

DROIT ET LITTÉRATURE



Le meurtre d'Agamemnon, [crédit photographique : www.commonswiki.org]

Actes du SÉMINAIRE THÉMATIQUE du CIHDDR

Université de Neuchâtel
29 avril 2015

Edités par

Flora Di Donato, Jean-Philippe Dunand
et Jean-Jacques Aubert



ISLL Papers

The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature

<http://www.lawandliterature.org/index.php?channel=PAPERS>

© 2016 ISLL - ISSN 2035-553X



ISLL Dossier

ISBN - 9788898010523

DOI - 10.6092/unibo/amsacta/5562

Dossier

“Droit et Littérature”

Actes du Séminaire thématique du CIHDDR, Université de Neuchâtel, 29 avril 2015, pp. 63

On April 29th, 2015, the Centre Interfacultaire d’Histoire du Droit et du Droit Romain (CIHDDR) at Neuchâtel University hosted a Workshop on Law and Literature, titled “Droit et Littérature. Séminaire thématique”. The workshop – chaired by Jean-Philippe Dunand – was organized in two parties. The first one dealing with the approach of Law as Narrative with the presentations of M. Paola Mittica and Flora Di Donato. The second one dealing with the subjects of: Law, Literature and Ethics, with a presentation of Loris Petris; Law and Paintings with a presentation of Alain Papaux; Roman Law and Literature with a presentation of Jean-Jacques Aubert.

Ed. by Flora Di Donato, Jean Philippe Dunand et Jean-Jacques Aubert

Published online 23/09/2016

INDEX

Avant propos <i>Jean-Philippe Dunand et Jean-Jacques Aubert</i>	5
Droit et littérature. Une histoire et un exemple. L’Orestie de Eschyle <i>Maria Paola Mittica</i>	7
Le récit comme outil d’analyse juridique: perspectives «top-down» et «bottom-up». L’intégration des étrangers en Suisse. <i>Flora Di Donato</i>	19
Pratique rhétorique et écriture poétique chez les juristes-écrivains de la Renaissance <i>Loris Petris</i>	31
Quand la peinture cosa mentale donne à «voir» les fondements du droit <i>Alain Papaux</i>	39

Avant-propos

En été 2013, les soussignés ont créé, en collaboration avec leurs assistants, Arnaud Besson et Adrien Wyssbrod, le Centre interfacultaire d'histoire du droit et de droit romain (CIHDDR) au sein de l'Université de Neuchâtel (Suisse). Selon la volonté des fondateurs, il s'agissait de proposer une passerelle d'échange entre les Facultés de droit et des lettres et sciences humaines et de renforcer les collaborations, permettant d'aborder des questions communes sous des angles complémentaires ou comparatistes. Il s'agissait aussi de valoriser les colloques, publications et travaux divers touchant à l'histoire du droit et au droit romain et d'offrir aux chercheurs intéressés la possibilité d'enrichir leur domaine de compétence par l'interdisciplinarité.

Depuis sa création, le CIHDDR a été à l'origine de nombreuses manifestations et travaux prenant notamment la forme de conférences, workshops et séminaires (cf. le site internet du centre: www.unine/CIHDDR). C'est dans ce cadre que s'est inscrit le séminaire interdisciplinaire «Droit et littérature» qui s'est tenu le 29 avril 2015 à l'Université de Neuchâtel, organisé par les soussignés en collaboration avec Maria Paola Mittica, Professeure associée de philosophie du droit à l'Université de Urbino et coordinatrice scientifique de la *Italian Society for Law and Literature* (ISLL, www.lawandliterature.org), et Flora Di Donato, docteure en philosophie du droit et collaboratrice scientifique au Centre des migrations de l'Université de Neuchâtel. Loris Petris, Professeur ordinaire de langue et civilisation françaises et Directeur de l'Institut de langue et civilisation françaises à l'Université de Neuchâtel, Alain Papaux, Professeur de philosophie du droit et de philosophie du droit de l'environnement à la Faculté de droit et à la Faculté des géosciences et de l'environnement de l'Université de Lausanne et Jean-Jacques Aubert, Professeur de philologie classique et histoire ancienne et vice-recteur à l'Université de Neuchâtel ont contribué précieusement à la réussite de l'initiative scientifique.

La présente publication électronique comprend les versions écrites de quatre contributions présentées lors du colloque. Nos remerciements vont en premier lieu aux auteurs pour leur travail de qualité. Ils s'adressent tout particulièrement à Flora Di Donato, qui a collaboré activement à l'édition, et à Maria Paola Mittica, qui a ouvert la *Collana on-line de la ISLL* pour accueillir les actes du colloque.

Neuchâtel, juillet 2016

Prof. Jean-Jacques Aubert, Université de Neuchâtel

Prof. Jean-Philippe Dunand, Université de Neuchâtel

Co-directeurs du CIHDDR

Droit et littérature. Une histoire et un exemple. L'*Orestie* de Eschyle

M. Paola Mittica*

1. Droit et Littérature. Une brève introduction

L'histoire la plus connue de *Law and Literature* commence dans les *Law School* américaines où ces études naissent pour la didactique, dès les premières années du XX^{ème} siècle. Leur but est de cultiver la sensibilité des opérateurs juridiques et politiques en analysant et en diffusant des œuvres littéraires – pour la plupart de tradition anglo-saxonne – dans lesquelles l'on puisse retrouver les principes juridiques fondamentaux de la culture américaine (Wigmore 1908), et dans le même temps ouvrir les études juridiques aux instances critiques du réalisme juridique qui observe, pas seulement le rapport entre droit et réalité, mais aussi les analogies entre le droit et les autres formes de la culture (Cardozo 1931; Frank 1947, 1948).

Dans l'histoire plus récente, dès les années 70, *Law and Literature* devient un des mouvements de révolte contre le formalisme juridique sur le mode des *Critical Legal Studies* (CLS), projeté vers une politique du droit et des droits, à côté de la *Feminism Jurisprudence* et de la *Critical Race Theory* (Minda 1995).

C'est dans ce sens que l'on parle de la «Law and Literature Enterprise» qui a comme objectif final l'éducation à la démocratie et le projet d'une éthique publique, objectif, dont notamment tous ceux qui se préparent à administrer la justice, doivent être, bien évidemment, informés.

L'on fait coïncider, généralement, la «renaissance» des études de *Law and Literature* avec l'ouvrage de James Boyd White de 1973, *The Legal Imagination*. A partir de ce moment-là, *Law and Literature* devient un mouvement destiné à renouveler le discours politique et juridique, non seulement grâce à la redécouverte des classiques de la littérature mais aussi grâce à une recherche attentive à la réalité sociale et humaine.

Cette nouvelle orientation observe la réalité de la vie quotidienne comme un seul *con-texte* auquel il faut reconduire tous les discours formant petit à petit le réseau de sens au travers duquel nous orientons nos actions. Ceux de la loi ou de la littérature n'en sont que quelques-uns parmi les nombreux textes qui constituent précisément le contexte culturel commun.

Dans cette perspective, les nouveaux membres du mouvement, sans négliger les études traditionnelles de *Law in Literature*, présentent une nouvelle façon de comprendre le binôme droit et littérature qui se résume dans la formule *Law as Literature*.

Il est inutile de dire que, entre les deux pôles de *Law in* et *as Literature*, dans les dernières quarante ans le développement de ce domaine est devenu tellement ample et varié qu'il n'est plus possible d'en faire une reconstruction exhaustive. Mais j'aimerais

* M. Paola Mittica est Professeur associé de Sociologie et Philosophie juridique au Département de Jurisprudence de l'Université de Urbino (I). Elle est aussi Coordinatrice scientifique avec Carla Faralli de la Italian Society for Law and Literature (ISLL) dans l'Université de Bologna (I).

cependant signaler certaines évolutions qui me semblent émerger de manière significative.

La première concerne la définition du domaine de recherche. A la suite de l'élaboration d'une notion de texte s'étendant à de nombreuses formes communicatives et artistiques, le domaine de recherche s'est étendu de la littérature à tout le secteur des *humanities*. Il faut donc considérer Droit et littérature comme une espèce du genre *Law and Humanities*, à côté de Droit et cinéma, Droit et musique, Droit et art (peinture, sculpture, photographie, art vidéo, etc ...).

Et dans le domaine en particulier de l'«espèce» Droit et littérature, je signale une seconde évolution importante concernant le côté méthodologique des études. Il s'agit de l'élaboration d'une critique littéraire du droit, formulée par Robert Weisberg et Guyora Binder dans un ouvrage de 2001 dans lequel ces derniers indiquent tous les genres de critique littéraire susceptibles d'être appliqués au texte juridique.

D'après Weisberg et Binder, le droit peut être vu, dans la perspective de la critique littéraire: a) comme «pratique interprétative» (herméneutique); b) comme «pratique narrative» (construction de narrations); c) comme «activité destinée à persuader, décider, dialoguer» (rhétorique); d) comme «langage» (qui est observé, à l'aide du prisme du déconstructionnisme, comme une pratique qui représente la surface de la réalité et qui en cache cependant le côté obscur et violent). Cela est dû au fait que, dans une ample perspective culturelle, le droit est compris essentiellement comme «pratique compositive d'un type de manufacture littéraire». Si nous employons donc les «instruments» de la critique littéraire, nous pourrions mieux comprendre les pratiques juridiques en tant que ciment social et dévoiler également les aspects les plus cachés liés à l'exercice du pouvoir.

Une troisième évolution concerne le développement autonome dans une certaine mesure de *Law as narrative*. A ce propos, nous pouvons assister à un élargissement de la thèse de Binder et Weisberg, puisque *Law as Narrative* se réfère à une perspective interdisciplinaire plus articulée, où se trouvent aussi la sociologie, l'anthropologie et notamment la psychologie culturelle. Ici il ne s'agit pas d'observer uniquement le droit comme «pratique narrative» mais de considérer les communautés humaines elles-mêmes comme des communautés narratives, dans le sens qu'il s'agit de communautés car elles basent leur existence sur des récits qui sont « fondateurs » (comme le souligne bien Ost 2004) et continuent, durant leur vie, à utiliser les récits pour organiser leur propre ordre symbolique et leurs propres codes de comportement.

Dans ce sens, nous pouvons affirmer avec Robert Cover (1983) que les narrations sont dans le fond juridiques lorsqu'elles assument la fonction de mettre de l'ordre.

Je reviendrai bientôt sur ce point en montrant la façon dont l'*Orestie* est un exemple de ce genre de narrations particulièrement marquant vu qu'il intervient pour remettre de l'ordre dans un contexte culturel absolument tourmenté, comme l'est celui d'Athènes, dans la première moitié du Vème siècle. Mais avant de conclure cette brève introduction, j'aimerais faire quelques précisions sur l'expérience européenne de *Law and Literature*.

Tout d'abord, Droit et Littérature ne fait pas son apparition seulement aux Etats-Unis. Nous avons, en Europe, une tradition incroyablement étendue et articulée, ayant presque la même date de naissance de l'américaine, vu que les premiers travaux, possédant textuellement l'épigraphe de Droit et Littérature, apparaissent à la fin des années 20.

Ces études voient le jour, d'abord en Italie puis en Allemagne, ensuite, à partir des années 50, en Espagne et en France et par la suite dans les autres pays (Sansone 2001). Durant ces vingt dernières années, l'intérêt s'est accru davantage dans toute l'Europe,

s'étendant même aux pays nordiques, dans un dialogue de plus en plus serré avec les études américaines.

La spécificité européenne n'a, hélas, non seulement pas encore obtenue l'importance méritée mais on constate, bien au contraire, la tendance opposée, orientée vers l'«américanisation» de la recherche ce qui affaiblit les potentialités heuristiques des études européennes.

Les causes en sont variées et toutes justifiables.

Il compte certainement la reconnaissance traditionnelle que *Law and Literature* il trouve dans les Law School des États-Unis. Cela est qui rend l'expérience américaine, dans une certaine mesure, exemplaire par rapport à la reconnaissance encore modeste de ces études dans nos universités. Il compte aussi l'attention méthodologique, atout majeur dans les études américaines. De nombreux collègues ont, par exemple, une double compétence (Boyd Whyte, lui-même, a étudié les lettres outre que le droit). Et même lorsque ce n'est pas le cas, les groupes de recherche sont toujours interdisciplinaires alors qu'en Europe, les divisions (et les séparations) disciplinaires sont encore très profondes. Plus en général, l'«américanisation» de ces études peut être vu comme un effet du procès de homogénéisation, dû à la globalisation, qui investit la culture elle-même (et donc aussi la recherche scientifique).

En tous les cas, le point est que à mon avis la science juridique européenne présente une stratification culturelle si ancienne et si variée qu'elle pourrait fournir plus d'un contribution original (Mittica 2014).

Je vous citerai un exemple. Pensons à l'ancienne présomption de sagesse légitimant les *responsa* des juristes médiévaux...

Au cours du premier humanisme, dans le climat qui se préparait à la «dispute des arts», Bartolo de Sassoferrato attribuait à la science juridique la primauté de «vraie philosophie» justement parce que la science juridique avait la capacité de mesurer la réalité, en englobant d'autres savoirs: «en cas de manque ou de silence des normes juridiques», pour arriver à la «vérité du droit», le juriste médiéval «intégrait» sa propre interprétation du cas concret en recourant aux savoirs auxiliaires extra-légaux, parmi lesquels les *auctoritates* littéraires occupaient une position de premier plan.

Il y avait en cela une vision globale des savoirs que le juriste possédait et dont il tenait compte, étant donné sa conception du droit où ce dernier comprenait la présence continue d'une partie manquante qu'il fallait combler à l'aide d'autres sensibilités.

A ce propos, nous pourrions nous demander s'il ne serait pas utile de reprendre le raisonnement concernant une forme de «option pour la lacune»... L'idée du manque représente un levier important pour la critique d'un des mythes du système juridique moderne, de l'exhaustivité justement, mais cela pourrait être aussi une façon d'accroître la sensibilité du juriste à propos des limites de la loi et l'attention qu'il faut y mettre lorsqu'il faut trouver la mesure et intervenir dans la réalité complexe des relations humaines.

Cela pour souligner la richesse présente dans l'histoire européenne qu'il serait utile de redécouvrir, mais aussi la grande profondeur de regard qui vient de notre passé.

Un autre exemple me vient à l'esprit ...

Lors du dernier congrès de la ISLL (Alfieri & Mittica 2015), nous avons proposé comme thème de recherche le rapport entre la vie et ses formes.

Malgré l'apparition du rapprochement entre *Law and Aesthetics*, il n'existe pas, dans les recherches américaines, de réflexions approfondies sur le concept de forme qui est à la base du rapport entre droit et art.

Dans la tradition européenne, par contre, nous disposons de tous les instruments pour rapprocher la philosophie de la vie, qui s'est développée à la fin du XIXème siècle, à la catégorie esthétique de la formativité et à la critique du formalisme juridique pour

mieux comprendre l'apport que l'art et la pensée sur l'art peuvent donner au droit à partir de la reformulation du concept de forme juridique.

En somme, dans l'état actuel de la recherche, il faudrait, à mon avis, mettre en jeu et promouvoir la différente sensibilité européenne pour rapprocher le droit aux *humanities*.

Mais venons à la deuxième partie de cette intervention.

2. L'*Orestie* comme narration juridique

Bruner a dit: «Je doute que la vie collective serait possible si la capacité humaine d'organiser et de communiquer l'expérience sous une forme narrative faisait défaut» (Bruner 2003: 101, trad. à moi).

Cette capacité d'organiser est la capacité d'ordonner.

Les pratiques narratives sont toujours destinées à établir ou rétablir un ordre – dans leurs significations et dans leurs règles – et il s'agit d'un ordre qu'il faut renforcer continuellement et dont il faut rediscuter les règles: un ordre partagé de la même façon que doivent être partagées les narrations.

Le phénomène est plus compréhensible lorsque l'ordre vole en éclats, en provoquant confusion et dépaysement dans la compréhension des situations et dans le comportement. Dans ces cas-là, les narrations interviennent pour recomposer un ordre symbolique servant à rétablir un équilibre.

Il y a quelques années désormais, je me suis convaincue (Mittica 2006), en analysant l'*Orestie*, que c'est le même objectif que se fixe Eschyle lorsqu'il met en scène la trilogie à Athènes, lors des grandes Dyonisies de 458, exactement la même année pendant laquelle on soustrait à l'Aéropage la fonction de la *nomophylakèa*. Un fait qui indique, sur le plan symbolique, le passage final de l'ancien ordre des oligarchies familiales au nouvel ordre démocratique de la polis.

L'*Orestie* joue exactement le rôle d'une narration juridique et a comme objectif de reconstruire un équilibre cognitif et normatif, nécessaire à la vie commune sociale. L'on peut le comprendre à partir de:

- le sens de l'ouvrage dans le contexte dans lequel il est représenté;
- les buts qu'Eschyle se fixe;
- la méthode de composition.

Quant au contexte, comme je l'ai déjà dit, nous nous trouvons dans la première moitié du Vème siècle lorsque Athènes change complètement de visage: de civilisation encore «de terre», Athènes se transforme en une puissance maritime et est prête à conquérir les marchés de toute l'Egée; s'affirme, dans la ville, le modèle démocratique, démolissant petit à petit la construction aristocratique des magistratures citadines; au niveau de la loi, l'on passe du droit naturel propre aux sociétés à base familiale au droit de la ville-état, basé sur le statut de citoyen.

Nous nous trouvons, en bref, face à un passage épocal, qui influence fortement la vie quotidienne des gens, caractérisé par la confusion, le dépaysement. Mais aussi caractérisé par une recrudescence de la violence, car se multiplient les rivalités entre les diverses factions aristocratiques, qui contrôlent en fait les décisions seulement en apparence «démocratiques» et se renforce la lutte entre les pauvres.

L'intention d'Eschyle est de reconstruire un horizon de sens que l'on puisse partager dans une narration qui reconstruise le temps vécu, en permettant le passage du passé au présent; légitime la polis démocratique; évoque de nouveau les valeurs fonda-

mentales du bien supérieur de la communauté des citoyens, pour qu'elles servent d'avertissement pour la nouvelle classe politique d'Athènes et qu'elles puissent contribuer à rétablir un état de paix sociale.

Quant à la méthode de composition, Eschyle propose une «dramatisation du présent». Selon Pierre Vidal Naquet (1986), Eschyle emploie trois endiades, qu'il combine pour tracer le changement et en expliquer les raisons: divinité pré-olympiennes/divinités olympiennes; principe féminin/principe masculin; ordre familial/ordre de la *polis*.

Vous vous souviendrez sûrement de la trame. Je la résume brièvement pour fixer notre attention sur les éléments fondamentaux du récit.

Ce texte parle du voyage de retour d'Agamemnon à Mycènes.

Dans la première tragédie – *Agamemnon* – arrivé chez lui, l'héros est assassiné par Clytemnestre (à l'aide de son amant Egisthe).

Par la suite – dans les *Khoéphores* – Oreste, l'aîné des enfants d'Agamemnon et de Clytemnestre, tue sa mère, aidé en cela par Apollon, pour venger son père. Avec cet acte, Oreste s'expose à la vengeance des Erinyes qui sont les déesses pré-olympiennes, chargées de la vengeance des homicides entre consanguins.

Le conflit – dans la troisième tragédie, *Eumenides* – est soumis à Athéna et significativement aux portes d'Athènes. Ici Eschyle pose la question fondamentale: qui a raison? Oreste qui a vengé l'assassin de son père? Ou les Erinyes qui veulent la mort d'Oreste puisqu'il a commis un matricide?

Devant une question si grave pour le bien commun, Athéna – qui est, en effet, aussi la protectrice de la ville d'Athènes – comprend les limites de la procédure arbitrale et décide d'instituer un tribunal, l'Aéropage, et de faire en sorte que ce soit les citoyens les meilleurs qui choisissent d'acquiescer ou non Oreste.

La transition qu'Eschyle désire reconstruire est évidente. D'une procédure arbitrale devant décider sur un cas de vengeance familiale, l'on passe à la procédure judiciaire d'un tribunal citoyen; donc d'une dimension privée, gouvernée seulement par le système vindicatoire et la croyance religieuse, à une dimension publique dépendante aussi du jugement des hommes. Oreste, comme nous savons, sera acquitté: c'est donc le père qui le remporte dans le choix entre la mère et le père, et ceci est un choix aussi entre féminin et masculin, et entre le roi qui symbolise la cité et la famille. Dans tout cela, enfin, le nouvel ordre de Zeus trouve sa justification: Zeus, père des nouveaux dieux olympiens (donc masculin) – à l'aide de ses enfants, Apollon et Athéna – remporte la victoire sur les Erinyes, qui sont les antiques divinités féminines.

Nous ne pouvons, ici, bien évidemment, nous occuper de l'analyse détaillée de la trilogie mais je tenterai de vous signaler quelques passages intéressants du texte.

Allons voir, donc, avant tout, dans la première tragédie de la trilogie, quelques passages de la rencontre entre Clytemnestre et Agamemnon quand le roi arrive dans la cité.

