: mythes, fables, comptines, proverbes, dictons sont tour à tour mobilisés dans de puissantes incantations destinées à faire respirer la cité à l'unisson.

La leçon sera entendue par Jean-Jacques Rousseau<sup>35</sup>, qui décrit la stratégie narrative du législateur «homme extraordinaire dans l'Etat, instituteur de la nation»: ce dernier a, lui aussi, recours à la narration et au mythe, car, dans sa situation, explique Rousseau, il ne peut se servir ni de la force (qui serait illégitime dans son chef, le peuple seul étant souverain), ni du raisonnement (car le peuple naissant est encore inculte et rivé à ses intérêts particuliers: «il y a mille sorte d'idées qu'il est impossible de traduire dans la langue du peuple»)<sup>36</sup>. Voilà qui l'oblige à «recourir à une autorité d'un autre ordre qui puisse entraîner sans violence et persuader sans convaincre»: notamment l'invocation du ciel et l'intervention de Dieu lui-même auquel le grand législateur sait prêter les décrets que sa propre sagesse lui inspire<sup>37</sup>. Rousseau renoue ici avec le thème du mensonge nécessaire ou du «beau mensonge» que Platon déjà prêtait au nomothète inspiré<sup>38</sup>: tout établissement durable repose sur les ressources du faire-croire. Dans ce registre, le sacré dispose de ressources inépuisables, devait penser Rousseau, qui développe à cet endroit les thèmes de la religion civile et du serment.

Cette conviction de la nécessité d'enchanter les lois était partagée par toute l'époque. Une époque où se portait bien l'amour des lois. J. Carbonnier rappelle à cet égard la création, à Paris, en 1790, d'un «club

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 323.

<sup>35</sup> J.-J. Rousseau, *Du contrat social. Ou principes du droit politique*, Paris 1972.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 109-110.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 110-111.

<sup>38</sup> Platon, *La république* III, 414c-415a, texte établi par E. Chambry, Paris 1981.

des nomophiles», dans la lignée des Diderot, Morelly, et Mably: une société rassemblant des citoyens passionnés des lois qui cultivaient la passion de légiférer, et ce dans un genre littéraire qu'on peut appeler «législatif», le style «nomique». Il s'agissait de parler en aphorismes et, ajoute Carbonnier, «dans cette ferveur pour la législation lapidaire, la mythologie accourt en renfort de la pédagogie»<sup>39</sup>.

A cela s'ajoutait le culte du législateur, nimbé de mystère, qui vient de loin ou d'ailleurs. C'est que la légende dont se nourrit la loi ne procède pas seulement de l'éloignement temporel; elle procède aussi de la distance géographique. D'où la propension des peuples à faire appel et crédit à des législateurs étrangers dont «l'étrangeté, plus encore que l'extranéité» est de nature à les convaincre<sup>40</sup>: ainsi Diderot et Catherine II de Russie, Rousseau et la Pologne. Conclusion: «tous les grands législateurs ont été des inspirés: Lycurgue et Solon, Moïse et Numa»<sup>41</sup>.

Bien entendu, le droit hyper-technique d'aujourd'hui est loin de présenter les mêmes caractères et de puiser aux mêmes racines imaginaires. Alors que Stendhal pouvait encore écrire qu'il feuilletait le *Code civil* chaque fois que le guettait la panne d'inspiration, l'extrême technicité des lois contemporaines ne semble plus guère contribuer à l'enchantement du droit. Il est cependant des juristes qui entretiennent le souvenir de l'idéal platonicien. Ainsi, Gérard Cornu, auteur d'un célèbre dictionnaire juridique<sup>42</sup>, qui n'hésite pas à écrire: «les textes de droit peuvent être superbes. La poésie n'est pas seulement dans les adages où elle brille de siècle en siècle. Elle peut être dans l'écriture de la loi ou au fil d'un jugement». Et encore ceci à propos du style juridique: «Une beauté linguistique qui embrasse non seulement l'art du mot, mais le génie de l'ordonnement. Le style juridique peut avoir du souffle, qu'il soit noble ou lisse à n'être pas vu, comme un veston anglais. Dans le droit habite aussi le génie de la langue». Renouant avec l'inspiration platonicienne, Cornu note encore: «Il faut faire aimer la loi. Nous avons trop de lois et trop peu de bonnes ... Il faudrait pouvoir exercer en nos lois l'honneur de la langue. Les rédacteurs ne sont pas des scribes. Ce sont des poètes»<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat defrénois, s.d., «la passion des lois au siècle des lumières», p. 216.