2.1. *Agamemnon*

Le dialogue (*Agamemnon*, vv. 810-949) a lieu devant les citoyens.

D'un côté nous avons Clytemnestre. Elle, incarne le passé: c'est la mère. Elle est protégée par les Erinyes, divinités préolympiennes et modelées sur le principe féminin. Sa place est le foyer. Sa loi est celle de la famille. Sa justice est la vengeance.

De l'autre côté il y a Agamemnon qui représente, à la fois, le présent et le futur qui est en train de se faire: c'est le père. Son vengeur est protégé par Apollon. Sa place est la ville: il est le roi de Mycènes! Sa loi est celle qui désire le bien de la polis.

- Ag. Avant tout, il faut saluer Argos et les dieux de la patrie [...] Pour le reste, ce qui concerne la ville et les dieux, nous en délibérerons en commun dans l'Agora. [...] maintenant, entré dans mes demeures, près de mon foyer [...]. Que la victoire qui m'a suivi jusqu'à ce jour, reste à jamais avec moi.
- Cl. Hommes de la cité, vieillards Argiens, qui êtes ici, je n'ai plus honte de révéler devant vous mon amour pour mon mari [...] C'est un grand malheur pour une femme de rester seule dans sa demeure, loin de son mari [...] Mais ne pose point sur la terre, ô roi, ce pied qui a renversé Ilios.

L'on peut constater à partir de ces vers... Agamemnon est le roi victorieux qui est retourné de la guerre de Troie. Il salue selon les règles, selon *dike*, la cité, les citoyens. Il sait qu'il faut délibérer du bien commun dans l'assemblée de la ville. Eschyle le souligne: «Pour le reste, ce qui concerne la ville et les dieux, nous en délibérerons en commun dans l'Agora». Clytemnestre parle encore selon les règles: comme une femme qui a vécu pour attendre le mari, qui doit, selon son statut social, pour sa nature même, honorer son mari. Mais dans tout cela, Eschyle introduit le détail du tapis d'honneur: «Mais ne pose point sur la terre, ô roi, ce pied qui a renversé Ilios» dit Clytemnestre et Agamemnon:

- Ag. Mais pour être loué avec justice, il faut que cet honneur me soit rendu par d'autres. Cependant, ne me traite point mollement, à la façon des femmes, ou comme un roi barbare. Qu'on ne se prosterne point devant moi en poussant de hautes clameurs, et qu'on n'éveille point l'envie en étendant des tapis sur mon chemin. Il n'est permis d'honorer ainsi que les dieux. Je ne saurais sans crainte, moi qui ne suis qu'un homme, marcher sur la pourpre.

Donc le roi refuse la forme de bienvenu que Clytemnestre veut lui donner: «ne me traite point mollement, à la façon des femmes, ou comme un roi barbare. Qu'on ne se prosterne point devant moi ... Il n'est permis d'honorer ainsi que les dieux.»

Et encore:

- Ag. Je veux être honoré comme un homme, non comme un dieu. Le cri public montera sans avoir besoin de ces tapis et de cette pourpre. Le plus beau don des dieux est la sagesse. On peut le dire heureux celui-là seul qui a terminé sa vie dans la prospérité. J'aurai bon espoir si mon heureuse fortune présente m'était accordée en toutes choses.

mais Clytemnestre insiste...

- Cl. Selon toi, qu'eût fait Priamos victorieux?
Ag. Je pense qu'il eût marché sur la pourpre.
Cl. Ne crains donc pas le blâme des hommes!
Ag. La voix du peuple, certes, est toute-puissante.

- Cl. Celui qui n'est pas envié n'est point enviable.
Ag. Il ne convient pas qu'une femme soit opiniâtre.
Cl. Il est glorieux aux vainqueurs de se laisser vaincre.
Ag. Ainsi, tu tiens beaucoup à cette victoire?
Cl. Consens! Cède-moi volontiers cette victoire!
Ag. Alors, si cela te plaît, qu'on détache promptement ces sandales, esclaves accoutumées du pied ...

et à la fin Agamemnon accepte, mais demande «qu'on détache ses sandales».

Agamemnon est honnête, mesuré, sage. Clytemnestre, par contre, est le personnage négatif. Rusée, perfide: elle ne connaît pas la mesure, dépasse les limites de son rôle de femme mariée et utilise ses dons pour flatter jusqu'à la trahison et l'assassinat. Le tapis est rouge pourpre comme le sang. Agamemnon s'en va sur le tapis qui le mène chez lui où il trouvera la mort...

2.2. *Khoèphores*

Oreste assassine Clytemnestre. Le matricide est l'événement principal de la deuxième tragédie. Puis il s'enfuit, pourchassé par les Erinyes qui l'obsessionnent jusqu'à la folie (*Khoèphores*, vv. 1021-33)

- Or. Quoiqu'il en soit, je sais comment tout ceci doit finir. Ainsi que des chevaux sans frein, emportés hors du chemin des chars, mes sens effarés me domptent et m'emportent, et mon coeur est prêt à hurler de terreur et la rage se rue en lui!

Pendant que je me possède encore, je crie à mes amis que j'ai tué ma mère avec justice, car elle était souillée du meurtre de mon père et les dieux la haïssaient. Celui qui m'a donné ce courage, c'est Loxias, le divinateur Pythien! C'est lui qui m'a révélé par ses oracles que si je commettais ce meurtre, je ne serais point tenu pour coupable. Si je lui avais désobéi, je ne dirai pas le châtement promis: nul n'en pourrait imaginer l'horreur

Le dessein est clair: la vengeance d'Oreste est voulue par Apollon. Eschyle le souligne parce que Apollon n'est pas seulement un dieu de la nouvelle génération des dieux olympiens, il est le fils de Zeus. Apollon est le dieu qui connaît le mystère de l'ordre des choses: le mystère qui fonde la justice de Zeus, de la juste mesure: un mystère qui ne peut être dévoilé.

Mais si Apollon préserve le secret de la *dike* de Zeus, Athéna, pour sa part, est la déesse qui donne forme à la seule justice possible pour les hommes, c'est-à-dire une justice qui ne peut s'enraciner dans la vérité, mais seulement se légitimer à travers les procédures. Cela va sans dire qu'Athéna ne trahit pas l'ordre du masculin. Elle est la fille sortie de la tête de Zeus – pure rationalité et vierge.

Apollon donc envoie Oreste auprès d'Athéna qui doit indiquer la voie pour résoudre la question et elle fournira les instruments pour le passage du désordre à l'ordre, en utilisant son autre sagesse étant elle aussi la déesse qui supervise les rites de passage de la jeunesse à l'âge adulte.

En peu de mots, frère et sœur doivent guider l'institution de l'ordre nouveau de Zeus, qui est l'ordre aussi de la loi de la *polis* et du masculin.

2.3. *Euménides*

Dans les *Euménides*, Athéna crée l'Aéropage ce qui permet à Eschyle de rappeler aux Athéniens la valeur de la justice fondée sur la juste crainte envers les dieux qui rappellent aux hommes leurs limites.

Mais voyons les arguments employés par Apollon pendant le procès pour défendre Oreste contre le plaidoyer des Erinyes (*Euménides*, vv. 614-666).

Avant tout j'aimerais souligner les arguments employés par Apollon dans le contradictoire avec les Erinyes :

Ap. Je vous parlerai, juges vénérables institués par Athéna! Je suis le divinateur, et je ne dirai point de mensonges. Jamais sur mon trône fatidique, je n'ai rien dit d'un homme, ou d'une femme, ou d'une ville, que Zeus, père des Olympiens, ne m'ait ordonné de dire.

Avant tout, Apollon, qui parle pour la première fois aux juges du premier tribunal humain, légitime son rôle et précise la nature de la vérité et de la justice dans le tribunal humain. Il est celui qui détient la vérité : « je ne dirai point de mensonges », mais, attention : Ma parole – dit Apollon – est la parole qui vient de Zeus : « je n'ai rien dit d'un homme, ou d'une femme, ou d'une ville, que Zeus ne m'ait ordonné de dire ». Donc la vérité d'Apollon est la vérité de la volonté de Zeus, qui est la seule vérité de la justice.

Ainsi le contradictoire entre Apollon et les Erinyes, lui, n'a pas pour but de trouver la vérité, mais il représente seulement une lutte pour affirmer le pouvoir de Zeus contre le pouvoir primitif des Erinyes.

Er. Zeus, d'après ce que tu dis, t'avait dicté l'oracle par lequel tu as ordonné à cet Orestès de venger le meurtre de son père, sans respect pour sa mère?

Ap. Ce n'est point la même chose que de voir une femme égorger un vaillant homme honoré du sceptre, don de Zeus, et qui n'a point été percé de flèches guerrières lancées de loin, comme celles des Amazones. Ecoute, Pallas! Ecoutez aussi, vous qui siégez pour juger cette cause.

Er. Zeus, d'après tes paroles, est plus irrité du meurtre d'un père que de celui d'une mère. Mais, lui-même, il l'a chargé de chaînes son vieux père Kronos. Pourquoi n'as-tu point opposé ceci à ce que tu as dit? Pour vous, vous l'avez entendu: je vous prends à témoin.

Ap. Ô les plus abominables des bêtes détestées des dieux! On peut rompre des chaînes; il y a un remède à cela, et d'innombrables moyens de s'en délivrer; mais quand la poussière a bu le sang d'un homme mort, il ne peut plus se relever. Mon père n'a point enseigné d'incantations pour ceci, lui qui, au-dessus et au-dessous de la terre, ordonne et fait rouler toutes choses et dont les forces sont toujours les mêmes.

Comment on peut voir dans le texte, Apollon, en fait, n'essaie pas de répondre au raisonnement cohérent des Erinyes.

Le respect pour la mère – le souligne Apollon – n'a pas la même valeur que celui d'un homme « vaillant », « sceptre », c'est-à-dire l'homme qui intervient dans les questions publiques ... « On peut rompre des chaînes » dit Apollon, et, ici, il se réfère aux chaînes du passé.

Apollon demande aux juges, en autres termes, un choix de valeur et, quand le raisonnement cohérent des Erinyes le met en difficulté, il impose l'ordre nouveau et élabore un argument pour le valider:

- Ap. Je dirai ceci; vois si je parle bien. Ce n'est pas la mère qui engendre celui qu'on nomme son fils; elle n'est que la nourrice du germe récent. C'est celui qui agit qui engendre. La mère reçoit ce germe, et elle le conserve, s'il plaît aux dieux.
Voici la preuve de mes paroles: on peut être père sans qu'il y ait de mère. La fille de Zeus Olympien m'en est ici témoin. Elle n'a point été nourrie dans les ténèbres de la matrice, car aucune déesse n'aurait pu produire un tel enfant.

Apollon va donc détruire définitivement le vieil ordre fondé sur le féminin: sur la mère qui génère la vie. Le germe de la vie vient du masculin. Athena est l'exemple le plus évident.

L'histoire du verdict est bien connue. La décision est si difficile que le jury se partage en deux: une moitié des jurés donne raison aux Erinyes et condamne Oreste à mort pour matricide, l'autre moitié l'acquitte pour avoir vengé son père, accordant ainsi plus d'importance à la vie du père qu'à celle de la mère.

C'est Athéna qui va résoudre le dilemme, en votant en faveur d'Oreste, inventant la règle selon laquelle – en cas de parité de voix – il est nécessaire de procéder à l'acquittement de l'accusé, qui est vraiment effectif dans le procès attique et qui est connu justement comme “voix d'Athéna”.

Mais voici les arguments d'Athéna (*Eumenides*, v. 736-740):

- At. Je n'ai pas de mère qui m'ait enfantée. En tout et partout, je favorise entièrement les mâles, mais non jusqu'aux noces. Certes, je suis pour le père. Ainsi peu m'importe la femme qui a tué son mari, le chef de la demeure.

Athéna soutient qu'elle est davantage liée au masculin et que, donc, peu lui importe la mort de Clytemnestre. La déesse referme le cercle ouvert par Apollon. L'on ne parle plus de typologie d'homicides, ni du mérite spécifique de la cause, mais d'un déplacement du pouvoir, du féminin archaïque au masculin du nouvel ordre. L'époux est plus important que l'épouse. Zeus, auquel elle appartient, est plus important.

Mais ce qui compte le plus pour Athéna, ce n'est pas la vérité de la justice (absolue ou partielle), mais de protéger Athènes : la polis. Et pour apaiser la soif de vengeance des Erinyes, la sentence d'un tribunal ne suffit pas, il faut trouver la façon de calmer leur colère.

Chez Eschyle, nous trouvons donc la conscience aussi bien des limites des solutions processuelles que de la nécessité de tenter de nouveaux équilibres possibles, pour résoudre les conflits, dans une perspective plus large. Une perspective capable de prendre en considération des formes de relation nouvelles et différentes, dans le cadre d'une solidarité sociale de plus en plus complexe.

C'est ainsi qu'Athéna établit un nouveau pacte avec les Erinyes qui se transforment, de déesses de la vengeance des homicides entre consanguins en des déesses bienveillantes, les Euménides, protectrices du foyer domestique. Un pacte de paix qui indique le passage de l'ancien ordre du *genos* à l'actuel de la *polis*, thème fondamental de la trilogie.

3. Pour conclure

Eschyle développe en un mot une narration qui reconstruit le sens d'un passage entier épocal qui permet aux spectateurs de la trilogie de comprendre le changement qu'ils sont en train de vivre.

Mais, tandis qu'il légitime le nouvel ordre de la *polis*, tandis qu'il légitime la justice des tribunaux à la place de la vengeance familiale, Eschyle rappelle aussi aux nouveaux citoyens les racines de la polis et de sa justice, en mettant en garde face à une violence qui fait aussi partie de la polis et de son système.

Une violence qui ne finira jamais... Car la ville s'est affirmée avec violence – principe masculin contre principe féminin ; raison contre passion. Car le mystère apollinien de l'ordre des choses n'a pas été dévoilé. Car la violence reste cachée derrière des masques.

C'est ainsi que les Erinyes se cachent sous le masque des Euménides et se dirigent vers leur nouvelle demeure, guidées et accompagnées par une longue procession, sous terre, dans les viscères d'Athènes: jusqu'aux fondements de l'Aéropage, où l'on a édifié leur nouveau temple.

En conclusion, dans l'*Orestie*, Eschyle reconstruit un horizon de sens, explique le changement et expose à ses spectateurs les nouvelles règles de la ville. Il développe, dans ce sens, une véritable narration juridique, ce qui nous permet de comprendre la façon dont un texte littéraire peut être également précieux dans la perspective juridique, même s'il ne faut pas oublier que la narration littéraire possède une propre valeur supplémentaire car il s'agit justement d'une entreprise littéraire. Si l'on accorde encore aujourd'hui beaucoup d'importance à l'*Orestie*, c'est parce qu'il conserve encore un mystère qui ne s'est pas dévoilé et qui arrive à son lecteur ou spectateur de façon plus complexe puisqu'il met en mouvement non seulement l'intelligence rationnelle mais aussi celle de l'émotion et de la perception.

Le pari de Law and Humanities est en définitif celui de parvenir à mettre en jeu toutes nos intelligences et à les mettre au service du droit.

Bibliographie

Eschyle, Théâtre complet, traduction de Leconte de Lisle, A. Lemerre (1872).

Alfieri, Luigi & M. Paola Mittica (éds.). 2015. 'La vita nelle forme. Il diritto e le altre arti. Atti del VI Convegno Nazionale ISLL. Urbino 3-4 luglio 2014.' *ISLL Papers. Collection on line*, 8.

Bruner, Jerome. 2003. *Making Stories: Law, Literature, Life*. Cambridge, Ma.: Harvard University Press.

Cardozo, Benjamin. 1931. *Law and Literature and Other Essays and Adressed*. New York, Harcourt: Brace & Co.

Cover, Robert. 1983. 'Nomos and Narrative.' *Harvard Law Review*, 97.

Frank, Jerome. 1947. 'Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation.' *Columbia Law Review*.

----. 1948. 'Say It With Music.' *Harvard Law Review*.

- Minda, Gary. 1995. *Postmodern Legal Movements*. London, New York: New York University Press.
- Mittica, M. Paola. 2006. *Raccontare il possibile. Eschilo e le narrazioni giuridiche*. Milano: Giuffrè.
- . 2014. *Diritto e letteratura. Disciplina, metodologia o movimento?* In N. Maraschio, D. De Martino, G. Stanchina (dir.). *Lingue e diritti, I, Le parole della discriminazione. Diritto e letteratura*. Firenze, 14 e 16 novembre 2013. Firenze: Accademia della Crusca, 111-138.
- Ost, François. 2004. *Raconter la loi*. Paris: Odile Jacob.
- Sansone, Arianna. 2001. *Diritto e letteratura*. Milano: Giuffrè.
- Vidal Naquet, Pierre. 1986. *Eschyle, le passé et le présent*. In J.P. Vernant et P. Vidal Naquet (dir.). *Mythe et tragédie deux*. Paris: La Découverte.
- Weisberg, Robert & Guyora Binder. 2001. *Literary Criticisms of Law*. Princeton: Princeton University Press.
- White, James Boyd. 1973. *The Legal Imagination*. Boston, Little: Brown & Co.
- Wigmore, John H. 1908. 'A List of Legal Novels.' *Illinois Law Review* 2.

Le récit comme outil d'analyse juridique: perspectives «top-down» et «bottom-up».

L'intégration des étrangers en Suisse.

Flora Di Donato*

1. Introduction

Comme expliqué par M. Paola Mittica, dans la première partie de sa contribution (cf. Mittica *supra*, pp. 7-10), l'approche *law as narrative* ou *law as narrative construction* constitue une des expressions récentes du mouvement *Law and Literature* (Amsterdam & Bruner 2000; Bruner 1991; Cover 1983; Di Donato 2008, 2011; Sherwin 1994)¹. Ayant comme finalité de mettre en évidence le processus narratif et social grâce auquel la loi prend forme, l'étude du récit juridique alimente aussi un autre mouvement de recherche, celui du *Legal Storytelling*. Ce dernier s'est développé aux Etats-Unis, à partir des années 1970, pour «donner voix» aux minorités et à la diversité dans le discours public (Minda 1995). Raconter les histoires des individus en tant qu'«êtres humains» permet, d'une part, de lire chaque cas comme unique et de protéger les intérêts et les droits des groupes vulnérables dans la société (Alfieri 1991; Binder 2000; Miller 1994); d'autre part, ces cas peuvent être reconstruits (*story construction*) en terme d'«histoires possibles» (Bruner 2002, 1987; Delgado 1989): histoires de Noirs et de Blancs; histoires de femmes battues; histoires d'étrangers et de citoyennes, etc.

Dans le but de montrer comment la réalité légale est façonnée dans le récit et en particulier dans les échanges de la vie quotidienne, mon analyse est organisée en deux parties. Dans un premier temps, je mettrai en évidence la fonction de «management du social» ou de «faire de l'ordre», qui est typique du récit juridique, pour montrer dans quelle mesure le processus de production législatif est un phénomène social, historiquement et culturellement situé, qui se produit en dialogue entre le «haut» (l'Etat, le législateur) et le «bas» (la collectivité). C'est ce que j'appelle dans le titre de ma contribution «perspective top down». Puis, dans un deuxième temps, je montrerai dans quelle mesure les *lay people* sont constructeurs actifs du droit en modélisant leur parcours vis-à-vis des lois, des administrations et de la justice. Cette deuxième partie analysera par conséquent le droit dans une perspective «bottom up»².

Afin de mettre en lien ces deux perspectives (*top-down* et *bottom-up*) je vais aborder la thématique de *l'intégration des étrangers en Suisse* (Di Donato 2015, 2016), en proposant, d'une part, la lecture de quelques messages du Conseil fédéral parus au XXe siècle, et, d'autre part, l'analyse d'un cas de naturalisation³.

*Flora Di Donato est actuellement chercheuse au Centre de droit des migrations (*cdm*) de l'Université de Neuchâtel. Elle est également titulaire d'une habilitation comme Professeure de philosophie de droit, obtenue en Italie en décembre 2013. On remercie les membres du CIHDDR qui ont rendu possible la réalisation d'une journée d'étude interdisciplinaire dédiée à la thématique *Droit & Littérature*, qui a vu comme protagonistes des professeurs des Facultés de droit (Urbino, Neuchâtel et Lausanne) et de la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Neuchâtel.

¹ Pour une analyse plus détaillée je renvoie à Binder & Weisberg 2000, pp. 203-292.

² Pour une définition de perspectives «top-down» et «bottom-up» du droit, voir par exemple Papaux 2006, pp. 20-42.

³ Il s'agit d'exemples issus d'une recherche, interdisciplinaire et inter-facultaire (Faculté de droit et Faculté des lettres et sciences humaines), financée par le FNS: "Immigrant's trajectories of integration, bet-

2. Quelques fonctions du récit juridique

Avant d'aborder l'analyse des textes juridiques, il est utile de clarifier la perspective de départ, en introduisant quelques fonctions du récit dans le domaine juridique, en particulier les fonctions *socio-épistémologique*, *reconstructive* et *analytique*.

♣ La fonction *socio-épistémologique*

Selon les théories narratives élaborées dans le cadre de la littérature (White 1980-1981) et de la psychologie socio-culturelle (Bruner 1991), le récit rend possible l'organisation de la connaissance (de la réalité), selon une aptitude typique de l'être humain («*homo narrans*»). D'après cette approche, l'activité (narrative) de mise en forme de la réalité se façonne dans des cadres sociaux et culturels et rend possible la «coexistence» humaine grâce à la création de «significations» qui sont partagées et typiques de certains groupes sociaux, à certaines époques (Cover 1983).

♣ La fonction re-constructive

La fonction *re-constructive* du récit, qui est étroitement liée à la précédente, peut être résumée par la phrase «*Stories construct facts that comprise them*». Cette affirmation – née de la collaboration interdisciplinaire entre un juriste et un psychologue (Amsterdam & Bruner 2000) – se situe au cœur du mouvement du *Legal Storytelling*. Elle synthétise le passage d'une logique déductiviste de l'investigation factuelle à une logique socio-constructiviste, selon laquelle les faits ne sont pas «donnés»⁴ mais sont acquis par un processus de mise en forme narrative de la connaissance de la réalité: événements, personnes et objets trouvent place dans un récit qui leur donne du sens. Ainsi, le récit n'est pas seulement un principe d'organisation du réel mais est constitutif du réel⁵.

♣ La fonction analytique

La dimension analytique du récit permet de mettre en évidence que la structure des textes juridiques, comme celle des textes littéraires, peut être analysée à partir d'une trame qui se compose des protagonistes (*acteurs*), qui donnent vie à des *actions* (et à des réactions), avec l'intention d'atteindre des buts, dans un contexte spécifique (*setting*), comme les protagonistes d'un roman littéraire ou d'une *fabula* (Brooks 2004; Propp 1968; White 1980-1981).

3. La construction des «significations juridiques» dans les messages du Conseil fédéral suisse

A partir de ces caractéristiques du récit, j'aimerais revenir sur la fonction de «cohésion» et de «management social», en utilisant comme matériel d'analyse des messages du Conseil fédéral sur la question des étrangers.

Sur le plan épistémologique, je vais adopter une double clé d'analyse: la perspective historique de Studer, Arlettaz et Argast (2013), selon laquelle les débats politiques reflètent les représentations, les idéologies et la mentalité d'un groupe culturel à une

ween determinate (legislative) criteria and uncertain life courses: Analysis of legal cases" (FNS CR1111-147287).

⁴ A l'époque, Jerome Frank, conscient des facteurs contextuels et irrationnels qui interviennent dans les prises de décisions, avait déjà plaidoyé pour une vision critique du *fact-finding*, (1930, 1947, 1948).

⁵ Comme il a été démontré, l'activité de description des faits dans le cadre d'un laboratoire scientifique, par exemple, n'est pas différente de celle qui est mise en forme dans le cadre d'un procès judiciaire (Latour & Woolgar 1998).

certaine époque; ainsi que la perspective socio-juridique de Cover (1983). Selon cette perspective, «les significations juridiques», qui se produisent dans une dynamique de négociation entre le haut et le bas, sont stabilisées par la création des textes de lois et prennent la forme de *réécits collectifs*. Ces récits ont une «force normative» au sens large et orientent les comportements des individus⁶.

En passant de la théorie à l'analyse juridique, on peut retracer cette dynamique de création des significations juridiques en analysant trois types de messages du Conseil fédéral, qui ont été produits à trois époques différentes.

Dans les années 1920, suite à la première guerre mondiale, en raison de l'augmentation de la présence étrangère, le Conseil fédéral tend à impliquer la population suisse comme «partie prenante» du processus d'*intégration* des étrangers, en faisant confiance à sa force «assimilatrice». Notamment, autour des années 1920, avec l'augmentation du taux d'immigration, la naturalisation devient un élément de «gestion du social», un outil de défense identitaire et culturel, qui se traduit aussi en une activité intellectuelle, juridique, politique et médiatique intense.

On peut considérer comme un premier type de message celui du Conseil fédéral concernant la révision de l'article 44 de la Constitution fédérale («mesures à prendre pour assurer l'assimilation des étrangers en Suisse»), du 24 novembre 1920, qui visait à renforcer le pouvoir de la Confédération en matière de naturalisation. Dans ce message, l'attention du Conseil fédéral était portée sur le risque de la dénationalisation et la perte d'individualité du peuple suisse:

Notre peuple doit résister à des influences qui lentement risquent de le dénationaliser. Tout peuple fort et sain peut et doit vivre d'échanges actifs avec l'étranger tant dans le domaine moral et politique que dans le domaine matériel; mais un certain équilibre ne doit pas être rompu; lorsque le fléau de la balance incline trop en faveur de l'étranger, il y a péril pour un peuple d'aliéner son individualité et de devenir non seulement matériellement, mais intellectuellement tributaire d'autres Etats. Les mœurs, les usages, les idées politiques, les valeurs morales elles-mêmes et surtout les sentiments de dévouement à la patrie risquent alors de se modifier, de s'estomper⁷.

Dans ce message, les mesures évoquées par le Conseil fédéral sont de deux types: 1. «entraîner une diminution de l'immigration»; 2. «faire un national de l'immigré»⁸.

Les mesures à prendre par le législateur doivent viser à faciliter l'assimilation des étrangers, à désigner les éléments assimilables ensuite de l'influence que l'ambiance suisse a exercée sur eux, à permettre au peuple suisse, par une action continue, d'exercer une action décisive sur l'esprit et les mœurs de nos hôtes⁹.

⁶ Robert Cover est notamment l'auteur de *Nomos and narrative*, publié à Yale en 1983. Cet essai est devenu célèbre au fil des années, non seulement dans les orientations de *D&L* mais aussi dans le cadre des études constitutionnelles. Selon Cover, qui avait formulé le concept de *iurisgenesis*, deux types de force sont présents dans nos systèmes juridiques: le premier correspond à un système de forces faibles, fondé sur l'application des règles générales et inspiré des valeurs libérales; le second présente un système de forces «impériales» et se fonde sur l'application stricte des règles par les institutions. Ce second système de forces, de type conservateur, tend à empêcher la création de significations particulières et nouvelles (la *iurisgenesis*) par «de bas», par l'activité des groupes sociaux, culturels et religieux.

⁷ FF 1920 V I, 17.

⁸ *Ivi*, p. 29.

⁹ *Ivi*, p. 18.

Des positions similaires sont exprimées par des intellectuels de l'époque, comme Georges Sauser-Hall qui, dans l'ouvrage intitulé *La nationalité en droit suisse*, mettait également l'accent sur la force assimilationniste de la population locale (1921, p. 26):

Ces étrangers, nous devons les métamorphoser en nationaux; et c'est affaire de la loi de déclarer lesquels d'entre eux devront faire partie de notre corps public; mais c'est affaire de l'âme d'insuffler à ces nouveaux citoyens un peu de l'amour civique qui nous anime, de le gagner à nos idées de tolérance et de solidarité, à nos traditions démocratiques.

[...] pour résoudre la question des étrangers, l'Etat ne doit pas se contenter de naturaliser les immigrés par le jeu automatique de ses lois; il doit employer tous les moyens – petits et grands, aucun n'est à mépriser – pour rétablir une proportion plus normale entre la population nationale et allogène. Ces moyens sont de deux sortes: les premiers, de nature préventive, doivent entraîner une diminution de l'immigration; les seconds doivent faire un national de l'immigré; ceux-ci seront à leur tour, ou bien moraux afin de faciliter l'assimilation des étrangers, ou bien législatifs et destinés à rendre notre droit de cité plus facilement accessible à nos hôtes.

Suite à la deuxième guerre mondiale, la question des étrangers prend des contours «humains». Selon le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (du 9 août 1951), «[l]a nationalité vise à redonner plus de valeur à la personne humaine»:

L'individu ne doit pas être un simple objet, un jouet; dans la mesure où l'intérêt public ne s'y oppose pas impérieusement, l'individu et sa volonté doivent être pris en considération pour la détermination de la nationalité¹⁰.

Toutefois, bien que le ton et le langage soient différents des messages précédents, la tendance est encore de type assimilationniste puisque c'est à ce moment qu'on introduit le critère de l'«aptitude» de l'étranger à la naturalisation:

Seul l'étranger apte à devenir suisse et digne de l'être doit être naturalisé. Il faut qu'il se soit adapté d'une manière décisive aux conditions suisses, qu'il se soit assimilé. Il faut qu'en considération de son genre de vie, de son caractère, de toute sa personnalité, on puisse admettre qu'il fera certainement un bon Suisse, digne de toute confiance. En un mot, la naturalisation est l'«élection» d'un homme d'après son aptitude à devenir citoyen¹¹.

En revanche, on retrouve dans le débat intellectuel de l'époque, des positions libérales et humanistes, comme celle de Jean-François Aubert qui, dans son article «*Le statut des étrangers en Suisse*», soutenait que le concept même de nation est «arbitraire» et crée des distinctions, comme celle entre étrangers et nationaux qui *a priori* sont «égaux» sur la base d'un principe de dignité humaine (1958, pp. 249-250):

*L'idée de la nation, lentement, se dévalue.
Si elle décline, c'est peut-être parce que le respect sacré dont elle fut entourée nous inquiète; que les émotions collectives qu'elle a suscitées nous effraient: que les crimes aveugles qui lui sont imputables nous font horreur.*

¹⁰ FF 1951 II 665, 672.

¹¹ Ivi, p. 676.

Mais c'est avant tout parce que son principe même est arbitraire. Nous nous méfions des inégalités qui résultent du hasard. Or, sur la scène de la nation, les rôles sont rarement choisis, presque toujours imposés. Ici, les appelés; là-bas, les réprouvés. Ici, les citoyens; là-bas, les étrangers. A cette distribution, la volonté a peu de part.

D'ailleurs, qu'est-ce que la tâche de l'Etat, sinon de veiller à la sécurité et d'accroître la prospérité de sa population ? Et qu'est-ce, alors, que sa population ? Ce n'est sans doute pas la rencontre accidentelle de tous les hommes qui, à un certain moment, se trouvent en un endroit donné. Mais ce n'est pas davantage le rassemblement fortuit des individus qui ont, pour seul signe véritablement distinctif, la faculté d'exhiber un certificat d'origine indigène. La population, c'est bien plutôt la communauté nécessaire des personnes qu'une destinée semblable appelle à vivre durablement sur un même territoire. En termes concrets, les citoyens et les étrangers établis ont des droits identiques à la sollicitude de l'Etat, car ceux-ci, comme ceux-là, en constituent la substance humaine permanente. Et cette égalité est postulée par la nature des choses; point n'est besoin, pour l'assurer, d'un traité entre les nations.

Finalement, dans les années 1970, en particulier à l'occasion de la troisième initiative populaire de 1973 qui visait à la réduction de la présence étrangère en Suisse, le Conseil fédéral recommande à la population de rejeter cette initiative qui pourrait s'avérer «désastreuse» pour l'économie du pays, en compromettant les relations de la Suisse avec d'autres pays¹². L'initiative est jugée aussi «insoutenable» du point de vue humain et social puisque elle «placerait ainsi devant un avenir incertain ces étrangers qui, à cause de leur séjour prolongé en Suisse, pouvaient espérer de bonne foi avoir trouvé chez nous une seconde patrie»¹³. Elle influencerait négativement les relations entre la population suisse résidente et celle étrangère.

En supposant que l'ensemble des étrangers qui bénéficient d'une autorisation de séjour à l'année soit tenu de quitter la Suisse, les mesures de réduction toucheraient encore une partie des étrangers établis. Cette situation entraînerait inévitablement le renvoi d'étrangers et de leurs familles qui résident en Suisse depuis dix ans ou plus, et qui se sont largement familiarisés avec nos conditions de vie. On placerait ainsi devant un avenir incertain ces étrangers qui, à cause de leur séjour prolongé en Suisse, pouvaient espérer de bonne foi avoir trouvé chez nous une seconde patrie. Un tel procédé serait, du point de vue humain et social, insoutenable. [...] Même économiquement, une réduction aussi manifestement excessive serait absolument insupportable. Elle occasionnerait la fermeture de nombreuses entreprises, ce qui ne manquerait pas de mettre en cause sérieusement la sécurité de l'emploi de nombreux travailleurs suisses¹⁴.

C'est dans ce contexte politico-législatif que pour la première fois est mentionnée, d'une façon explicite, la question de *l'intégration des étrangers*. La notion d'intégration – qui sera formulée seulement plus tard, notamment dans le cadre de la *Loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse* (LN), des années 1990, et d'une façon plus explicite dans la *Loi fédérale sur les étrangers* (LEtr) de 2005 – pourrait être considérée comme un «compromis» entre les deux tendances politiques qu'on a observé: assimilation/défense des coutumes, d'une part, inclusion et coexistence pacifique des étrangers, d'autre part.

¹² Voir le *Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la troisième initiative populaire contre l'emprise étrangère*, du 21 décembre 1973 ([FF 1974 I 183](#)).

¹³ *Ivi*, pp. 2010-211.

¹⁴ *Ibid.*

4. La parole aux *lay people*. Le parcours de naturalisation de Line

Dans cette deuxième partie, j'aimerais revenir sur la fonction reconstructive et analytique du récit, afin de mettre en évidence la contribution active des *lay people* au processus de «construction du droit», en utilisant un cas comme exemple.

Sur le plan méthodologique, je me réfère à l'approche narrative qui privilégie la narration de l'«histoire» par le protagoniste et à l'approche socio-ethnographique qui porte sur l'analyse du dossier légal (Latour 2002).

L'analyse d'un parcours de naturalisation est abordée sous l'angle de la «legal agency» des protagonistes. Pour définir ce concept, je me base, d'une part, sur l'approche de Jerome Bruner, qui met en évidence la dimension sociale de l'*agency* (par exemple, la capacité du sujet à activer un réseau social et à obtenir la légitimation de ses choix)¹⁵; d'autre part, je prends en compte les positions de Latour¹⁶ et Zittoun¹⁷ qui mettent l'accent sur la dimension d'«unicité» du sujet.

Donc, à ce niveau, on peut observer la manière dont la personne agit ou réagit face au système administratif et légal, quelles stratégies elle met en place pour résoudre son cas, comment elle raconte son histoire et si elle s'adresse ou pas à un avocat. Je fais l'hypothèse qu'il y a un lien très fort entre la *legal agency* et ce que les sociologues du droit appellent *legal consciousness*, qui ne consiste pas seulement en la connaissance de la loi formelle mais aussi du fonctionnement du système au sens large, la compréhension des pratiques locales, des coutumes (Ewick & S. Silbey, 1998; Silbey 2014).

C'est ainsi que le parcours de naturalisation de Mme Line est reconstruit dans le but de montrer que la personne («étrangère») – malgré les représentations passives du législateur¹⁸ – est capable de jouer un rôle actif non seulement dans la résolution de son cas mais aussi en exerçant un impact direct dans les procédures du pays d'accueil.

Synthèse et étapes du parcours

Line est arrivée en Suisse en 1979, à l'âge de dix ans, avec ses parents qui étaient requérants d'asile. Elle a suivi sa scolarité obligatoire en Suisse. En 1989, elle s'est mariée avec un homéopathe (Monsieur M.), également d'origine étrangère, et ils ont eu deux enfants. En 1999, Line dépose une demande de naturalisation au niveau communal pour elle et ses enfants.

La décision de la commission de naturalisation est négative sur la base d'arguments qui portent sur le manque «d'intégration culturelle» de Madame et du fait que les enfants ne sont pas inscrits à l'école publique:

Line s'est présentée devant la commission dans une tenue traditionnelle pakistanaise. Elle admet n'apprécier que ce mode d'habillement. Elle a adopté, par son mariage, la religion musulmane. [...].

Les motivations de Line sont véritablement mal définies. Elle évoque un élément de sécurité pour l'avenir de ses enfants. Elle réfute le fait qu'une insécurité serait due à la tradition musulmane

¹⁵ Bruner définit l'*agency* comme un des indices de la capacité du sujet d'agir: il s'agit d'actions volontaires ("acts of free choice"), d'initiatives prises dans un certain but ("initiatives taken freely in view of a purpose") (Bruner 1997, p. 3).

¹⁶ Selon Latour, l'acteur n'est jamais seul sur la scène puisqu'il fait partie d'un réseau et le réseau lui appartient: «the actor is never alone on the scene, since he is part of a network and the network is part of him (Latour 2005, pp. 169-170).

¹⁷ Selon Zittoun (2012, p. 13): «There is something, in each person, that escapes social determinations and that deals with its uniqueness as a subject».

¹⁸ Les messages du Conseil fédéral et les textes de lois (LEtr et LN) tendent à représenter la personne étrangère comme quelqu'un à «assimiler», à «accoutumer», etc.

quant à l'appartenance au père des enfants. Tenant compte que Madame M. est titulaire d'un permis C et d'un titre de voyage, aucune motivation ne semble étayer valablement sa demande. *Les enfants sont actuellement âgés de 4 et 5 ans. Ils ne sont pas, à ce jour, intégrés dans le cycle scolaire. Cette étape permettra certainement de mieux évaluer la capacité de la famille M. à s'intégrer.*

Sur la base de ces arguments, la commission arrive à la conclusion suivante:

Vu les faits décrits ci-dessus, la Commission de naturalisation et d'agrégation constate que la requérante ne donne pas l'impression d'être intégrée ni d'avoir assimilé nos us et coutumes et décide, à l'unanimité, de donner un préavis négatif à sa demande. Elle souhaite qu'une nouvelle demande soit représentée lorsque Monsieur M. sera également en droit de le faire. D'ici là, le temps aura permis à la famille M. au travers de l'intégration des enfants à l'école primaire, de démontrer sa capacité d'intégration.

[Extrait de la décision de la commission]

Suite à cette décision, Line réagit à plusieurs niveaux. Dans un premier temps, elle demande l'aide d'un avocat pour montrer que l'analyse des faits n'était pas correcte. L'avocat suggère, par exemple, de montrer les certificats scolaires des enfants puisque, dans les faits, ils vont à l'école publique. Dans un deuxième temps, l'aide de l'avocat dans la procédure n'est plus estimée utile. Madame demande des suggestions à l'office de naturalisation qui semble lui indiquer d'attendre avant de présenter une nouvelle demande, quelques années plus tard.

Cette fois-ci, de nouveaux obstacles se présentent. Le Conseil d'État du canton de Neuchâtel refuse la naturalisation car Line est jugée comme n'étant pas en règle avec le paiement des impôts; alors que cela fait partie des obligations d'ordre public dans le cadre de la procédure de naturalisation:

Le paiement des impôts relève du devoir civique de tous les citoyens. Dans la procédure de naturalisation ordinaire le respect des obligations financières est en principe laissé à l'appréciation des autorités communales et cantonales (message du Conseil Fédéral du 21.11.2001).

[...] *L'acte de naturalisation contient une composante politique forte. Le Conseil d'Etat dispose donc d'un large pouvoir d'appréciation dans les décisions prises selon la procédure ordinaire.*

[Extrait de la délibération du Conseil d'État]

C'est pourquoi Line fait recours au Tribunal cantonal contre la décision du Conseil d'État. La décision du Tribunal cantonal est défavorable:

On serait en droit d'attendre des autorités cantonales qu'elles montrent plus de rigueur dans de telles circonstances où la bonne foi des candidats à la naturalisation pourrait être surprise dans le cas où, comme en l'occurrence, le rapport de la police cantonale en vue de l'obtention de l'autorisation du requérant est inconnu de l'office des poursuites. [...]

Malgré ces fâcheuses lacunes dans l'instruction et la tenue du dossier, force est cependant de retenir que la recourante ne remplit pas les conditions d'aptitude exigées par le gouvernement cantonal pour la naturalisation ordinaire, puisqu'elle reconnaît n'être pas à jour dans le paiement de ses impôts pour l'année 2007. Aussi convient-il d'admettre que la décision attaquée doit être confirmée, ce qui conduit au rejet du recours.

[Extrait de la décision du Tribunal cantonal]

Line continue son combat contre la décision des autorités administratives et judiciaires à l'aide d'un recours constitutionnel subsidiaire contre la décision du Tribunal cantonal. Elle estime que la décision de ce dernier est arbitraire et contre la bonne foi. Voici quelques-uns des arguments de fait et de droit à la base de son recours:

Dans sa décision du 14 Avril 2011, la cour a violé le droit en rendant une décision motivée de manière lacunaire, tout en constatant de manière inexacte et incomplète des faits pertinents.

La cour, dans sa décision, a ignoré une partie pertinente de ma vie, tout en retenant l'année de mon mariage comme point de départ de mon intégration dans la société suisse.

Mon arrivée en suisse à un jeune âge (1979) et ma scolarité obligatoire (fin primaire et secondaire) me paraît fondamentale pour comprendre le cheminement de mon intégration dans la société suisse, et me donne le droit d'une naturalisation facilitée au sens de l'art. 34 de la convention relative au statut des réfugiés, surtout que je fais partie de la 2ème génération présente en Suisse et que mes copines de l'époque, elles, sont suissesses depuis longtemps.