<sup>40</sup> J. Carbonnier, *A beau mentir qui vient de loin, ou le mythe du législateur étranger*, *ibidem*, pp. 191 s.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>42</sup> G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris 1998, «le juste et le beau», pp. 141 s.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 303.

Toutes les réflexions précédentes portent sur les récits accompagnant la diffusion et la réception de la norme législative; la décision de justice demeure-t-elle en reste, échappe-t-elle à l'efficace narratif? Je me contente de noter, à cet égard, l'importance de la motivation, pour convaincre notamment les justiciables, et d'abord les parties elles-mêmes, dont l'une au moins aura succombé. Il y va, bien entendu, de la qualité technique de la décision en droit qui devra résister à une réformation en appel ou échapper à une éventuelle cassation; mais il y va également de l'efficacité performative des attendus – qualité directement liée à l'élégance du style dans lesquels ils se moulent, et de la crédibilité de l'histoire qu'ils rapportent. Juge à la Cour constitutionnelle de Belgique, Paul Martens a pu montrer, dans un article célèbre<sup>44</sup>, combien, sous la plume des juges, la différence entre les bons sentiments qui ne convainquent pas, et une notion ou solution nouvelle qui fait jurisprudence, tenait, pour l'essentiel, au bonheur de la formule utilisée. Façonnées dans une écriture ferme et suggestive, certaines trouvailles sont ainsi destinées à devenir elles-mêmes des modèles ou paradigmes, *leading cases*, ou histoires exemplaires qu'on reproduit désormais, et qui contiennent, dans leur formule même, les normes qu'elles mettent en œuvre. Ainsi, par exemple, de l'irruption, après des années de tâtonnements, de la formule de l'«abus de droit», – formule qui a pour elle «les mérites de la densité et du paradoxe», «une force illocutoire qui la rend belle», et par laquelle les juges «ont trouvé un signifiant capable de condenser juridiquement l'imaginaire équitable qui sommeillait dans l'inconscient judiciaire»<sup>45</sup>. L'alliance entre une formule de nature à se graver dans les mémoires et d'un *casus* susceptible de frapper les imaginations, – il n'en faut pas plus pour imposer une théorie prétorienne. Mais, pour une formule qui «prend», pour une histoire qui «marque», combien ne se perdent-t-elles pas aussitôt dans les brumes de l'oubli ? – et l'auteur de citer l'échec de la théorie de la «rechtsverwerking», qui, en dépit des ses «accents wagnériens», ne réussit jamais à s'imposer<sup>46</sup>.

## 2. *Fin des grands récits*

Ces analyses sont-elles encore pertinentes aujourd'hui dans nos sociétés désenchantées qui se détournent des «grands récits»? L'expression est

<sup>44</sup> P. Martens, *Thémis et ses plumes. Réflexions sur l'écriture juridique*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993, pp. 345 s.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 353-354.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 359-360.

de Jean-François Lyotard qui écrit: «Il y a eu les grands récits, l'émancipation du citoyen, la réalisation de l'esprit, la société sans classes; l'âge moderne y recourait pour légitimer ou critiquer ses savoirs et ses actes. L'homme moderne n'y croit plus»<sup>47</sup>. C'est que, dans le monde à la fois globalisé et pluraliste qui est le nôtre, il est devenu peu vraisemblable qu'un récit fasse encore l'objet du vaste consensus nécessaire à son efficace fondateur et rassembleur. Dans ces conditions, tant les lois que les décisions de justice, adossées à des récits devenus partiels et contestés, ont moins de chance d'être acceptées, ou même tout simplement comprises, par des franges entières de sujets de droit. Lyotard décrit cette situation à l'aide du concept de *différend*, distingué de celui de *contentieux*; mais, on le verra, c'est encore dans le recours au récit qu'il entrevoit une manière d'affronter la difficulté. J'ajoute que, à la suite de Jean-Marc Ferry et de ses réflexions relatives à l'«éthique reconstructive», il apparaît qu'une manière complémentaire d'aborder le «différend» consiste à faire droit aux récits singuliers de ceux qui ne se reconnaissent pas dans le roman officiel de la nation. Les petits récits se substituent alors au grand récit, comme les expériences juridictionnelles des *Commissions Vérité et Réconciliation* en donnent l'exemple.