Moyen de preuve :

attestation du 24.08.1979, de l'office fédéral de la police article 34 de la convention relative au statut des réfugiés.

[...]

Même si la cour reconnaît, dans sa décision (considérant 3, paragraphe 3), avoir constaté des «fâcheuses lacunes dans l'instruction et la tenue du dossier» par les autorités cantonales, elle se laisse guider par des motifs ambigus pour confirmer la décision attaquée.

Raisons pour lesquelles, je considère sa décision, sur la base de ces constatations, choquante et arbitraire et par conséquent devant être annulée.

[Extrait du recours de Line]

Mme Line utilise aussi des arguments de nature émotionnelle et identitaire pour soutenir son recours devant le Tribunal fédéral:

Moi et mes enfants, on a toujours eu cette image d'une Suisse accueillante, ouverte à l'autre et reconnaissante pour les arrivants qui œuvrent de leur mieux au bien-être de la Suisse et de la société neuchâteloise. Cette envie d'engagement est présente chez moi, comme chez mes enfants, puisque j'avais 1 an lorsque je suis arrivée en Suisse (je fais partie de la 2ème génération des immigrés en Suisse), et mes enfants sont nés ici (3ème génération). Ce sentiment de sécurité, de se sentir ici chez nous, a été malheureusement touché dans cette affaire, surtout qu'on demande la naturalisation pour la 2ème fois (première procédure en 1998).

Situation qui a marqué la vie de mes enfants ces dernières années. Ils sont déçus et se posent des questions sur leur identité, leur citoyenneté et leur avenir. C'est vrai d'une part, même sans la naturalisation, la Suisse assure une bonne condition de vie, et d'assurances sociales, mais la question est plus profonde, puisqu'elle touche à un sentiment d'appartenance qui se consolidera par la naturalisation.

[Extrait du recours de Line]

Le Tribunal fédéral reconnaît les arguments et prononce une décision favorable:

A défaut de ces renseignements, il n'est pas possible de refuser la naturalisation de la recourante sur la base de données aussi lacunaires. L'arrêt attaqué ne contient pas les éléments de fait déterminants et ne satisfait pas, dès lors, aux exigences de l'art. 112 LTF.

Dans un tel cas, le dossier doit être renvoyé à la cour cantonale afin que la situation fiscale de la recourante soit clairement établie (art. 112 al. 3 LTF).

[Extrait de la décision du Tribunal fédéral]

Le recours est renvoyé au Tribunal cantonal et au Conseil d'État pour une nouvelle décision. Enfin, le Tribunal cantonal admet l'existence des lacunes dans l'évaluation des faits, en déclarant que malgré le large pouvoir d'appréciation des auto-

rités en matière de naturalisation, il ne s'agit pas d'une procédure qui est dépourvue de toute règle juridique et demande une nouvelle décision sur le cas au Conseil d'État. Voici quelques-uns des arguments de fait et de droits utilisés par la Cour pour motiver sa décision:

Arguments de faits:

De la sorte, il apparaît que la commission chargée de l'examen préalable des dossiers de naturalisation ne disposait pas des renseignements exacts sur le cas de la recourante [...]. La constatation des faits par l'autorité intimée se relève ainsi inexacte »

[...]

Arguments de droit

Le Conseil d'État dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière de naturalisation. La procédure de naturalisation ne se déroule toutefois pas dans un cadre dépourvu de toutes règles juridiques. L'autorité doit faire usage de son pouvoir d'appréciation - même s'il est très large, en respectant ses devoirs et en observant le sens et le but de la législation sur la naturalisation. [...]

Il lui incombe aussi de motiver ses décisions [...]

Conclusions

la décision entreprise découle d'une procédure gravement viciée à plus d'un égard. Elle doit être annulée et la cause renvoyée au Conseil d'État pour qu'il reprenne l'instruction du cas, dans le respect des garanties des procédures offertes à la recourante par la Constitution et les lois, avant de statuer par une décision dûment motivée.

[Extrait de la deuxième décision du Tribunal Cantonal]

Un entretien avec la personne responsable du secteur de naturalisation du canton de Neuchâtel nous confirme que le parcours judiciaire suivi par Line a provoqué une décision jurisprudentielle qui a «obligé» les administrations à modifier, en partie, la procédure d'acquisition d'informations dans le cadre de la procédure de naturalisation et la composition du dossier:

Mme: ...le Tribunal Fédéral a renvoyé la cause au Tribunal Cantonal en disant qu'ils avaient, sur le premier recours, ils avaient statué sur la base d'un dossier lacunaire.

Flora: Est-ce la décision du Tribunal Fédéral a eu un petit impact sur la procédure?

Mme: Maintenant, on fait un peu différemment. Dès le moment où y a un refus, tout passe dans le dossier et tout est mis à double si vous voulez, dans les considérations de la Commission et puis dans les naturalisations et dans les dossiers.

[...] c'est un petit détail qui a changé notre pratique. Oui tout à fait.

[...] Oui mais ça, si vous voulez, ça aurait pu être rien qu'un manquement de l'administration...

Flora: Non mais au niveau de la composition du dossier...?

Mme: Effectivement, ça a changé la pratique dans la construction de notre dossier.

[Extrait de l'entretien avec la responsable du service de naturalisation]

5. Conclusion

En utilisant le récit comme «outil d'analyse juridique» et en croisant les niveaux d'analyse «top down» et «bottom up», j'ai pu rendre explicite la dimension «culturelle» du droit qui, loin d'être un système de forces imposé par le «haut», s'avère être un système de significations négociées par le «bas». D'abord, la lecture des messages du Conseil fédéral – selon une approche socio-épistémologique – a montré quelle était l'implication directe de la population autochtone, à certaines époques, dans le processus d'assimilation des étrangers. Plus spécifiquement, la lecture des messages a démontré la double attitude du Conseil fédéral en matière d'intégration. Entre les deux guerres, il jouait un rôle d'orientation des comportements de la population, dans le but d'affirmer l'identité nationale, grâce à un processus d'assimilation de la population «étrangère». Au lendemain de la deuxième guerre mondiale, le Conseil fédéral exerçait une «fonction conciliatrice» et de réorientation des représentations collectives, en utilisant des arguments de politique étatique, internationale et humanitaire, qui prenaient forme et sens dans une perspective historique et sociale, complètement différente de la précédente. En effet, à cette époque-là, pour la Confédération, il ne s'agissait plus seulement de sauvegarder l'identité nationale mais aussi de concevoir une politique d'intégration à la fois harmonieuse par rapport aux exigences identitaires de la population autochtone et attentive aux besoins d'intégration sociale des étrangers et aux impératifs humanitaires.

Ensuite, la reconstruction de l'histoire de Line a mis en évidence que la personne (étrangère), loin d'être quelqu'un à «assimiler», «accoutumer», peut être protagoniste de son parcours légal. L'acquisition progressive d'une conscience juridique lui permet de comprendre non seulement le fonctionnement du système légal et culturel au sens large et d'accéder à l'administration et à la justice mais aussi de contribuer à la «modification» des procédures dans le pays d'accueil.

Bibliographie

- Alfieri, Anthony. 1991. 'Reconstructive Poverty Law Practice: Learning Lessons of Client Narrative'. *Yale Law Journal*. 100: 2107- 2147
- Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome S. (2000). *Minding the Law: How Courts Rely on Storytelling and How their Stories Change the Ways We Understand the Law — and Ourselves*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Aubert Jean-François. 1958. 'Le statut des étrangers en Suisse'. *Revue de droit suisse*, 1.
- Binder, Guyora. & Weisberg, Robert (2000). *Literary Criticisms of Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Bruner, Jerome. 1991. 'The narrative construction of reality'. *Critical Inquiry*, 18.
- . 1987. *Actual Minds. Possible Worlds*. Harvard University Press.
- . 1997. 'A Narrative Model of Self-Construction'. In: J.G. Snodgrass & R.L. Thompson (éds.). *The Self across Psychology: Self-recognition, Selfawareness and Self-concept*. New York: New York Academy of Sciences, 145-161.
- . 2002. *Making Stories: Law, Literature Life*. Harvard University Press.
- Brooks, Peter. 1984. *Reading for the Plot*. New York: Alfred A. Knopf.
- Cover, Robert. 1983. 'Nomos and Narrative.' *Harvard Law Review*, 97.

- Delgado, Richard. 1989. 'Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative'. *Michigan Law Review*. 87(8):2411-2441.
- Di Donato, Flora. 2008. *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*. Milano: FrancoAngeli.
- . 2011. 'Constructing Legal Narratives. Client-Lawyer Stories'. In: A. Wagner & Le Cheng (éds.). *Exploring Courtroom Discourse*. Surrey: Ashgate: 111-131.
- . 2015. 'L' 'intégration' dans le système juridique suisse: genèse et évolution d'une notion en mutation'. *ASYL*, 3.
- . 2016. *L'integrazione nell'ordinamento giuridico svizzero. Genesi ed evoluzione dei significati giuridici*. Milano: Mimesis.
- Ewick, Patricia & Silbey, Susan S. 1998. *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life*. Chicago and London: The University of Chicago Press.
- Frank, Jerome. 1930. *Law and the Modern Mind*. New Brunswick and London: Transaction Publishers.
- Frank, Jerome. 1947. 'A Plea for Lawyer-Schools'. *Yale Law Journal*. 56 (8): 1303-1344.
- Frank, Jerome. 1948. 'Say It With Music'. *Harvard Law Review*. 61: 921-957.
- Latour, Bruno, Steve Woolgar. 1996. *La vie de laboratoire*. Paris: La Découverte.
- Latour, Bruno.
- 2005. *Reassembling the Social: An Introduction to Actor-Network-Theory*. Oxford: Oxford UP.
- Miller, Binny. 1994. 'Give Them back Their Lives: Recognizing Client Narrative in Case Theory'. *Michigan Law Review*, 93(3): 485-576.
- Minda, Gary. 1995. *Postmodern Legal Movements*. London, New York: New York University Press.
- Propp, Vladimir. 1968. *Morphologie of the Folk Tale*. Austin: University of Texas Press.
- Sausser-Hall, Georg. 1921. *La nationalité en droit suisse*. K. J. Wyss Erben: Berne.
- Silbey, Susan S. (2014). The Courts in American Public Culture. *Daedalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 140-156.
- Studer, Brigitte, Arlettaz, Gerald, Argast, Regula. 2013. *Le droit d'être Suisse*. Antipodes: Lausanne.
- White, Hayden. 1980–81. 'The Value of Narrativity in the Representation of Reality'. In W.J.T Mitchell (ed.), *On Narrative*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 3–23.
- Zittoun, Tania. (2012). 'On the emergence of the subject'. *Integrative Psychological and Behavioral Science*, 46(3), 259– 273.

Sources politiques et législatives

- FF 1920 V I - Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision de l'article 44 de la Constitution fédérale (mesures à prendre pour assurer l'assimilation des étrangers en Suisse) (Du 9 novembre 1920).
- FF 1951 II 665 - Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (Du 9 août 1951).

Flora Di Donato, *Le récit comme outil d'analyse juridique. L'intégration des étrangers en Suisse.*

FF 1974 I 183 - Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la troisième initiative populaire contre l'emprise étrangère (initiative populaire contre l'emprise étrangère et le surpeuplement de la Suisse) (Du 21 décembre 1973).

RS 141.0 - *Loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse* (LN)

RS 142.20 - *Loi fédérale sur les étrangers* (LEtr)

Pratique rhétorique et écriture poétique chez les juristes-écrivains de la Renaissance

Loris Petris*

Seuil de la modernité, la Renaissance européenne est marquée par l'élargissement des limites épistémologiques, techniques, géographiques et cosmologiques mais aussi par l'émergence, en Europe occidentale, d'une nouvelle classe sociale, la noblesse de Robe, véritable quatrième *estat* (Krynén 2009), comme l'atteste l'*Ample discours au roy sur le fait des quatre Estats du royaume de France [...] (1567)* de Joachim Du Bellay, qui amplifie en français le discours du sacre de François II composé par le chancelier de France Michel de L'Hospital (Petris 2002). Favorisés par une nouvelle mentalité qui voit dans l'éducation un facteur de réussite sociale (Gadoffre 1997), ces serviteurs du roi se singularisent par une double appartenance à l'espace juridique et au monde des Lettres, au barreau et à la « République des Lettres » en gestation, véritable laboratoire de solidarités intellectuelles supranationales (Fumaroli 2015). Puisant ses origines dans l'« humanisme civil » (H. Baron) incarné par Leonardo Bruni et Coluccio Salutati et dans l'humanisme juridique illustré par Erasme, Alciat, Cujas et Tiraqueau (Kisch 1960), cette conjonction entre droit et littérature illustre une conscience partagée des pouvoirs du *logos*, qui est à la fois pensée et parole.

Sans évoquer les poètes de cour qui glosent sur l'injustice du monde ou un Rabelais qui s'amuse sérieusement à mettre en scène des situations juridiques, sans parler des magistrats qui optent pour le genre du traité (Jean Bodin, Guillaume Du Vair) ou encore de l'Histoire (Jacques-Auguste de Thou, Etienne Pasquier), sans gloser sur les représentations du juge dans la littérature européenne (Cooper 2014), il convient de s'intéresser à ces serviteurs du roi qui, dans l'espace francophone, optent pour la littérature, qu'elle se définisse par une forme ciselée, par un genre particulier ou par l'affabulation, à savoir l'évocation non pas de ce qui *est* mais ce qui *pourrait être*, le vraisemblable plutôt que le vrai, comme le voulait Aristote (*Poétique*, 1451a-b).

Entre littérature et droit, dans le sillage de Cicéron comme de Guillaume Budé, ces magistrats-écrivains fécondent et enrichissent l'un par l'autre. Entre français, grec et latin - langue maternelle de Montaigne -, ils occupent un espace plurilingue et international où la traduction des idiomes et la *translation* des pratiques sont, comme l'imitation, un réflexe de pensée. Penseurs et passeurs épris de textes antiques, ils se montrent surtout soucieux d'actualiser cette excellence révolue dans leur monde pour contribuer à le rendre meilleur. Le passage, la *translatio* qui les occupe, fait d'eux des intermédiaires essentiels entre la pensée éthico-politique et la fiction littéraire, que l'écriture soit un moyen de prolonger des réflexes professionnels ou qu'elle constitue l'affirmation d'un quant-à-soi, de l'« arrière boutique » cultivée dans l'*otium*. A partir de circonstances politiques ou intimes, le chancelier de France Michel de L'Hospital poursuit ainsi dans ses *Carmina* une réflexion éthique qui est au cœur de son action politique mise en œuvre dans ses discours politiques en français de 1560 à 1568. Après avoir ambitionné l'ambassade de France à Rome, Montaigne, maire de Bordeaux et négociateur secret à ses heures (Desan 2014), en fait de même dans ses *Essais*, qui relèvent, initialement,

* Loris Petris est Professeur ordinaire de langue et civilisation françaises et Directeur de l'Institut de langue et civilisation françaises à l'Université de Neuchâtel.

d'une forme éminemment juridique, le commentaire (Céard 1989), la glose juridique d'une citation érudite qui caractérise la «Rhétorique des citations» (Fumaroli 1980). Enfin, dans ses tragédies, le magistrat toulousain Robert Garnier trouve dans les guerres civiles romaines un moyen de commenter les guerres de religion de son temps et de dire sa hantise de la *dissensio*. Chez ces trois magistrats-auteurs domine le souci stoïcien du devoir (Petris 2006), du *consensus* (Pittet 1955) et de la réflexion éthique tournée vers la Cité.

Mais l'écriture est aussi, pour certains, une manière d'affirmer un espace intime, qu'il soit familial ou auto-biographique dans cette Renaissance où le portrait individuel s'affirme, dans les textes comme sur les tableaux, les statues et les gisants. Ami de Montaigne, le conseiller au Parlement de Bordeaux Etienne de La Boétie compose un traité politique retentissant, *De la servitude volontaire*, mais aussi des sonnets pétrarquistes en français ainsi que des *Poemata* latins qui, dans la vogue de la *sylve* illustrée par Catulle et Stace, commentent les aléas des circonstances et recourent à l'auto-portrait poétique : s'y révèle un poète de l'amour conjugal devenu l'adjuvant du devoir professionnel, l'*otium* permettant, depuis le *De otio* de Sénèque, de refaire ses forces avant de les remettre en jeu pour le bien commun (Galand-Hallyn 2004). Autre Robin bordelais et éditeur de Montaigne, Pierre de Brach, avocat au Parlement de Bordeaux et contrôleur à la chancellerie, consacre son recueil des *Amours d'Aymée* (1576) à sa défunte épouse tout en réfléchissant à la paix civile, notamment dans son *Ode sur la Paix* (Petris 2016). Enfin, le magistrat toulousain et avocat du roi Guy Du Faur de Pibrac compose des *Plaisirs de la vie rustique* (1574) où l'intimité de son domaine se mêle au discours politique du pasteur Michau, figure du grand magistrat Michel de L'Hospital devenu *vates* inspiré, capable de prophétiser les malheurs civils. Intimité et Cité, Histoire et fiction sont ainsi rapprochées voire (ré)conciliées dans une écriture tournée vers le devoir professionnel et les exigences de la vertu civique.

Qu'elle soit politique (conquête, mariage princier, etc.) ou intime, la circonstance particulière sert souvent d'embrayeur à une écriture marquée par des intertextes antiques, par une réflexion éthique sur le bonheur humain, un sens des devoirs civils et des exigences de la vertu ainsi qu'une sacralisation de la Justice. On songe évidemment à l'histoire de Martin Guerre survenue en 1560 près de Toulouse et que commentent Jean de Coras et Montaigne. Le concret et le pratique attirent ici plus que la spéculation, l'ancrage historique plus qu'une parole désincarnée car, comme dans la pratique professionnelle, il s'agit toujours d'adapter aux cas particuliers les principes de l'équité énoncés dans une forme gnomique, dans une *sententia* marquée par l'*emphasis* rhétorique (Petris 2011).

Publiés en 1574, *Les Quatrains* de Guy Du Faur de Pibrac, avocat du roi et chancelier de Henri III, connaissent un succès considérable, au point que le futur Louis XIII les apprendra par cœur dès son plus jeune âge et que Voltaire les imitera encore. Leur diffusion même dans les campagnes est attestée et on les trouve peints au XVII^e siècle dans le canton de Neuchâtel, à quelques kilomètres de distances, au premier étage du Château de Fenin dans le Val-de-Ruz tout comme à l'étage de l'Hôtel des Six Communes de Môtiers (Petris 2005), ancienne salle de Justice où subsistent des fragments d'un quatrain adressé au juge:



Juge, ne dONNE A TA CAUSE sentence:
Chacun se tROMPE EN SON fait aizément:
Nostre interEST FORCE Le jugement,
Et d'un costé FAICT PANCHEI la balance.

(Pibrac 2004)

Le quatrain, qui interpèle le juge, glose éthiquement et en français aux vers 2 à 4 le précepte juridique latin énoncé par la *sententia* du vers 1. La poésie constitue ainsi autant une mise en valeur de la parole juridique que son *interpretatio*, sa glose érudite qui devient ici une explicitation spectaculaire et publique. Protecteur de Pibrac, Michel de L'Hospital avait déjà évoqué, dans ses discours politiques comme dans ses *Carmina*, sa méfiance à l'égard de l'amour de soi qui dévoie la justice, cette *philautia* dénoncée par Erasme (*Adagia*, n° 292 *Philautoi*) et que les moralistes du XVII^e siècle nommeront l'amour-propre, égoïsme inscrit biologiquement dans chaque cellule vivante et principe de fonctionnement de l'humain qui inspirera jusqu'aux théories d'Adam Smith.

Qu'apporte l'énonciation poétique au précepte juridique? un commentaire et un élargissement, puisque le vers glose l'adage juridique lapidaire du vers 1 (de type *pacta sunt servanda, locus regit actum*) en l'ouvrant sur un proverbe (*errare humanum est* v. 2), sa cause (l'*interest* personnel v. 3) et enfin sur sa visualisation mémorielle par la métaphore professionnelle (la *balance* v. 4). L'énonciation poétique apostrophe d'emblée le juge et confère à la parole une forme oraculaire, initiatique, rythmée et gnomique, comme le note déjà Robert Gaguin à propos des grands maîtres de la pensée, qui recoururent à l'art poétique:

Moïse, législateur autant que prophète, écrivit quelquefois en vers ; Paul, docteur de la foi consommé en bonnes lettres, agrémenta ses épîtres de citations des poètes; Jérôme aussi bien qu'Augustin, hérauts de la sagesse suprême, ornèrent à l'occasion leurs écrits de mètres à la douce résonance. (Gaguin 1480, 85)

Dans le sillage d'Horace, la Renaissance attribue même à la poésie une fonction civilisatrice qui la rattache aux lois:

La Poésie a congrégé [réuni] les hommes, qui étaient sauvages, brutaux et épaves [égarés]: et d'une horreur de vie les a retirés à la civilité, police et société. Et est ce qui a été dit d'Amphion et d'Orphée: que par le son de leur lyre, ils tiraient les arbres et les pierres après soi. La Poésie a été cause des édifications des villes et constitutions des lois: a montré la distinction du bien public d'avec le privé: du sacré d'avec le profane: des concubins vagabonds et incertains les a retirés aux mariages : a fait que chacun s'est tenu au sien, et a contenu la main et la convoitise de

celui d'autrui : sans user de force comme les bêtes sauvages, sur les biens, les enfants, et la vie de chacun. Ce qui est manifeste par cela, que les lois furent premièrement inscrites [gravées] en vers sur les écorces des arbres: les oracles rendus en vers: les prophéties des Sibylles, sentenciées en vers. (Peletier Du Mans 1555, I, 1).

Cette revendication élevée va pourtant de pair avec une indolence affichée. Dans leurs préfaces et leurs paratextes, ces magistrats-écrivains veillent en effet à se construire un *ethos* d'apparente nonchalance et de naturel conformes à leur dignité. Cette esthétique de la *neglegentia diligens* prend chez eux des inflexions particulières, qu'elle cache son travail derrière un désordre apparent à l'image des *Essais* de Montaigne, ou qu'elle se dise peu experte en écriture, prétendue « naïveté » littéraire et toute socratique qui relève de la *parrhêsia* rhétorique. Etienne de La Boétie ne publiera jamais ses poésies françaises et latines pas plus que ses traductions latines et c'est Montaigne qui se chargera de leur survie, en les envoyant notamment à ... Michel de L'Hospital, que l'auteur des *Essais* loue et comme magistrat et comme poète. Même si elle s'affiche comme désordonnée et avançant à tâtons, l'écriture de ces écrivains est pourtant savamment organisée.

Ce discours s'avance également masqué derrière un style qui se veut naturel, familier, un *sermo humilis* (style bas) dont le relâchement est en réalité un effet de l'art qui efface ses techniques. Ses modèles sont Socrate, mais aussi Phocion et Caton, dont l'éloquence est, selon Plutarque, « plaisante et néanmoins grave, douce et épouvantable, gaie et austère, sentencieuse et toutefois familière ». Conforme au statut professionnel du magistrat (qui est de ne pas être professionnel en poésie, contrairement au poète courtisan), ce style permet toutefois de revendiquer une utilité pour soi et pour la Cité et évite savamment de sentir l'huile. Le grand art cache ses ressorts comme le rappelle Ovide: *Si latet ars, prodest* (*Ars am.*, II, 313); *Ars latet arte sua* (*Mét.*, X, 252).

S'ensuit une écriture toujours consciente de ses cheminements, de ses moyens et soucieuse de questionner ses procédés. Consciente des pouvoirs du *logos*, elle se méfie d'une rhétorique qui ne serait que mercenaire, que pur effet de manche dévoyé et nullement mis au service du Bien platonicien et de la vertu civile. En 1551 a lieu à Paris le procès des auteurs du massacre retentissant des Vaudois des villages de Mérindol et Cabrières, dans le Lubéron, en 1545. Le réquisitoire de l'avocat général accable les responsables (notamment Jean Maynier, baron d'Oppède, premier président du parlement de Provence) mais leur avocat, Pierre Robert, retourne l'assemblée par sa maîtrise rhétorique du *pathos* et par son appel à la pitié (*conquestio, miseratio*). Dans une épître latine qui commente cette actualité judiciaire, Michel de L'Hospital déplore qu'une parole vénale l'emporte sur le vérité:

«Sed leviter mala nos pungunt aliena, simulque
«Objecta tristi specie nascuntur, & ortae
«Arescunt lacrymae. Dubios inquirere cesso
Litis in eventus, obscuraque solvere fata.
Di faciant ne plus valeat facundia vero:
Et praejudiciis ne causa prematur iniquis.

(Michel de L'Hospital, *Ad Franciscum Olivarium, Franciae Cancellarium, de causa Merindolii Lutetiae acta in Senatu*, II, 7, v. 27-32; Petris 2002, 189)

Mais les maux d'autrui ne nous touchent que légèrement et, à la vue d'un spectacle affligeant, les larmes jaillissent mais, à peine nées, les voilà qui sèchent. Je renonce à chercher à découvrir l'issue incertaine du litige et à dénouer les destins obscurs. Fassent les dieux que la faconde ne vaille pas plus que la vérité, et que la cause ne soit écrasée par d'iniques préjugés.

Les trois premiers vers, marqués par les guillemets gnomiques, glosent un mot d'Apollonios Molôn de Rhodes rapporté tant par Cicéron (*De inv.*, I, 109: *lacrima nihil citius arescit*) que dans la *Rhétorique à Herennius* (II, 50: *Nil enim lacrima citius arescit*): notre compassion n'est qu'occasionnelle et superficielle. Or, dans le *De inventione*, manuel rhétorique de base que L'Hospital connaît comme tout juriste, cette citation clôt, à la fin du livre I, un long développement sur les seize lieux de l'appel à la pitié. Citant dans son réquisitoire les annotations aux *Pandectes* de Guillaume Budé (*Annotaciones in Pandectas*, Paris, R. Estienne, 1535, p. 116-117), le procureur Jacques Aubéry avait tenté de désarmer ce *pathos* et le risque d'un mauvais recours à une pitié toute chrétienne, en montrant que même si l'ignominie pousse à la sévérité, tout ajournement du procès risquait de faire retomber la juste colère contre les massacres et d'amener ainsi les juges à s'apitoyer (*iusta ira relanguescit, et lachrymae iudicum exarescunt qui prius ...*; Paris, Bibliothèque nationale de France, ms. Dupuy 346, fol. 22r). En plein procès, L'Hospital ne peut que constater que l'appel à la pitié et la faconde de l'avocat font triompher une cause injuste: le *pathos* balaye tout, comme le notait déjà Cicéron (*Orator*, XXXVIII, 131).

On en revient ici encore à une vision désabusée, à une anthropologie méfiante face à une nature humaine portée au profit personnel et que la loi se doit d'encadrer: à ce qu'il convient d'appeler un humanisme adulte, conscient que le *logos*, pour prometteur qu'il soit, ne peut pas tout. Ce regard lucide explique une conscience autocritique à l'égard du monde juridique lui-même, raillé dans ses dévoiements, comme par exemple la vénalité des offices qui implique mécaniquement l'avarice des juges et donc la multiplication des procès (Petris 2008). La réflexion sur les valeurs y domine, ainsi qu'une satire de l'hyperjuridicisation d'un monde qui oublie la nécessité d'une vertu intériorisée. Dans la fable des Troglodytes qui ouvre ses *Lettres persanes* (1721), Montesquieu fera de celle-ci le fondement de toute conception de la justice: là où la vertu disparaît, la règle écrite apparaît mais court toujours en vain après les exactions. «La sagesse a ses excès, et n'a pas moins besoin de modération que la folie» (Montaigne, *Les Essais*, III, 5). Comme tout gouvernement juste, la vertu tout à la fois nécessite et implique son auto-limitation, sa propre modération. L'insistance sur un sentiment intériorisé de justice implique la dévalorisation d'une justice purement formaliste. Après Platon, Erasme et Thomas More, L'Hospital et Montaigne recommandent donc la simplification des lois et la responsabilité éthique du juge, dans une *Gallia caesidica* procédurière qui multiplie les procès, à l'image de ceux qui attisent les querelles:

Les bonnes gens se plaignent aussi de la longueur et multiplication des procès. Ce n'est pas la louange d'un juge que de vider beaucoup de procès.

vir bonus est quis ? [...] Quo multa magna que secantur iudice lites [Horace, *Epist.*, I, 16, 40-42]

Le vray loz du juge, est de diminuer et esteindre, et garder qu'il n'y ait nul procès, si faire se peult: tout ainsi que les loix sont meilleures qui empeschent que les crimes n'adviennent, que celles qui les punissent. J'aimeroiy mieulx le medecin qui empescheroit que la maladie ne vint, que celuy qui la guariroit. Ainsi est-il des juges qui cherchent la louange de vider beaucoup de proces: mais en maniere que de leurs jugements sourdent plus grands nombres de debats, que devant: tellement que comme l'on dit, *Litem ex lite serunt* [Erasme, *Adagia*, n° 1941 *Lis litem serit*]. (17 août 1563, Parlement de Rouen; Michel de L'Hospital 2013, 54)

La parole rhétorique en français devant le Parlement de Rouen le 17 août 1563 est précédée par la réflexion éthico-juridique de la plume poétique latine dans une épître intitulée *Litium execratio* (II, 6), où la prolifération des procès devient un hydre de Lerne dont les têtes coupées repoussent:

*Quaerenda est ratio, qua legem eludere possis,
Qua vafri quamvis et acuti iudicis aures
Decipias ? Sic prima solent exordia lites
Sumere, sic quoque lis deinceps ex lite resurgit,
Et forti semel una manu iugulata, cadendo
Restituit plures alias, mirabile dictu.
[...] Talia Romanis nostrisque in legibus esse
Monstra nego: commenta fori sunt ista parandis
« Augendisque opibus. Leges aliena cavere
« Furta, cavere aliis potius quam fallere monstrant;
« Dissidia et lites placida componere pace
« Et puras servare manus, et parcere sumptu;
« Nullam ex dissidiis alienis cogere praedam,
« Commisos curare greges, et commoda plebis,
« Quae lites minuunt, concordia saepius auget.
« Nimirum scopus hic, legumque est ultima finis.*

(Michel de L'Hospital, *Litium execratio*, II, 6, v. 132-137 et 156-165 ; Michel de L'Hospital, *Carmina*, éd. P. Galand et L. Petris, à paraître).

Il faut trouver un moyen de se jouer de la loi,
Qui nous permette de tromper l'oreille du juge,
Si rusé et fin soit-il ? C'est ainsi que commencent d'ordinaire
Les procès, ainsi de même qu'un procès fait renaître un autre procès,
Et quand d'une main hardie, on en a égorgé un une fois, en tombant
Il en fait surgir plusieurs autres, ô prodige!
[...] Les lois des Romains et les nôtres ne comportent pas de telles
Monstruosités, non, je l'affirme : ce sont là les inventions du Palais pour acquérir
"Et augmenter les richesses. Les lois, elles, montrent comment se méfier des larcins
"D'autrui, comment se méfier des autres plutôt qu'à les tromper,
"Comment résoudre dissensions et procès en une paix tranquille,
"Comment garder les mains pures, à économiser,
"Comment ne récolter nul profit des querelles d'autrui,
"Comment veiller sur les troupeaux qui nous sont confiés et sur les intérêts du peuple,
"Que diminuent les procès, mais que la concorde, bien souvent, augmente :
"Voici sans nul doute le but et la fin ultime des lois.

L'adage juridique d'Erasmus intitulé *Lis litem serit* (n° 1941) est glosé à l'oral comme à l'écrit, en latin comme en français, tout en étant réactualisé, *aptum* oblige, dans une France institutionnellement portée aux procès et à une justice hypertrophiée qui n'est pas gage d'équité.

La pratique rhétorique et l'écriture poétique de ces Robins, imprégnés de l'idéal quintilianisant du *vir bonus dicendi peritus* christianisé à travers le *De doctrina christiana* de saint Augustin a marqué tant la littérature française que l'élaboration du *mos gallicus* et l'émergence des *Politiques* qui, dans le sillage de Michel de L'Hospital, préconiseront une distinction entre les questions religieuses et celles civiles, noyau d'une nouvelle tolérance civile provisoire, pis-aller qui mettra encore du temps pour devenir un principe positif avec Pierre Bayle puis Locke et Voltaire. «Plusieurs peuvent estre *Cives, qui non erunt Christiani*» lance L'Hospital le 3 janvier 1562 (Petris 2002, 439), faisant fi d'une séculaire collusion entre religion et citoyenneté. Dans son *De officiis* (I, 31), Cicéron avertissait déjà que quand les circonstances évoluent, le devoir change aussi, l'essentiel étant la pru-

dence (*phronesis*), c'est-à-dire une double fidélité à des principes a-temporels et à une adéquation au temps et au lieu, une adaptation pertinente au *kairos*, à l'*Occasio* (Trédé-Boulmer 2015).

La création littéraire constitue pour ces Robins lettrés et juristes-écrivains autant une échappatoire à l'exigence impérieuse de vérité du prétoire qu'un moyen d'approfondir leur pratique professionnelle dans un *otium cum dignitate* qui transcende les contingences et prolonge la pratique rhétorique et la réflexion éthique. La lecture et l'écriture leur permettent de développer et d'élever leur réflexion éthique par une forme esthétique, dans la conscience que, «pour quiconque exerce sa réflexion, les apparences de la beauté deviennent les figures d'une invisible harmonie» (Denys l'Aéropagite, *La hiérarchie céleste*, 3).

Bibliographie

Textes

- Du Mans, Jacques Peletier. 1555. *Art poétique*. Lyon: Jean de Tournes, I: 1.
- Gaguin, Robert. 1480. *Ars versificatoria et carmina diversa*. Paris. c. préface, fol. aIIIIr; trad. *Poétiques de la Renaissance*, P. Galand-Hallyn et F. Hallyn (éds.). Genève: Droz, p. 85.
- L'Hospital, Michel de. 2013. *Discours et correspondance. La Plume et la tribune II*. L. Petris (éd.) avec la collaboration de D. Amherdt. Genève: Droz,
- . 2014. *Carmina, livre I*. P. Galand et L. Petris (éds.). Genève: Droz. six autres tomes en préparation (www.unine.ch/micheldelhospital)
- Pibrac, Guy Du Faur de. 2004. *Les Quatrains, Les Plaisirs de la vie rustique et autres poésies*. L. Petris (éd.). Genève: Droz.

Etudes

- Céard, Jean. 1989. 'Les mots et les choses: le commentaire à la Renaissance'. In *L'Europe de la Renaissance. Cultures et civilisations. Mélanges offerts à Marie-Thérèse Jones-Davies*. Paris: J. Touzot, 25-36.
- Cooper, Richard. 2014. 'Le juge comme personnage littéraire à la Renaissance'. In M. Engammare et A. Vanautgaerden (éd). *L'Intime du droit à la Renaissance. Actes du cinquantième de la FISIER*. Genève: Droz, 451-477.
- Desan, Philippe. 2014. *Montaigne. Une biographie politique*. Paris: Odile Jacob.
- Fumaroli, Marc. 1980. *L'Age de l'Eloquence. Rhétorique et «res literaria» de la Renaissance au seuil de l'époque classique*. Genève: Droz, 1980, rééd. 1994. Paris: Albin Michel.
- Fumaroli, Marc. 2015. *La République des Lettres*. Paris: Gallimard.
- Gadoffre, Gilbert. 1997. *La Révolution culturelle dans la France des humanistes. Guillaume Budé et François I^{er}*. Genève: Droz.
- Galand-Hallyn, Perrine. 2004. 'Les «essais» latins d'Etienne de La Boétie'. In M. Tetel (éd.). *Etienne de La Boétie, Sage révolutionnaire et poète périgourdin. Duke University, 26-28 mars 1999*. Paris: Champion, 2004, 123-156.

- Giavarini, Laurence (éd.). *L'Écriture des juristes (XVI^e-XVII^e siècles)*. 2010. Paris: Garnier.
- Houllemare, Marie. 2011. *Politiques de la parole. Le Parlement de Paris au XVI^e siècle*. Genève: Droz.
- Kisch, Guido. 1960. *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit*. Basel: Helbing und Lichtenhahn.
- Krynen, Jacques. 2009. *L'idéologie de la magistrature ancienne*. Paris: Gallimard.
- Petris, Loris. 2005. 'Philosophie morale et justice: les *Quatrains* de Pibrac à l'Hôtel des Six Communes de Môtiers'. *Musée neuchâtelois. Revue historique neuchâteloise*, 142^e année, 4: 273-283.
- Petris, Loris. 2011. 'Formes gnomiques et mentalités juridiques à la Renaissance'. In P. Galand, G. Ruozzi, S. Verhulst et J. Vignes (éds.). *Tradition et créativité dans les formes gnomiques en Italie et en Europe du nord (XIV^e-XVII^e siècles). Etudes réunies*. Turnhout: Brepols, 247-269.
- Petris, Loris. 2008. 'L'avarice et la justice dans la littérature française du XVI^e siècle'. *Seizième siècle*, 4: 125-147.
- Petris, Loris. 2006. 'L'Hospital, Pibrac, Montaigne: Trois magistrats-écrivains face au néostoïcisme chrétien'. In *Stoïcisme et christianisme à la Renaissance. Cahiers V.L. Saulnier n°23*. Paris: Presses de l'École Normale Supérieure, 71-91.
- Petris, Loris. 'Pierre de Brach politique'. In C. Cavallini et V. Ferrer (éds.) *Pierre de Brach. Actes du colloque international de Bari (24 octobre 2015)*, à paraître.
- Petris, Loris. 2002. *La Plume et la tribune. Michel de L'Hospital et ses discours (1559-1562). Suivi de l'édition du De sacra Francisci II. Galliarum regis initiatione, regnique ipsius administrandi providentia, Mich. Hosp. Sermo (1559) et des discours de Michel de L'Hospital (1560-1562)*. Genève: Droz.
- Pittet, A. (1955). 'Le mot *consensus* chez Sénèque. Ses acceptions philosophiques et politiques.' *Museum helveticum*, 12: 35-46.
- Trédé-Boulmer, Monique. 1992. *Kairos. L'à-propos et l'occasion. Le mot et la notion, d'Homère à la fin du IV^e siècle avant J.-C.* Paris: Klincksieck, 1992, rééd. 2015. Paris: Les Belles Lettres.

Quand la peinture cosa mentale donne à «voir» les fondements du droit

Alain Papaux*

1. Introduction-Prolégomènes: La peinture donne à penser: *cosa mentale*

Convoquer la peinture pour mieux comprendre le droit ne le doit rien à la coquetterie mais ressortit à des raisons gnoséologiques¹ profondes nous emportant bien au-delà des motifs, précieux déjà, de multiplication des points de vue sur le même objet, singulièrement dans une veine interdisciplinaire, ou d'illustrations donnant de la chair à des notions par trop abstraites.

Léonard de Vinci, en le chef duquel se fécondaient ces divers aspects, pouvait alors déclarer que la peinture est une *cosa mentale*, qu'Arasse traduit: «la peinture donne à penser» (Arasse 2004, p. 26)²; elle est *cosa*, une *cause* et une *chose* intellectuelles (selon une étymologie commune), en ce sens mobilise l'intelligence tout autant que le cœur.

Donnant à penser, elle nous ouvre donc à la «ré-flexion», à l'intellection, mais en un sens moins «logique», plus incarné que nous le concevons habituellement.

Aristote, parangon d'une pensée incarnée, inductive et pragmatique puisant ses origines dans les *pragmata*, littéralement les «existants», nous initie à une philosophie aux principes sensualistes. La médiation du corps y est essentielle, raison concrète pour laquelle la pensée s'adjoint imagination et mémoire pour se pleinement déployer au sein d'une conception inductive et plurale des réalités: «L'Être se prend en plusieurs acceptions» affirme, de manière inaugurale, Aristote dans *La Métaphysique* (1986, p. 176).

De confluence avec la vision, si chère à son maître Platon, l'«imagination visuelle» devait obtenir bien des honneurs en Occident, lettres de noblesse qui embrasseraient les spéculatifs les plus hardis comme les pragmatiques les plus lucides. Du grec *theoros*, *theoria* ne s'entend-elle pas de la plus simple empirie, vision d'un objet physique chez Démocrite jusqu'à l'aristocratique contemplation par l'âme des Idées chez Platon (*Phédon* 65 e 2), modèles désincarnés, hors notre monde sensible, ou encore contemplation de l'être ou du monde intelligible (*La République* VI 511 c 6); chez Aristote, *theoria* s'entend de l'activité la plus noble de l'homme parce que divine (*Ethique à Nicomaque* X 7-9), en cela à nouveau héritier de Platon.

La notion d'Idée est d'une rare complexité, si difficile qu'elle pourrait bien avoir

* Alain Papaux est Professeur de Philosophie du droit et de philosophie du droit de l'environnement à la Faculté de droit et à la Faculté des géosciences et de l'environnement de l'Université de Lausanne.

¹ Gnoséologie ou épistémologie au sens anglo-saxon: théorie, réflexion sur la connaissance en générale et pas seulement sur les sciences.