Soit donc le différend<sup>48</sup>. Il y a *différend*, explique Lyotard, lorsque le conflit «ne peut être tranché équitablement faute d'une règle de jugement applicable aux deux argumentations»<sup>49</sup>; dans ce cas, le plaignant est privé des moyens d'argumenter et devient une *victime*. La règle de jugement qui s'impose à lui puise en effet ses racines dans un imaginaire qui lui est tout simplement étranger, voire inaudible. Tantôt on dénie la réalité du dommage qu'il subit (ce dont il se plaint n' a jamais existé), de sorte que, d'être irréparable, le préjudice invoqué s'analyse alors comme un *tort*. Tantôt le règlement du conflit s'opère dans l'idiome de l'autre partie, privant la victime des moyens de s'exprimer. Les Indiens d'Amérique du Nord qui, dans de très rares cas, trouvaient l'énergie d'attirer en justice les colons blancs qui s'emparaient de leurs terres, étaient des victimes par excellence dont le tort était irréparable; en effet, la logique du tribunal, qui s'exprimait en termes de propriété, de cadastre et de clôture, ne pouvait que renvoyer à l'irrationnel la logique panthéiste des plaignants, récusant l'idée même qu'on pût s'approprier

<sup>47</sup> J.-F. Lyotard, *La condition postmoderne*, Paris 1979, 4<sup>e</sup> de couverture.

<sup>48</sup> J.-F. Lyotard, *Le différend*, Paris 1983; J.-F. Lyotard, *Judicieux dans le différend*, in J. Derrida et al., *La faculté de juger*, Paris 1985, pp. 195 s.; J.-F. Lyotard - J.-L. Thebaud, *Au juste*, Paris 1996 (1979).

<sup>49</sup> J.-F. Lyotard, *Le différend*, p. 9.

une nature conçue comme sang des ancêtres et esprit du Grand Manitou. En revanche, l'ouvrier licencié auquel le tribunal du travail accorde une indemnité de licenciement apparaît à la fois comme un plaignant (sa plainte est recevable et même fondée), mais aussi comme une victime (une partie du tort qu'il subit demeure irréparable, et le code juridique qu'applique le tribunal n'intégrera jamais l'idée que sa force de travail, son existence même, n'est pas une marchandise évaluable en argent)<sup>50</sup>.

Dans ces conditions, l'attention portée à la singularité du cas (au sens d'irréductibilité à une qualification technique et à un codage imaginaire communément acceptés), conduit à mettre en cause la fonction de juger elle-même, désormais soupçonnée de faire violence à la victime qui, ne se laissant pas *traduire en justice*, semble être *réduite au silence*. De ne pas recevoir *voix au chapitre*, la victime ne pourra que *crier vengeance* ou *appeler vengeance au ciel* – bref, récuser le tribunal et en appeler à une instance supérieure.

Moins qu'un juge ou un jury, nanti d'un corps de lois ou fort d'une jurisprudence canonique, ce que requiert le différend, souligne Lyotard, c'est un «guetteur toujours en éveil à propos des cas et des règles», «un veilleur insomniaque qui se défend par la critique de la torpeur qu'exercent les doctrines»<sup>51</sup>. Ce «veilleur judicieux» qui se substitue au juge, se montre attentif aux silences de la victime, aux *signes* que laissent les phrases qui n'ont pu être prononcées.

Cette posture critique du veilleur, c'est, explique encore Lyotard, la littérature qui l'occupe au premier chef: «c'est l'enjeu d'une littérature de témoigner des différends en leur trouvant des idiomes»<sup>52</sup> – jouant le procès devant le lectorat, l'œuvre de fiction répare le déni de justice et trace les voies d'un autre règlement du tort.

Partant quant à lui d'un tout autre horizon théorique, l'éthique communicationnelle de Habermas, Ferry en est cependant arrivé lui aussi au constat du fait que justiciables et sujets de droit n'étaient pas égaux sur le plan de l'argumentation, faute de partager une même histoire personnelle et collective, faute aussi d'adhérer à l'imaginaire social dominant. Dans ces conditions, une éthique qui se veut «reconstructive», devra faire droit à l'expression de ces récits individuels<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>51</sup> J.-F. Lyotard, *Judicieux dans le différend*, pp. 200 et 204.