² La conception de l'histoire de la peinture, partant la lecture des œuvres, à la manière d'Arasse est singulière, «excentrique» même. Nous y circonscrivons précisément en ce qu'elle ne prétend pas forcément à quelque vérité historique, ou d'histoire de l'art, que nos compétences ne nous permettent pas de poursuivre, et qui ne constitue pas plus l'horizon de cette étude. Michele Smargiassi exprime fort pertinemment le tour d'esprit d'Arasse, singulièrement son «herméneutique *abductive*»: «Il metodo di Arasse è eccentrico, ma niente affatto bizzarro, il suo uso dei dettagli ricorda il “sistema Morelli”, la sua ermeneutica è abduktiva, audace, per lui un dipinto è un nodo gordiano che possiede uno scioglimento, un campo di indizi che devono connettersi, Arasse non rifiuta il soccorso di semiologia e sociologia, né disdegna l'aiuto delle “fonti”, non è un anti-iconografo, semmai un iconografo sovversivo, convinto che il senso dell'opera sia disposto nella sua trama, ma non necessariamente nel modo in cui il pittore ce l'ha messo. Viva l'anacronismo dunque». (<https://foglianuova.wordpress.com/2013/07/07/i-dettagli-ribelli-che-cispietano-unopera-darte/>; consulté le 17-05-2016)

un lien fort avec le corps, ce que le *platonisme* - la réception, toujours scolaire, des thèses de Platon - rejette farouchement, trop superficiellement. Aurait-on séparé dans deux mondes différents l'âme et le corps, selon un dualisme des plus classiques, on ne serait pas pour autant parvenu à abstraire totalement nos modèles ou archétypes (les Idées) de l'empirie, d'une certaine pratique, à suivre Arendt, puisque Platon lui-même en aurait tu les origines artisanales: dans la fonction de *poiësis*, l'*eidōs* – Idée - équivaut au modèle concret qui guide le producteur, dans un geste d'imitation si naturel à l'homme, nous rappelle Girard, se référant à Aristote: «L'homme se différencie des autres animaux en ce qu'il est le plus porté à imiter» (Girard 1978)³. Il serait peut-être audacieux de traduire en sémiotique cette propension à la concrétion (du modèle de production) par l'icône plutôt que par l'indice, assurément plus convaincant déjà que le symbole⁴; la précellence de l'Occident pour l'image – icône - se trouverait pour part vérifiée⁵ par la philosophie, en particulier par les idéalismes.

L'enjeu gnoséologique de la discussion rejaillit en droit pour atteindre l'enjeu éthique majeure du ressort de la justice: ou la «con-formité» du cas à la loi, à savoir qu'il présente même *forme* qu'elle⁶, sorte de «re-production»; ou une définition plus substantielle et substantialiste de la justice comme sentiment du juste tel qu'il est partagé dans une société donnée à une époque donnée, formule des plus classiques également mais supposant infiniment plus de vertu délibérative, de prudence que la plate conformité.

L'*eidōs* modèle pour la *poiësis* suggère une corporité des Idées légitimant les desseins non esthétiques de la peinture, a fortiori d'une Annonciation: l'incarnation. La *cosa mentale* à la da Vinci n'est donc pas pure abstraction, produit du seul *logos*, ni simple séduction esthétique et démonstration d'habileté picturale. L'«imagination visuelle» en qualité de matrice de connaissance rayonne au cœur des recherches toutes de chairs, incarnées, de Léonard, recherches de l'ingénieur et du scientifique da Vinci: «Les historiens des sciences sont toujours plus nombreux à reconnaître l'importance de l'imagination visuelle dans la recherche scientifique. [...] Léonard transfigure ses théories scientifiques en œuvres d'art» (Domenico 2004). Pouvait-on en langue française désigner avec plus d'adéquation ses centaines de croquis que par *études*?

Il y a sans doute dans cette démarche une vraie méthode, sans son Discours comme le pourra poser pour la postérité, avec bien plus de morgue, Descartes, une méthode difficile à discriminer de par son déploiement au sein même des recherches, esquisses et tableaux, à l'élaboration desquelles elle concourt au premier chef, recherches *en acte*, «sous nos yeux», comme la pratiqua Aristote aux écrits de si difficile pénétration. Seuls des esprits acérés la pouvaient reconnaître mais tous les esprits la pratiquent pourtant. Valéry la saura saisir et replacer dans la cognition générale: «Dans l'esprit, les images visuelles prédominent. C'est entre elles que s'exerce le plus souvent la faculté analogique» (Valéry 1957, 1166).

Le juriste remarquera, en passant, la centralité de l'analogie pour la gnoséologie, alors que sa doctrine dominante, se prétendant scientifique, le positivisme juridique, peu

³ Citation d'Aristote, *Poétique*, 48b, 6-7, en exergue du Livre I de Girard (1978).

⁴ Langage iconique, savoir de l'ordre de la fonction sémiotique assumée par le signe dit «icône», par contraste avec les deux autres fonctions - ou types de signe pour aller trop vite, le symbole et l'indice; l'icône est par définition en grande intimité avec la représentation visuelle.

⁵ Dans une conception de l'homme très *homo faber*, corrélativement assez peu *sapiens*, que nous avons défendue ailleurs, in *Dictionnaire de la pensée écologique*, PUF, Paris, 2015, pp. 536 ss notamment.

⁶ Définition très délicate, pour ne pas dire creuse, tant que ne sont définis – et ils ne le sont évidemment pas – «même», «forme»: la «commensurabilité» du cas et de la loi, le premier étant singulier et concret, la seconde générale et abstraite, se révèle une dissemblance rendant difficile l'identification d'une forme commune, corrélativement d'une stricte conformité.

ou prou lui refuse crédit, motif pris d'une subjectivité non tenue dans le raisonnement par analogie, non contrôlée, orpheline de tout algorithme, sombrant bientôt dans l'arbitraire. L'analogie est certes intrinsèquement *jugement*... d'analogie: que les ressemblances l'emportent sur les dissemblances; de là la balance, symbole de la justice. Mais comme toujours chez les humains, depuis les pensées du *pharmakon*, ce n'est pas la chose qui pose problème mais sa mesure, plus précisément son mésusage, lorsqu'il confine à l'*hybris*.

C'est dans cette perspective qu'il conviendrait de relire les pages sévères de Popper sur l'analogie dans *La logique de la découverte scientifique*, réflexions invalidées par la pratique scientifique⁷, en particulier dans la phase de découverte d'une loi nouvelle, sous l'espèce de l'abduction (*infra*) – peu ou prou raisonnement par analogie – comme l'a si bien montré U. Eco à propos des orbites prétendues puis démontrées elliptiques par Kepler. La question du critère de pertinence des ressemblances n'en est pas pour autant résolue; elle sera en tous les cas affaire de conviction, ressortissant en conséquence à la rhétorique. Les *Science Studies* le redécouvrent, les juristes l'ont toujours su et auraient pu fournir un modèle prometteur pour ce moment décisif et décisoire que constitue en toute science le choix du critère de pertinence c'est-à-dire de ressemblance (ou non): le *beyond reasonable doubt*.

La perspective ne cherche-t-elle pas, à son tour, (notamment) à rendre commensurable, à construire une mesure commune en suivant la proportion (de manière évidente dans la perspective classique linéaire et monofocale), à savoir des rapports de rapports, par quoi se définit justement l'analogie dans son sens véritable? Où l'on retrouve l'analogie au cœur de la pensée, comme l'ont rappelé récemment encore Hofstadter et Sander (2013), vingt-quatre siècles après Aristote.

Aristote fit en effet de l'analogie la matrice du savoir et le ressort de sa dynamique, permettant de nous rendre commensurable l'inconnu par rapport (le fait de «rapporter à») à un premier connu, ce que la sémiotique de Eco dénomme abduction: «Si j'ai un Résultat curieux dans un champ de phénomènes non encore étudié, je ne peux chercher une Loi de ce champ (si elle existait et si je la connaissais, le phénomène ne serait pas curieux). Je dois aller «enlever» ou «emprunter» [*abduction* en anglais] une loi *ailleurs*. Si vous voulez, je dois raisonner par analogie» (Eco 1993, p. 181); l'auteur italien attribuant à Aristote cette démarche conjecturale véritable recherche en acte, théorisée avec ampleur par C.S. Pierce au 19^{ème} siècle.

Comment procéder quand l'inconnu est trop étranger, que ses étrangetés ne se laissent couler dans aucune analogie convaincante, plausible tout du moins?

Ainsi en va-t-il du mystère, que l'on ne saurait «re-présenter», sa «présentation» même nous échappant. Au mieux peut-on le donner à voir, à contempler, *theoria*, le *figurer*: «Comment la perspective construit un monde mesurable, commensurable à l'homme, et donc comment, s'il est possible d'y représenter l'histoire visible de l'Annonciation, on ne peut pas y représenter l'Incarnation qui est invisible. Certains peintres vont alors trouver le moyen de figurer (et non de représenter) l'Incarnation par un désordre de la perspective. Quelque chose est là dans la perspective, mais qui lui échappe, qui est incommensurable à la perspective, et c'est évidemment Dieu [dans le cas des Annonciations] s'incarnant puisqu'il est infini» (Arasse 2004, p. 52).

Le mystère échappe par définition au *logos*, il n'est pas de l'ordre de la raison. L'Incarnation échappe à l'homme, non l'Annonciation. Alors on *représente* l'épisode de l'adresse divine par le ministère de l'Archange Gabriel à la Vierge Marie et on y *figure*

⁷ Sans doute l'analogie donne-t-elle lieu à bien des abus rappelle l'épistémologue, permettant de rendre *commensurables* tout avec n'importe quoi.

l'Incarnation par une ruse dans la perspective, y introduisant un certain «désordre», une erreur, comme telle impensable sous le pinceau d'artistes aussi rompus à cette technique, erreur volontaire donc.

L'auteur *indique* une *énigme*, suivant les deux ressorts sémiotiques de l'abduction: l'indice et le fait surprenant, l'indice dont la structure même recèle une direction – l'index, qui par nature «pointe» - et le fait surprenant dont la prise de connaissance entraîne un désir ou réflexe de «re-connaissance», à savoir rapporter cet inconnu à du connu pour l'appriivoiser, en gagnant doublement par ce rapport: en extension de mon savoir précédent, d'avant cette occurrence, et en intension, un savoir approfondi par cette occurrence nouvelle au point d'en être changé, renversé parfois, avec les orbites elliptiques de Kepler par exemple. Cette «maladresse» picturale, cognitive aussi bien, mais volontaire, provoque tout une heuristique en le chef du «spectateur», désormais actif, un élan de recherche susceptible de renouveler ses catégories cognitives.

D'un point de vue gnoséologique justement, l'abduction ressortit au savoir conjectural, à la *mêtis* ou «ruses de l'intelligence», définies, plus humblement circonscrites, par Détiene et Vernant «une forme d'intelligence et de pensée, un mode du connaître; elle implique un ensemble complexe, mais très cohérent, d'attitudes mentales, de comportements intellectuels qui combinent le flair, la sagacité, la prévision, la souplesse d'esprit, la feinte, la débrouillardise, l'attention vigilante, le sens de l'opportunité, des habiletés diverses, une expérience longuement acquise; elle s'applique à des réalités fugaces, mouvantes, déconcertantes et ambiguës, qui ne se prêtent ni à la mesure précise, ni au calcul exact, ni au raisonnement rigoureux. Or dans le tableau de la pensée et du savoir qu'ont dressé ces professionnels de l'intelligence que sont les philosophes, toutes les qualités d'esprit dont est faite la *mêtis*, ses tours de main, ses adresses, ses stratagèmes, sont le plus souvent rejetés dans l'ombre, effacés du domaine de la connaissance véritable [...] [Pour Platon] la dextérité (*enchérea*), la sûreté du coup d'œil (*enstochia*), la pénétration d'esprit (*agchinoia*), à l'œuvre dans les entreprises où la *mêtis* s'efforce, en tâtonnant et par conjecture, d'atteindre le but visé, relèvent d'un mode de connaissance extérieur à l'*episteme*, au savoir, étranger à la vérité. Par contre chez Aristote, la «prudence» au moins retient, dans son orientation et ses démarches, bien des traits de la *mêtis*» (Detienne et Vernant 2009, p. 10)⁸

D'un point de vue sémiotique, l'abduction ressortit principalement au signe-renvoi, par contraste avec le signe-équivalence. Le signe-renvoi contient toujours une inférence de type général «si p alors q...», si fumée *alors* feu, par exemple; on ne peut donc le comprendre sans l'interpréter; il recèle une part de subjectivité, part active du sujet. Il s'oppose au signe-équivalence, de structure «p \equiv q», si fumée *nécessairement* feu, dont la compréhension reviendrait à un simple décodage, simple inversion du codage initial, processus prétendument objectif: il suffit de disposer du code, présupposé bijectif. En d'autres termes, l'*interprétation* ou formulation de conjecture (le «si») est *essentielle* dans le premier type de signe, *accidentelle* dans le second, voire superfétatoire. En vérité, les trois fonctions ou matrices sémiotiques - l'indice, l'icône et le symbole – requièrent toutes un minimum d'inférence, éminemment explicite dans le cas de l'indice.

Les peintres glissant des indices dans leurs œuvres, sous les espèces d'erreurs volontaires, nous *obligent* à prendre conscience du *fait* que nous interprétons, à admettre que la *présentation* sous nos yeux est gnoséologiquement une «*re-présentation*», nous poussant à davantage de lucidité quant à nos propres démarches intellectives, jamais *immé-*

⁸ Detienne et Vernant (2009), dans la quatrième de couverture, précisent didactiquement qu'elle «s'exerçait sur des plans très divers mais toujours à des fins pratiques, savoir-faire de l'artisan, habileté du sophiste, prudence du politique ou art du pilote dirigeant son navire».

diates, toujours *médiatisées*.

La prise de conscience de cette médiation ou intercession s'avère des plus précieuses car les *fondements*, quels qu'ils soient, sont à la fois médiatisés *et* non médiatisés, en quelque sorte médiatisés par eux-mêmes, comme le montre si bien la langue française avec le *principe*. Il est *à la fois dans* le système dont il est un principe (comme dans le droit, les principes généraux du droit) et par définition *au principe* de ce système, *bors* le système sous cet angle, en une manière d'auto-fondation, objet même de cette étude, *grâce à* l'Annonciation de del Cossa (en particulier § 2).

La peinture rejoint, par ses réflexions sur la perspective - laquelle est évidemment une médiation, une construction, une interprétation, ne serait-ce que par la *présentation* de certains signes -, la gnoséologie, la *cosa mentale* pouvant dès lors renouveler la réflexion sur les fondements épistémologiques de toute discipline, en l'occurrence le droit.

2. Quand la peinture dévoile l'auto-fondation dogmatique du droit: la mystérieuse incarnation du «simultanément dedans/dehors» par l'escargot

En toute œuvre picturale, la *doxa* attend plutôt une *représentation* qu'une *figuration*. Mais l'on aurait par trop rabattu la peinture sur l'image, une manière d'imposition à un spectateur menacé de passivité, sans compter, de surcroît, que l'image d'un mystère a toute chance d'apparaître bien... mystérieuse, le principe même de la commensurabilité au «réel» faisant défaut, la référence elle-même nous échappant⁹.

La *figuration* semble plus riche d'imagination et de mémoire au point de nous regarder à l'instar de l'icône dans la tradition orthodoxe. Elle nous interdit en tous les cas d'en rester à une appréhension strictement esthétique de l'œuvre. Elle n'impose donc pas, suggère au mieux, propose assurément, à la manière de la conjecture que l'on assumera si elle rend de précieux services, instituant de l'ordre ou étendant le savoir, faces d'une même réalité ; hypothèse que l'on écartera si la clef herméneutique n'ouvre aucune voie féconde.

On aurait tôt fait de qualifier la démarche de la figuration d'un mystère d'irrationnelle, de prélogique, enfance de la pensée, que le savoir adulte saura exprimer en raisons, plus glorieusement encore en la Raison. Le rejet *moderne* de la figure du mythe, singulièrement de tout mythe fondateur, traduit cette conception unilinéaire du savoir, mue par une présomption de progrès vers la lumière de la Raison, à la manière des stades d'un A. Comte par exemple: «D'un côté le *logos*, la parole rationnelle, de l'autre le *muthos*, renvoyant à ce qui n'est pas réel d'une part, à ce qui n'est pas rationnel de l'autre» (Calame, 1991, p. 103)¹⁰.

Le mythe relèverait d'une ère ante-positiviste, primitive à tout dire, en ce qu'il échappe au *logos* alors qu'il ne fait que confesser la finitude de l'entendement humain, tentant un discours qui tienne compte des limites de nos capacités intellectuelles, *humblement rationnelles* si l'on veut bien, modestement *raisonnables* si l'on préfère, mais assurément parole sensée, logique (de *logos*) dès lors, dût-elle emprunter une voie plus détournée, plus oblique, dans laquelle on reconnaîtra la mêtis: «Au commencement est le mythe qui déplie le mystère de la nuit pour laisser poindre la manière, toujours unique, dont le monde nous est donné [...] La fonction paradoxale du *mythe* consiste à briser ce *mutisme* du commencement qui, d'emblée, échappe aux hommes, et à leur transmettre la parole des dieux pour déployer la figure du monde en sa totalité» (Mattéi 1996, pp. 1-2).

⁹ Au sens du troisième sommet ou pôle de la triade sémiotique diabolique – parce qu'impénétrable – en sa logique ultime: signifiant/signifié/référence.

¹⁰ Calame (1998, p. 7) citant Bruit Zaidman & Schmitt Pantel (1991, p. 103).

Zeus, paradigme de logos, n'y mêle-t-il pas, la mêtis, se l'assimilant même, en avalant sa première épouse, Mêtis précisément, stratagème suprême garantissant l'ordre olympien sur le chaos chthonien? Dans cette première ère de stabilité, la justice, sous entendue humaine, y a sa part, obtenue par la ruse d'Athéna exercée à l'endroit des Erynies, au nom changé, Euménides désormais, aux fonctions renouvelées, de bienveillance enfin (voir § 3)

De toutes ces fenêtres ouvertes sur l'interprétation, seule la perspective de l'escargot retiendra ici notre attention, en qualité de clef herméneutique, moins du tableau – notre étude ne ressortit pas à l'histoire de l'art –, que de certains mythes fondateurs du droit, que d'aucun, plus cruel ou plus lucide, qualifie de «vaches sacrées de la philosophie spontanée des juristes» dont «la recherche du sens littéral, la théorie de l'acte clair, le devoir du juge d'obéir à la loi, la distinction entre le fait et le droit [...], l'idée que pour toute question litigieuse il n'existerait qu'une seule solution correcte. Ces lieux communs de la pensée juridique participent à une taxinomie binaire, c'est-à-dire à une méthode de raisonnement traçant une démarcation rigide entre la face positive et la face négative de toute réalité. Toutefois, la multiplicité des règles ayant vocation à appréhender les faits complique ce que les juristes voudraient spontanément pouvoir tenir pour une opération logique de qualification» (Rigaux 1996, p. 8). Ces mythes témoignent d'une intrinsèque finitude humaine, qui donne à comprendre notre recours à la peinture, à des figures non-linguistiques, picturales pour le coup, l'escargot en l'occurrence.

Les indices portant à regarder l'escargot sont trop nombreux pour ne pas induire une insistance, largement payée de retour. Del Cossa représente ostensiblement le pied découvert de l'Archange Gabriel, en écho à l'animal-pied qu'est le gastropode, affaire de grand et petit pieds: de taille équivalant à la moitié du pied de l'Archange, l'escargot peint *dans* le tableau mesurerait une quinzaine de centimètres, un monstre; considéré représenté *sur* le tableau, à notre aune de spectateur, le voilà de juste calibre; mesure et démesure tout à la fois.

La forme de Dieu le Père au ciel est homologue à celle de l'escargot sur terre, suivant de surcroît une symétrie explicitement indiquée par la main de l'archange simultanément située sur *et* devant la colonne, laquelle n'est autre que le Christ, pas encore présent puisque Gabriel l'annonce, mais (toujours) déjà là au moment de l'Annonciation; colonne qui, de surcroît, telle que représentée, ruine l'Annonciation: elle se trouve entre la Vierge et l'Archange, empêchant l'échange des regards par lequel se réalisent l'annonce et la réponse¹¹.

Comme l'escargot est sa maison, la Vierge est le *templum* du monde, qui recevra son sauveur, elle est d'ailleurs *dans* l'architecture reproduite par les Annonciations.

Distendant davantage l'analogie, l'escargot, créature hermaphrodite, n'a besoin d'aucune fécondation pour porter du fruit; analogie si distendue qu'elle opère en creux: la pureté de la Vierge ne rend-elle pas plus incongru encore cet escargot, animal baveux sis du même côté de l'axe-colonne que la Vierge...etc.

L'événement est plus que surprenant; il attend son abduction. Que nous apprend donc la représentation de cet escargot si diligemment désigné porte d'entrée – au sens propre comme figuré – dans l'œuvre?

N'est-il pas peint «*dans* le tableau *sur* le tableau», sur son cadre pour être précis, échappant à la scène puisque relevant du monde du spectateur en tant que représenté *sur* le cadre, mais simultanément lui appartenant bel et bien en tant que peint comme l'un

¹¹ Umberto Eco, interrogé par Daniel Arasse (2004), suggère, un brin provocateur, que l'escargot symbolise la tardiveté ou lenteur de l'annonce de la résurrection des morts par la venue du Christ que d'aucuns attendaient depuis des siècles.

de ses éléments, fût-il mystérieux?

Ainsi l'escargot se trouve-il simultanément dans le tableau *et* hors de celui-ci.

Nous n'étudierons pas tous les thèmes induits par la figure heuristique du «simultanément dedans/dehors»: présence/absence, Dieu/homme (dualité du Christ notamment), persécuté/révéré (dualité du sacré); mais tout aussi bien théorie/pratique, type/occurrences, langue/parole, déduction/induction, etc.

Impasse également sur les suggestions plus sémiotiques. Que cette représentation de l'escargot campe à merveille l'économie de l'*indice*: fait surprenant (point de déclenchement de l'abduction), qui renvoie à autre chose qu'à lui-même (qu'à la forme ou apparence qu'il nous présente), obtenant partie de sa signification de la médiation même du contexte au sein duquel il est représenté. On pourrait ajouter toutes les dimensions symboliques: le gastropode est hermaphrodite, porte sa propre maison, porte son monde, innocence venant avec la rosée du matin, etc.

La figure gnoséologique, sous doute épistémologique également, et juridique assurément, à laquelle nous vouons nos analyses, le «simultanément dehors *et* dedans», se définit comme auto-fondation, *bootstrapping* ou encore auto-transcendance. Le droit en use volontiers, se gardant souvent toutefois de la confesser comme telle, lui préférant des formes détournées, à l'instar du *dogme* (voir § 3).

La figure de l'auto-fondation ne semble pas très prisée par la théorie, le logos risquant par trop d'être tétanisé au contact du paradoxe. La pratique, moins engoncée, en joue autant que de besoin (au reste grand), comme le révéleront les nombreuses occurrences de cette figure «aux commencements», du droit en particulier.

2. A. Le droit, social et méta-social

La figure du «simultanément dedans/dehors» permet d'incarner la singularité de la position du droit vis-à-vis des réalités sociales: le droit est une réalité sociale, affirmée telle depuis la nuit des temps, dès Rome pour le moins: *ubi societas ibi ius*. Son appartenance à la texture sociétale ne s'éprouve pas moins singulière: intérieure à elle, il la juge, c'est-à-dire l'évalue, lui indiquant l'étalon et en sanctionnant, socialement, l'irrespect.

Évaluant le social, le droit se révèle nécessairement «méta-social», tant il faut un minimum d'extériorité, de distance pour *juger* un acte. Le jugement au sens technique, savoir la décision de justice toujours arrêtée *in casu*, illustre à la manière d'un microcosme cette économie paradoxale du droit, juge et partie en quelque sorte (comme Zeus et Athéna dans les Euménides (§ 3)), mais point juge drapé dans une parfaite objectivité, pas plus que partie intéressée à la victoire, jusqu'à la mauvaise foi, la partialité et l'arbitraire enfin. Ni objectivité ni arbitraire mais l'entre-deux, l'intersubjectif, exigeant une pluralité de points de vue (inter-) de sujets (subjectif) différents, mais dont la voix finale sera *une*: décision *du* collège, diction (*dictio*) du droit (*juris*): *jurisdiction*, juridiction.

La structure de l'*arbiter* continue en effet de se refléter dans nos droits, permanence engageant la pensée à y reconnaître quelque part de l'essence même du juridique, son ressort: «L'arbiter [...] juge en survenant entre les parties, en venant du dehors, comme quelqu'un qui assiste à l'affaire sans être vu, qui peut donc juger librement et souverainement du fait, hors de tout précédent, et en fonction des circonstances. Cette liaison avec le sens premier de «témoin qui n'est pas un tiers» [trop «dedans» pour être ce tiers mais trop «dehors» pour être l'une des parties] permet de comprendre la spécialisation du sens d'«arbiter» dans la langue juridique» (Benveniste 1969, p. 121). Après l'histoire, celle de Salomon exemplairement (Papaux 2013.70, pp. 207-224), l'étymologie montre la ruse à l'œuvre au principe même du judiciaire: «assiste sans être vu», ni dedans ni dehors, paradoxe ou ubiquité que confirme l'enquête de terrain de la sociologie éclairée par la philosophie (§ 2.B.)

Les Erynies, à cette aune, apparaissent désespérément partiales: maternelles *ou* paternelles, pour la vengeance, mécanique comme l'écrit si bien Ost, étrangères au «dialogue», n'embrassant que le *même*: dent pour dent, œil pour œil dit la Loi du Talion dont elles sont justement les gardiennes. Elles ignorent l'ubiquité épistémologique, le «simultanément dedans/dehors», incapables alors d'envisager un point-fixe endogène vécu comme exogène (*infra* §§ 2.C et 2.E en particulier), par où se fonde la justice (le droit), paradoxe trop rapidement qualifié de tautologie.

2. B. Une tautologie au principe du droit ?

L'édifiante – pour un juriste positiviste - enquête de terrain menée par Latour dans l'enceinte du Conseil d'Etat français a conduit le philosophe-sociologue à un constat de tautologie dans l'identification même du phénomène «droit»: «toute tentative de définition [du droit], aussi brutale ou sophistiquée qu'elle soit, finit toujours par ajouter, en désespoir de cause, l'adjectif «juridique» pour le qualifier. Qu'on cherche à l'établir par la loi, par la règle, la sanction, l'autorité, le bien commun, le monopole de la violence, l'Etat, il faut à chaque fois préciser: «à condition qu'ils soient juridiquement fondés». Autrement dit, une inévitable *tautologie* fait partie de la définition du droit. Pour décrire le droit de façon convaincante, il faut être déjà, par un saut, installé en lui» (Latour 2002, pp. 272-273).

Plutôt qu'une tautologie, laquelle suppose la possibilité d'une extériorité au droit, une sorte de point de vue de Sirius, nous soutenons que le droit procède de la logique du «simultanément dedans/dehors». Pareille position paradoxale ne s'abîme dans le parallogisme qu'à l'endroit de ceux qui s'évertuent à l'appréhender par la voie du logos, de la stricte rationalité, trop rigide ou trop formelle, trop déductive ou trop linéaire, pour saisir de l'ubiquité épistémologique. Par leur souplesse, leur non-linéarité et en ce sens leur «circularité», les ruses de l'intelligence (*métis*) s'avèrent plus à même d'épouser «le regard de l'escargot», porté sur le droit notamment (Papaux, 2013.70, pp. 207-224)¹²; le problème *pratique* le plus nodal peut-être d'une conception pragmatique du droit, à savoir l'effectivité de la loi, en est tout pénétré.

2. C. Le cas Rousseau: une loi sans fondement ou le paradoxe de l'autotranscendance

La doctrine dominante dans la pensée juridique moderne et contemporaine, dénommée positivisme, voue un culte à la figure de la loi jusqu'au «fétichisme de la loi écrite» selon l'heureuse expression du grand théoricien du droit F. Gény.

Si l'amour rend aveugle, on aura guère de peine à comprendre pourquoi cette pensée juridique ne voit pas l'auto-transcendance lovée au cœur même de la notion de loi, qui, sans la rendre contradictoire (point de vue logique, celui du logos), ne la rend pas moins problématique ou mystérieuse, comme le synthétisa Rousseau dans cette formule pénétrante: «Il faudrait que l'effet pût devenir la cause, que l'esprit social, qui doit être l'ouvrage de l'institution, présidât à l'institution même et que les hommes fussent avant les lois ce qu'ils doivent devenir par elles»¹³.

La condition de possibilité cognitivo-psychologique de toute loi n'échappe pas à la «circularité», présupposant, à la manière d'un pari, de la «raison pratique» en le chef de tout citoyen. «Toujours déjà» - pour parler des origines sans en parler, se les donner comme données, manière d'auto-transcendance voire d'auto-fondation – pourvu de cette raison pratique, le citoyen est dès lors censé - par une sorte de *bootstrapping* intellec-

¹² Sur la ruse ou *métis* au principe même du droit, lire notamment Papaux (2013.70, pp. 207-224).

¹³ Citation de J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, II, chapitre 7 tirée de Dupuy (2008, p. 17).

tuel - entendre suffisamment à la nouvelle problématique sociale abordée au point de faire sienne la proposition législative. Sans quoi, l'ensemble des normes juridiques reposerait exclusivement sur la sanction, ce que prétend volontiers le positivisme juridique reflété dans la définition synthétique du droit comme «ensemble de règles de conduite édictées ou acceptées par l'autorité publique et munies par elle de sanctions coercitives» (Batiffol 1979, pp. 7 et 11).

On suppose alors que chacun connaît toutes les lois et surtout les sanctions afférentes à leur violation, nouvelle hypothèse parfaitement infirmée non seulement pour le citoyen lambda mais pour le juriste aussi bien: nul n'a jamais lu l'ensemble des codes et des jurisprudences; le voudrait-il qu'il ne le pourrait, des centaines de milliers de textes juridiques l'attendent, à la cohérence guère assurée entre eux. Mais nul n'est censé ignorer la loi, rétorquera-t-on alors, forcément à la manière d'un dogme, proposition auto-fondée, dite «fiction» en l'occurrence. Les doctrines du contrat social ne procèdent pas d'une autre logique, plus cohérente ou déductive, à l'égard du fondement du respect de l'engagement contractuel prétendu donner naissance au système juridico-politique, *pacta sunt servanda*, à la juridicité auto-fondée.

2. D. L'auto-fondation du positivisme juridique : Grundnorm et rule of recognition au futur antérieur

La figure de l'auto-transcendance a pénétré jusqu'au cœur des deux théories considérées comme les plus importantes du positivisme juridique, apparaissant à leur principe même, ce qui devrait conduire à une tout autre évaluation de leur scientificité ou de leur vertu fondatrice de l'ordre juridique.

En effet, en désignant du nom de *Norm*, la règle au principe de l'ordre juridique, la «*Grundnorm*», Kelsen s'expose immanquablement à la question de sa juridicité, impasse en vérité puisque *elle* est censée conférer juridicité à toutes les normes qui en découlent, toutes les règles de l'ordre juridique positif considéré. Kelsen, évidemment, le sait bien qui hésite alors concernant la nature de cette *Grundnorm*, au point d'en faire une sorte de simple exigence logique, rendant abusive sa qualification de «*Norm*» ou en changeant le sens. Mais cette même logique appliquée strictement pointe vers l'auto-fondation, à limite même du discours rationnel (logos), à la fois dedans et dehors (la juridicité), figure caractéristique des tentatives d'assomption des origines.

Hart, à la recherche du fondement des règles juridiques, la fameuse «*rule of recognition*», finira par l'affirmer de nature coutumière. Mais qu'est-ce qui fait la juridicité d'une règle coutumière si ce n'est une juridicité «antérieure» comme sentiment, l'*opinio iuris sive necessitatis*. Pour classique que soit l'opinion de l'*opinio iuris* – ruse (mêtis) de la mise en abîme de l'*opinion* –, elle n'explique toujours pas la juridicité de la *règle* issu de ce sentiment, lequel n'est qu'une opinion précisément, et moins encore si l'on considère que le départ des composants de la coutume en *deux* éléments constitutifs est de nature pédagogique et non ontologique ou pragmatique.

D'où l'auto-fondation de la *rule of recognition* en tant que règle *juridique*, dans le temps épais du «toujours déjà-là», «Geste instaurateur qui, comme tous les véritables actes d'institution, s'inscrit dans le futur antérieur d'une légitimité rétroactive» (Ost 2004, p. 127) selon la formule géniale de Ost. La norme coutumière n'est donc pas le creuset de la juridicité. Peut-être l'est-elle pour le système juridique qui en «découle» mais pas en soi: elle n'est pas à l'origine du sentiment de juridicité (*opinio iuris*). Du point de vue de l'ordre juridique considéré, la juridicité de la *rule of recognition* ou de la norme coutumière qui la fonde est auto-fondée.

2. E. De quelques auto-transcendances dans le droit

La figure de l'auto-transcendance est parfois expressément désignée comme telle par l'ordre juridique regardant à ses fondements.

Ainsi trouve-t-on dans la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis l'affirmation de «vérités évidentes» qui, portant sur des valeurs, en deviennent *dogmes*: «[...] (*«we hold these truths to be self-evident...»*) c'est-à-dire sur des dogmes au sens étymologique du mot (ce qui est vrai et ce qui est montré et honoré comme tel). Nous sommes bien ici devant un énoncé de facture religieuse au sens historiquement premier du terme, c'est-à-dire un énoncé qui ne relève pas de la libre appréciation de chacun, mais qui s'impose absolument et intemporellement à tous. Le poncif indéfiniment rabâché du retard du Droit sur les faits ignore cette temporalité propre au système juridique. Comme tout système dogmatique, le Droit ne se situe pas dans le *continuum* du temps chronologique, mais dans un temps séquentiel où la loi nouvelle vient tout à la fois réitérer un Discours fondateur et engendrer de nouvelles catégories cognitives» (Supiot 2005, pp. 20-21).

A la fois le *même* et l'*autre*, dedans et dehors, pour conserver l'ordre tout en accueillant la nouveauté, assumer la dynamique du système juridique parfois décrit suggestivement un «système normativement clos mais cognitivement ouvert».

Chaque fois qu'une société, par le ministère de son législateur ou de ses juges, tranche une question axiologique considérée comme *fondamentale* dans l'instauration de son *ordre* juridique, entendu que «le groupe conçoit comme juridique, ce qu'il estime essentiel à sa cohérence et à sa reproduction» (Rouland 1988, p. 136), elle transforme un *choix*, puisque nous ne sommes pas en sciences naturelles, c'est-à-dire une valeur *disponible*, en *indisponible*. Elle en fait un dogme, choix et non-choix tout à la fois, mieux point fixe endogène - intérieur au sens de disponible à la volonté des citoyens - reçu comme exogène - comme si la valeur arrêtée ici et maintenant se vivait *désormais* comme ayant toujours déjà été au principe de la cité, par voie de conséquence indisponible.

On comprend pourquoi, suivant un modèle platonicien, les sociétés couchent dans des mythes fondateurs ces choix, les mettant ainsi hors discussion, les immunisant contre toute argumentation, sophistique en particulier, leur conférant par là une stabilité *institutionnelle*. Pareil bouclage temporel paraît étrange mais ce sentiment ne le doit qu'à une conception linéaire, discrétisée, aseptisée du temps, niant le temps vécu, si essentiel à nos vies rappelait Bergson, la durée ou «temps épais».

Qui, selon le fameux futur antérieur, *aura institué* le Constituant de la première Constitution *comme* Constituant¹⁴? La question ne s'éprouve paradoxale que dans le modèle d'un temps linéaire; elle perd pertinence dans celui d'un temps épais, le temps des institutions, et singulièrement le temps du droit tel que le rappelait Supiot, qui s'emploie à réitérer un discours fondateur tout en rendant justice à la nouveauté et à la singularité des cas.

Une même logique du «simultanément dedans/dehors» préside à la compétence de la compétence de tout tribunal, de la Cour internationale de justice en particulier, dans son débat paradigmatique avec les Etats-Unis d'Amérique lui contestant ce pouvoir de dire dans tels cas litigieux si elle est compétente ou pas, estimant que seul celui qui lui octroie le pouvoir de juger peut décider quand la situation litigieuse est de son ressort. Cet argument mortifère fut écarté *par la Cour*, précisément.

La théorie des *implied powers* des organisations internationales joue à son tour, dans

¹⁴ La Constitution de la Confédération helvétique de 1999 (RS. 101), entrée en vigueur en 2000, s'ouvre sur une *position* éminemment *auto-fondée*, celle de la *causa sui* dans la formule des philosophes et théologiens médiévaux en particulier, exprimant sans détour l'auto-transcendance: «Au nom de Dieu Tout-Puissant!», seul point d'exclamation dans le système juridique suisse de plusieurs dizaines de milliers de textes de loi tout de même.

une forme quasi explicite, la logique de l'auto-fondation du «simultanément dedans/dehors», dans sa formule même, les Etats fondateurs estimant volontiers que ces pouvoirs se situent hors le mandat conféré à l'institution, l'Organisation y voyant au rebours une nécessité interne commandée par la bonne exécution de cette mission même.

«[L]e rituel du vote»¹⁵ en jury, qu'aborde Eschyle dans *Les Euménides*, montre de façon exemplaire le «simultanément dedans *et* dehors»: l'Aréopage comme lieu magique, voire mystique, non rationnel alors, de la transsubstantiation de l'inter-*subjectivité* en *objectivité* (juridique), sorte d'extérieur au tribunal pourtant induit de l'intérieur de l'assemblée judiciaire. On y reconnaît de manière troublante l'ambivalence de la position d'*arbiter* rencontrée, ubiquité donnant épaisseur au temps, moment et espace mystérieux, auxquels la littérature cette fois-ci donne voix.

3. Où peinture et littérature se rejoignent: Les Euménides dans le regard de l'escargot. Quand l'*auctoritas* contient la *potestas* ou de l'apparente opposition entre droit rationnel et droit archaïque

Rendre le paradoxe du «simultanément dedans/dehors» par la plume achoppe sur la linéarité de l'écriture que transcende le pinceau: la peinture, en ajoutant l'espace à la ligne, permet l'ubiquité en la même scène.

L'ambivalence ou, mieux, la dualité se donne à voir comme *une* unité double et non comme un aspect auquel s'additionne intellectuellement un autre aspect. Prenant *forme*, s'*in-formant*, l'ambivalence - Janus ou escargot - cesse de passer pour défaite de la pensée, l'intellect arpentant de nouvelles étendues, celles des origines en particulier.

Les Euménides pourtant parviennent à mettre en scène, dans un espace analogue au *cadre* en peinture, analogue au *templum*, les ubiquités au fondement de la justice, rendant leur lecture si édifiante, en un sens quasi littéral pour cette justice, en un sens épistémologique quasi gnoséologique pour ses juristes.

3.A. Rationnel versus archaïque: une opposition forcée

La trilogie d'Eschyle, qu'achèvent *Les Euménides*, peut assurément se lire comme un récit des origines. La figure de l'auto-fondation ou «simultanément dedans/dehors» devraient s'y rencontrer à profusion.

Le «regard de l'escargot» y est en effet omniprésent. Zeus symboliserait le nouveau droit, rationnel, émanation de quelque logos; pourtant Zeus agit tout de ruse, allant jusqu'à avaler sa propre épouse Métis, précisément, pour établir et s'assurer un ordre nouveau, olympien. Athéna instaure à son tour un nouvel ordre juridique, l'Aréopage, par une ruse – alors qu'elle représente aussi l'aspect rationnel des exigences judiciaires nouvelles, rappelle Ost de manière réitérée -, posant a priori l'acquittement d'Oreste en cas de parité des voies des juges; elle ruse encore avec les Erinyes, en promesses et jusqu'à convaincre par séduction, affaire de rhétorique donc, non de démonstration, laquelle ne ressortit pas à la théorie de l'argumentation relève lucidement Rebol (Rebol 1991, p. 8); l'élaboration des arguments le doit beaucoup à la *mêtis*, soulignent pour leur part Détienne et Vernant, dont relève l'art du rhéteur, cousu de «vrai-semblances». Relevons de surcroît qu'Athéna ramasse dans sa personne même le symbole de l'auto-fondation: elle naît tout armée, entièrement «faite», «fondée».

Présence encore de cette figure paradoxale au terme de la trilogie, dans la refondation d'un ordre juridico-politique, sous l'espèce du «rituel du vote» - co-présence dans

¹⁵ Ost 2004, p. 138 et nos commentaires *infra* § 3.

l'expression même de l'«archaïque» (le rituel) et du «moderne» (le vote¹⁶) - en jury: n'est-il pas qualifié par Ost lui-même d'«autorégulation»¹⁷? Il faut lire avec subtilité le philosophe du droit belge. S'il distingue la pensée mythique de la pensée rationnelle, parlant d'un «passage progressif» du pré-droit vers un droit «moderne», l'auteur n'a de cesse de souligner leur compénétration, comme en témoigne leur dépassement sans éradication dans une *Aufhebung* à laquelle il en appelle¹⁸, la dichotomie de ces positions le devant d'avantage, pensons-nous, au registre pédagogique qu'ontologique, le vocabulaire usité montrant au rebours leur complète imbrication: le «simultanément dedans/dehors» de l'archaïque et du rationnel, de la mêtis et du logos, de l'humain et du divin, ces deux derniers ordres n'étant pas pour les Grecs contradictoires relève fort à propos l'auteur¹⁹. Le rituel du vote exprime en effet une «curieuse alchimie performative [par définition non rationnelle mais rusée]», le performatif présupposant le «déjà-là» d'un contexte qui autorise cet effet performatif, lequel ne se trouve évidemment pas dans les mots utilisés qui ne sont que de pauvres signifiants. Le «déjà-là» est la marque même de l'auto-fondation, le *futur antérieur* de la fondation d'une institution.