<sup>52</sup> J.-F. Lyotard, *Le différend*, p. 30.

<sup>53</sup> J.-M. Ferry, *L'éthique reconstructive*, Paris 1996.

Le récit occidental dominant, baigné des «lumières» modernes, privilégié, dans le débat public et même juridictionnel, l'argumentation et les justifications rationnelles, et refoule tout ce qui ressemble à des motivations singulières. «Tout le monde n'accède pas à l'argumentation rationnelle», explique Ferry, «en effet, les éléments expérientiels et motivationnels primaires, renvoyant au vécu spontané, avec toute l'opacité des «relations vitales» qui affectent l'être avant même qu'il ne dispose des symboles pour exprimer cela, de tels éléments semblent réprimés par le registre de l'argumentation, registre décontextualisant mais aussi «déconnectant», et davantage que d'autres registres plus expressifs, tels que, par exemple, la narration»<sup>54</sup>. A cela s'ajoute aussi la situation des personnes qui sont exclues du débat, comme les victimes, mortes ou disparues, d'un génocide.

Aussi bien, une démarche «reconstructive», désireuse de faire droit à ces destins singuliers, se devra de mobiliser, en amont de l'échange argumentatif, les potentialités du récit: histoires individuelles qui captent quelque chose du vécu des intéressés, et aussi récits historiques collectifs faisant mémoire des disparus et rendant une parole aux sans-voix «afin que puissent au moins être dites et reconnues les offenses et injustices qui font le tragique de l'histoire»<sup>55</sup>. Cette démarche de reconstruction entend prendre en charge les malentendus, les non-dits, les refoulements, les censures, les oublis, tout ce qui, en cristallisant ces ratés de la parole, détermine un destin de marginalité, forge une aliénation durable.

Alors que la rationalité moderne et ses procédures institutionnalisées, comme les débats judiciaires et parlementaires, articulent des démarches complexes allant de la narration et de son interprétation, vers l'argumentation censée en tirer les exigences rationnelles (seuls éléments intégrables, croit-on, à la prise de décision publique), l'option reconstructive entend refaire le parcours à l'envers en revenant à la narration d'origine, délivrée cependant de ses canons interprétatifs dominants et de l'argumentation rationnelle standard que les dominants en tirent généralement<sup>56</sup>. Seule cette démarche de retour aux récits singuliers est en mesure d'assurer aux laissés pour compte des récits officiels la reconnaissance indispensable au sentiment de leur propre dignité. A ce titre, cette démarche apparaît comme le préalable nécessaire à l'établissement d'un lien social virtuellement égalitaire<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 107-108.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 34 s. et 61.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 70 et 35.

### 3. *Expériences de justice alternative et micro-récits*

Ces considérations conduisent à mettre en lumière et valoriser les expériences de justice, minoritaires ou alternatives, qui font une place plus large que d'ordinaire aux procédures orales et de proximité, favorisant une écoute plus fine du discours des justiciables: justice de paix, assises, procédures de conciliation et de médiation. Au plan collectif, lorsque c'est aussi l'histoire collective qui est en jeu, on peut évoquer l'expérience, plutôt réussie, des *Commissions Vérité et Réconciliation* mises en place en Afrique du Sud, au lendemain de l'abolition de l'*apartheid*.

Dans ce dernier cas, les conditions de la réussite du processus reposaient à la fois sur l'établissement de la vérité factuelle la plus complète possible ainsi que sur la possibilité donnée aux victimes de raconter librement leur histoire personnelle, étape nécessaire à la reconnaissance de leur statut de victime et au recouvrement de leur dignité publique. «C'est seulement sur la base de la vérité qu'une véritable réconciliation peut avoir lieu», avait déclaré Desmond Tutu. Comme, dans de nombreux cas, seuls les *perpetrators* savaient ce qui s'était réellement passé, on décida que ceux qui feraient volontairement et publiquement toute la lumière (*full disclosure*) sur leurs agissements seraient individuellement amnistiés, au cas par cas. Il s'agissait, comme le demandait la loi, de contribuer à donner à la nation une «représentation la plus complète possible de la nature, des causes et de l'étendue des violations graves des droits de l'homme commises sous l'*apartheid*»<sup>58</sup>.

Mais il était essentiel que la procédure offre aussi aux victimes une large occasion de raconter et se faire entendre. La Commission a fait le pari que si les victimes trouvaient un lieu public pour énoncer leur douleur, hors des contraintes formelles d'une procédure pénale, un effet cathartique les détournerait de la recherche d'une peine étatique ou d'une vengeance<sup>59</sup>. A l'encontre des amnisties traditionnelles, il s'agissait donc d'une «amnistie sans amnésie», respectant les droits de la mémoire, et notamment la reconnaissance de la victime dans son statut de victime; on peut penser que seul le passage par le récit permettait cet effet<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> P.J. Salazar, in D. Tutu, *Amnistier l'apartheid, travaux de la Commission Vérité et Réconciliation*, Paris 2004.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 137-147.

<sup>60</sup> *Vérité, réconciliation, réparation* («Le genre humain», 43), Paris 2004.

Comme le montre Antoine Garapon, qui analyse le rôle du récit dans les procès de droit international pénal<sup>61</sup>, l'idée générale est que plus importante que la sanction des criminels est l'attestation de la vérité, l'établissement officiel des faits dans une perspective pratique, normative; l'important est de dire le crime, complètement, et de l'attester officiellement; ce qui suppose un récit, mais inséré dans un contexte de justice qui l'officialise et ainsi permette une reconnaissance des souffrances endurées par la victime.

Telle est la condition nécessaire pour l'exercice de la «fonction longue» de la justice<sup>62</sup> au sens que lui donne Ricœur: faire prendre part, et pas seulement départager, renouer le lien social et pas seulement attribuer des parts, assurer la reconnaissance des deux parties et pas seulement compenser un dommage ou faire payer une dette<sup>63</sup>. Cette importance accordée par la justice au récit s'éclaire, à l'inverse, par la violence particulière que génère l'impossibilité de dire la réalité. «Ce déni est un mal qui fait durer le crime éternellement et qui ôte à la victime jusqu'au sentiment de réalité: ce qu'elle a vécu n'a pas existé»<sup>64</sup>. Ainsi, la lutte contre l'impunité n'est pas tant une demande de punition, que «l'expression d'une nouvelle attente de justice, plus narrative que punitive»<sup>65</sup>.

En quoi cet exercice narratif s'apparente-t-il à un travail de justice? Dire son acte devant autrui, se souvenir, dans le langage commun, des souffrances passées, cela vérifie l'existence et la consistance du «sens commun» que Arendt plaçait au cœur de la vie politique, autrement dit la faculté d'échanger des expériences. Car celui qui écoute une histoire forme société avec celui qui la raconte<sup>66</sup>. Et qui dit participation, dit partage, échange, communicabilité ou encore «commune mesure» qui rend la réalité transmissible.

<sup>61</sup> A. Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, Paris 2002.

<sup>62</sup> A propos de cette fonction longue de la justice dans le contexte des «Commissions Vérité et Réconciliation», cf. D. Tutu: «Je soutiens qu'il existe une autre forme de justice, une justice reconstructive, qui était le fondement de la justice africaine traditionnelle; dans ce contexte-là, le but recherché n'est pas le châtement; en accord avec le concept d'*ubuntu*, les préoccupations premières sont la réparation des dégâts, le rétablissement de l'équilibre, la restauration des relations interrompues, la réhabilitation de la victime, mais aussi celle du coupable auquel il faut offrir la possibilité de réintégrer la communauté à laquelle son délit ou son crime ont porté atteinte» (D. Tutu, *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*, Paris 2000 [Rapport à N. Mandela, §36]).

<sup>63</sup> P. Ricœur, *L'acte de juger*, in P. Ricœur, *Le juste*, pp. 190 s.

<sup>64</sup> A. Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, p. 205

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 207.

<sup>66</sup> C'est une des thèses fondamentales de M. Nussbaum (*L'art d'être juste*).



Si nos démocraties post-modernes et post-nationales sont condamnées à partager de moins en moins d'histoires communes, au moins peuvent-elles favoriser l'échange d'histoires particulières. Sans doute, aucun consensus d'ensemble ne s'en dégagera, mais au moins nos différends auront-ils trouvé une forme pacifique d'expression, pré-condition à un travail herméneutique de traduction de nos différences. Et il n'est pas interdit de penser, ni d'espérer, que cette traduction, que chacun fait néanmoins dans son propre langage, est de nature à réduire le fossé qui nous sépare de l'autre.