Et d'avantage: «par sa [le rituel du vote] grâce [médiation peu rationnelle] en effet, l'addition de plusieurs subjectivités est censée produire quelque chose comme une vérité judiciaire (*res iudicata pro veritate habetur*). S'y lit un pari («est censée»), opératoire, qui va produire des effets notamment dans l'ontologie juridique, mais sans automatisme, sans solution inscrite dans le marbre de la certitude en soi, «seulement» un «quelque chose comme», empli de finitude et de fragilité, au mieux de «vrai-semblance» [*pro veritate habetur*], parce que le monde excède nos capacités intellectives comme morales; attitude habile, prudente, incarnée, rusée: la mêtis encore. La citation s'achève sur les expressions édifiantes de «miracle», de «main invisible», d'«autorégulation démocratique» (Ost 2004, p. 138), autant d'occurrences de la mêtis encore, d'une pensée de l'*entre* et de la figure de l'auto-fondation, culminant dans un pari de la cité sur «sur ses capacités d'auto-transcendance» (Ivi, p. 150).

On voit dès lors clairement à quel point l'interprétation dominante qui assimile Zeus puis Athéna au rationnel, corrélativement les Erinyes à l'irrationnel, à l'archaïque, permettant ensuite la construction de leur opposition, est exagérée. Outre le caractère pour part au moins anachronique de ce dualisme²⁰, il manque la complexité des réalités sociales, dont les subtilités du droit, pour nous perdre dans un idéalisme auquel ne répond aucune pratique, fuite dans les *logoi* particulièrement dommageable dans un domaine relevant de la *praxis* comme la justice. Peu rationnels, pour être plus exact d'une rationalité n'ayant que peu à voir avec nos canons scientifiques, peut-être davantage avec ce que nous appelons «raison pratique», les Grecs, et plus encore leurs dieux, agissent beaucoup plutôt selon la mêtis, ces «formes d'intelligence rusée, d'astuce adaptée et efficace que les Grecs ont mises en œuvre dans de larges secteurs de leur vie sociale et spirituelle, qu'ils ont hautement valorisée dans leur système religieux» (Détienne et Vernant 2009, p. 9).

Nous avons déjà relevé que Zeus s'est assimilé Mêtis en l'avalant et qu'Athéna mêle en sa personne la sagesse comme la prudence – ce qui constitue déjà un complexe

¹⁶ Soit une *décision*, par définition non mécanique, comme le serait la loi du talion, choisie par intersubjectivité.

¹⁷ Ost 2004, p. 138 pour les citations dans le corps du texte.

¹⁸ Ivi, p. 124, *Aufhebung* définie «dépassement qui conserve, [plutôt que liquidation du droit ancien]», manière de novation.

¹⁹ Ivi, p. 140.

²⁰ Que nous n'aborderons pas, point dont l'étude relèverait en effet de l'histoire de la littérature.

hybride – et la force, parfaitement armée qu'elle naît; déjà autorité *et* force de la chose jugée? Raison pour laquelle il nous semble plus judicieux de lire *Les Euménides* selon la *simultanéité* des deux ordres de justice, un «dedans/dehors» de chacun des modes à l'égard de l'autre, que tout oppose mais qui composent, *ensemble*, la justice juste, à l'instar de l'être en ses deux modes, le psychique (l'âme, *psyche*) à savoir l'*anima* qui cause la causalité en acte du corps, corps *animé* en effet, *et* le physique, le corps qui cause la causalité en acte de l'âme en lui permettant d'animer, de mouvoir et d'émouvoir, leur jeu réciproque et concordant²¹ ouvrant l'être à l'harmonie, au rebours de tous les dualismes.

3.B. Rationnel versus archaïque: une opposition ruinée. Ou de la novation de la violence dans la justice par la mêtis

Le recours à la figure de l'auto-fondation devient même nécessaire *dans* les cas de dilemmes: la stricte équivalence des deux branches de l'alternative tétanise le logos, le rendant inopérant. Il faudra beaucoup d'intelligence mais non de logos à proprement parler pour trouver l'issue à une situation si justement dénommée «aporie», de *a-poros*, sans chemin. Ainsi, en cas d'égalité des voies, Oreste sera libéré *ou* condamné, situation indécidable donc hors logos, heureusement anticipée par Athéna, aussi rusée que sage, posant a priori, en la forme d'un *dogme*, qu'Oreste serait alors libéré, sans fournir de *raisons* (logos) d'une telle affirmation, imposée, littéralement *posée dans* le débat, par ruse dirons-nous, par prudence préféreront d'autres. Détiéne et Vernant soulignent au reste que ruse et prudence et même sagesse - vertu qu'Athéna réunissait en sa propre personne – se disaient «mêtis» avant le règne des philosophies essentialistes²², rivées au logos à suivre nos auteurs.

Sans thématiser formellement les apories du logos et la logique à l'œuvre pour les surmonter, à l'instar du pilote de navire trouvant son chemin dans la confusion ou indistinction des flots et des cieus par habileté, expérience, flair, débrouillardise, modèle paradigmatique de la mêtis chez les Grecs, Ost explicite parfaitement le saut qualitatif, le changement de registre de justice que la présidente de l'Aréopage doit réaliser pour stabiliser la cité: «À nouveau, il lui faudra inventer «autre chose», sortir de l'impasse en accédant à un «méta-niveau», rompre une fois encore [...] avec la logique mortifère de la vengeance.»²³ Ce «méta-niveau» s'avère fort singulier: une dispute théologique (Ost, *op. cit.*, pp. 142 ss) entre Olympiens et Chthoniens, plutôt un conflit entre divinités, hors compétence humaine évidemment, pourtant tranché par des humains, à l'«occasion» du cas «Oreste», lui drame entre humains, et de son débat entre société matriarcale et société patriarcale.

De quelle noblesse l'Aréopage est-il ainsi revêtu qui n'habille pas même les rois dont la fonction gèneuse consiste en le partage entre le profane et le sacré, les «meilleurs des citoyens d'Athènes» tranchant, eux, au sein même du sacré. Leur titre c'est-à-dire leur fondement à dire ce droit plus que royal, ne peut en tout état de cause participer de quelque logos, la raison bien peu prudente des hommes ne l'emportant en aucun cas sur la sagesse des dieux, fussent-ils fort belliqueux entre eux et irascibles avec les hommes.

²¹ En la causalité de causes réciproques et concordantes réside l'une des figures de pensée les plus originales, les plus subtiles et les plus ignorées d'Aristote, au principe pourtant de toute sa philosophie, foncièrement inductive, pragmatique, figure que nous exerçons pourtant tous quotidiennement, que le vocabulaire du développement personnel et parfois de la médecine ramasse d'un mot: le psychosomatique. Sur cette distinction trop rarement étudiée, voir son grand spécialiste De Muralto (1995, p. 114) en particulier.

²² Détiéne et Vernant 2009, pp. 304 à 306 en particulier.

²³ Ost 2004 p. 122. Le passage, obligé, par la mêtis pour sortir de l'aporie, du dilemme, est expresse dans le vote donnant égalité, parité qui tétaniserait toute décision c'est-à-dire le fait même de *trancher*, n'était «le coup de pouce divin», figure peu rationnelle, qui «a fait pencher dans le sens de la clémence», *ivi*, p. 128.

La mêtis semble plutôt y présider, un «simultanément dedans/dehors» implicite dans l'érection de ce modèle de tribunal : n'est-il pas fondé en vérité par Athéna, fille de Zeus, faisant médiatement triompher l'ordre de son père contre les Chthoniens, juge et partie donc, *dans* le conflit comme déesse olympienne et *bors* le différend puisqu'étant à même d'en «piloter» la solution en «eaux troubles», celles de toute transition, de toutes les confusions, indistinction la plus propre à révéler l'habileté du pilote de navire, parangon grec de la mêtis²⁴ que reprendront aussi bien Platon qu'Aristote.

C'est bien de cette auto-fondation de l'Aréopage, modèle de toute justice humaine, dont nous entretenait Ost au titre de «l'autonomisation du droit de la cité qui ne peut plus se contenter d'une référence traditionnelle à un ordre cosmique, mais doit trouver en lui-même les ressources argumentatives propres à assurer sa légitimation» (Ost 2004, p. 143). Sa légitimation viendra donc du dedans mais, une fois acquise, se présentera comme indisponible, s'imposant comme du dehors, à la manière d'une valeur quasi objective.

Le philosophe belge, à la suite de ce passage, ne manque pas d'insister sur le triomphe *relatif* des Olympiens, en ce que les Filles de la nuit ne sont nullement écartées des prononcés de justice, continuant d'y collaborer. Nous souscrivons pleinement à cette nouvelle lecture en forme d'*Aufhebung*, interprétation dont la cohérence requiert la présupposition de la loi du Talion comme horizon indépassable de la nature humaine, constante anthropologique de la violence mimétique dirions-nous, qu'on ne peut dès lors éradiquer, que l'on se contentera de contenir. On peut alors comprendre pourquoi la nouvelle forme de justice n'élimine pas l'ancienne, ni ne la rend caduque mais l'assume et la dépasse en l'exhaussant à un niveau de justice plus complet, plus «achevé» comme on le dit d'une vertu mieux exercée; sans quoi, la cohabitation des deux types de justice – des *modes* du même juste en réalité – devient inexplicable. C'est justement la mission que se donne Athéna, laquelle y réussit par ruses et séductions, tous moments de mêtis.

Si Ost y voit, de manière originale, l'histoire de la libération de la parole, nous y lisons, l'englobant évidemment, l'histoire de l'humanisation du «vivre ensemble», vers le «bien vivre ensemble» comme semble l'attester le développement de la fabula *L'Orestie* toujours davantage entre humains, civilisation – au sens littéral d'érection de la civilité c'est-à-dire de la citoyenneté (de *cives et civitas*), non plus de l'inter-clanique – culminant avec la plaidoirie des dieux devant un tribunal humain. Instance humaine certes, mais présidée par une déesse, fille du dieu suprême, du *Princeps* (un «simultanément dedans et dehors») et enceinte simultanément *instituée* pour servir de tribunal au différend divin devant lequel déesses et dieux se rendent (à nouveau un «simultanément dedans et dehors»). Jouerait ici l'établissement des institutions, et du droit exemplairement, en dépassement-englobement (*Aufhebung*) de la logique sacrificielle, au principe de toutes les sociétés qui ont su se perpétuer pour un temps tout du moins, ainsi que Girard en a proposé la théorie.

Mittica insiste, fort à propos, sur la *permanence* de la violence dans le nouvel ordre, s'agissant d'une constante anthropologique soutenons-nous, qui «reste cachée derrière des masques... les Erinyes se cachent sous le masque des Euménides et se dirigent vers leur nouvelle demeure [...] sous terre, dans les viscères [donc naturel... comme le désir mimétique] d'Athènes; jusqu'aux fondements de l'Aréopage, où l'on a édifié leur nouveau temple» (Mittica *supra*, p. 16). L'interprétation par la constante anthropologique

²⁴ Granger (1993, p. 26-27) relève au reste qu'une science de la navigation ne se substituera à l'*art* de naviguer, à l'*expérience* réfléchie mais non théorisée - un savoir-faire comme l'exprime si magistralement la langue française – qu'au 18^{ème} siècle.

s'avère d'autant plus importante que les Grecs ne semblent pas avoir cru avec une parfaite sincérité à leurs dieux ; les rites devaient sans doute être accomplis, la dimension éminemment sociale du religieux s'en trouvant de la sorte déjà satisfaite et la crainte d'un châtement, si les dieux existent, quelque peu apaisée.

On conserve, ce faisant, une lourde composante de force, de *potestas*, celle-là même qui préside au Talion sous la forme de la violence, alors que le but social premier de la justice, sa «finalité longue» dit précisément Ricoeur²⁵, requiert que cette *potestas* soit contenue, «domestiquée»²⁶, par l'*auctoritas*, qu'incarne éminemment l'Aréopage composé des meilleurs citoyens d'Athènes, en vue d'une «justice juste» c'est-à-dire présentant de sérieuses chances d'apaisement, justice distributive sur le principe et non pas commutative laquelle, mécanique, répercute sans fin le cycle des maux, la litanie des insatisfactions²⁷.

Notre hypothèse d'une justice commutative à dépasser, sauf domaines propres, parce que porteuse de la perpétuation du désir mimétique, semble confirmée par les commentaires du philosophe du droit sur la pièce de Sophocle *Ajax*: Ulysse sait faire «la part des choses», citant l'auteur grec: «c'était mon ennemi, sans doute [comme tel, justice commutative], mais c'était aussi un héros [...] Son mérite [justice distributive déjà] prévaut largement sur sa haine» (Ost 2004, 147). Il n'est certainement pas innocent que l'avènement d'une forme de justice plus complète, moins mécanique, somme toute plus *juste*, soit mise dans l'esprit et la parole d'Ulysse, le *polymètis*, l'homme aux mille ruses: si la justice distributive ne se laisse enfermer dans aucun automatisme, un œil pour un œil, un mort pour un mort, etc., le critère de la distribution n'en reste pas moins mystérieux, à tout le moins non décidable a priori, jamais «arrêté une fois pour toutes», en aucune manière *mécanique*. Mittica ne souligne-t-elle pas que *L'Orestie* s'achève sans que ne soit dévoilé le ressort de la justice, comme si elle était à recommencer à chaque occurrence nouvelle dans la réitération simultanée du discours fondateur: «Apollon est le dieu qui connaît le mystère de l'ordre des choses: le mystère qui fonde la justice de Zeus, de la juste mesure: un mystère qui ne peut être dévoilé» (Mittica *supra*, p. 13).

Un autre grand récit de novation de la justice, sur un plan davantage morale que strictement juridique ou subtilement processuel, conte le renouvellement profond - mais trop exigeant à son tour - des rapports des hommes à la violence, opérant lui aussi suivant le schème de la présence/absence, du temps épais de l'*entre*, dans l'ambivalence acceptée de la nature humaine, violente *et* dévouée, guerre *et* paix: l'Annonciation. L'Incarnation de Dieu en son Fils - extérieur parce que pas lui mais son Fils, *et* intérieur parce que de son sang, et même identique à lui (selon la Trinité) - innocent et sacrifié, «con-sacré» par son propre sang, un *sacré* catégorie centrale de la pensée occidentale²⁸.

Pour cause: le sacré constitue, en Occident, la figure même de l'ambivalence pro-

²⁵ «la finalité courte de cet acte est de trancher un conflit - c'est-à-dire mettre fin à l'incertitude -, sa finalité longue est de contribuer à la paix sociale, c'est-à-dire finalement à la consolidation de la société comme entreprise de coopération, à la faveur d'épreuves d'acceptabilité qui excèdent l'enceinte du tribunal et mettent en jeu l'auditoire universel si souvent évoqué par Ch. Perelman». Ricoeur (1995, p. 10).

²⁶ Suivant la fine expression de Ost (2004, p. 144), qui ne manque pas d'insister sur la gravité de la violence dans la justice (ivi, pp. 126, 128 et 133 en lien avec l'*auctoritas*), si prégnante que nous en ferons une «constante anthropologique» (*infra*).

²⁷ Il en va ainsi en droit pénal du Talion, la justice commutative trouvant son application la plus pertinente en droit des obligations, dans le domaine des contrats particulièrement. On se gardera de la confondre avec la réciprocité, de structure asymétrique, à l'exemple de l'autorité (*auctoritas*) du maître sur ses disciples, des parents sur leurs enfants.

²⁸ Voire universelle pour qui admet que le désir mimétique et sa violence inexpugnable sont des réalités anthropologiques.

ductrice *et* menaçante, par où viennent ordre *et* désordre. La justice «annoncée» se veut novation de l'ordre sectaire, partisan et partiel existant, dans le dessein de le dépasser en l'englobant dans un ordre souhaité plus complet. Ne restons-nous pas totalement violent, vindicatif *et* totalement incliné vers une juste distribution nécessaire à la stabilité de la cité c'est-à-dire à la nature même de l'homme *zoon politikon*, vivant destiné naturellement à la cité (*polis*), au «bien vivre *ensemble*», en incompatibilité avec la loi du Talion par principe clivante: Erinyes maternelles *ou* paternelles, moteur du chaos dans *L'Orestie*. Le Christ annoncé incarne au rebours la non-scission, l'indivision dans le beau langage juridique, *au sein* de la Trinité mais encore en sa personne même, totalement Homme *et* totalement Dieu, en la forme du mystère évidemment, celui des origines exemplairement.

Ainsi l'Annonciation expose-t-elle le Père toujours déjà présent, de même que l'Esprit Saint et encore le Fils, l'Annoncé pourtant, donc l'absent en bonne logique, déjà là pourtant, en pilier du monde sous forme codifiée de la colonne pilier de l'architecture, de l'édification de l'Homme, axe de symétrie du tableau de surcroît. Parallélisme d'autant plus troublant pour qui emprunte la voie de René Girard soutenant que le Fils est venu pour mettre fin à la violence mimétique et au rituel du bouc-émissaire, obligeant chacun à un retour – réflexivité et non mécanicité comme le met en exergue Eschyle, dans la bouche d'Athéna en particulier – sur lui-même, en sa subjectivité, pour y combattre sa part *inhérente* de violence: «Celui qui n'est pas envié n'est point enviable» déclare Clytemnestre²⁹, ravivant le cercle infernal du désir mimétique... de vengeance, loi anthropologique en effet, loi du Talion.

Il y faudra toute la mêtis d'Athéna, séduction et promesses, pour y «mettre fin», en vérité pour l'intégrer à la Justice en l'apprivoisant. Elles n'y suffisent qu'à peine, tant est puissant le naturel. Un serment viendra alors lier les protagonistes judiciaires, dans une veine pragmatique à laquelle ce type d'engagement ne nous fait pas penser – à tort – et que nos idéalismes juridiques contemporains ignorent en affirmant la paix par le droit, qu'Alain retourne complètement: «Ainsi ce n'est pas la paix qui est par le droit; car, par le droit, à cause des apparences du droit, et encore illuminées par les passions, c'est la guerre qui sera, la guerre sainte; et toute guerre est sainte. Au contraire, c'est le droit qui sera par la paix, attendu que l'ordre du droit suppose une déclaration préalable de paix, avant l'arbitrage, pendant l'arbitrage, et après l'arbitrage, et que l'on soit content ou non» (Alain, 1906-1936, p. 434). La figure du serment suppose un troisième «protagoniste» - comme la colonne toujours déjà là, entre Marie et Gabriel, pilier du monde qui est en train d'advenir, nouvel ordre annoncé – appelé à médier les engagements, les rendant obligatoires. Eu égard à l'état du panthéon grec dans la tragédie, ce ne peut être que Zeus, dans cette position paradoxale de «juge *et* partie» typique des mythes fondateurs. Et si Agamben met en doute la structure triadique du serment, il n'y voit pas moins une asymétrie, laquelle pointe vers une justice de type distributif. Rendre par deux termes la triangulation nécessaire au désintéressement, présumé par toute justice authentique, se reporte en inégalité des positions, celles des parties à l'engagement dans cette nouvelle proposition de lecture du serment.

Le serment y requiert moins le témoignage de quelque divinité dont la puissance menaçante garantit le respect de l'engagement – comme les Erinyes qui conservent place dans la justice renouvelée - que la *fides*, la foi au sens de crédibilité, «garantie donnée» et «confiance inspirée»: «[...] une certaine réciprocité: mettre sa *fides* en quelqu'un procurait en retour sa garantie et son appui. Mais cela même souligne l'inégalité des conditions. C'est donc une autorité qui s'exerce en même temps qu'une protection sur celui

²⁹ Suivant la version citée, fort à propos, par Mittica *supra*, p. 7.

qui s’y soumet [...]»³⁰. Sentiment endogène, entre les personnes en *relation*, la confiance gagne, par auto-transcendance, une position exogène, «indisponible» en quelque sorte, instaurant ordre, cité, sur le modèle de la Loi *pacta sunt servanda*, dont les Modernes feront du droit naturel, à l’instar de Grotius: «droit» donc choix, «naturel» donc nécessité, à prendre simultanément, avec beaucoup d’habileté... de ruse.

Or, la *fides* dont Agamben fait le fondement du serment s’entend ultimement de la correspondance entre le langage et les actions³¹, dont le *logos* de Dieu est éminemment exemplaire³², cas unique d’une authentique puissance performative du langage; Zeus n’est-il pas «maître de la parole»? (Ost 2004, p. 125). Le serment apparaît alors tissé de transcendance et de mimétisme. Dans cette veine, l’assurance de la correspondance entre paroles et actes épouse la forme, paradoxale, d’un point fixe endogène reçu exogène, véritable *marque du sacré* dans une conception de grande fécondité heuristique et gnoséologique développée par J.-P. Dupuy dans l’ouvrage éponyme. Agamben souligne de surcroît que le *sacer* ne s’inscrit pas dans la conception unilinéaire et rationalisante typiquement *moderne*, portée par l’idéologie du progrès, d’une chronologie pré-droit *donc* religieux *puis* droit.

Un tel développement mélioratif est non seulement démenti par *Les Euménides* - la violence mimétique, cause anthropologique du sacrifice et du sacré dans les travaux de Girard, continue d’opérer «sous»³³ la justice renouvelée, violence quelque peu apprivoisée certes - mais encore par l’histoire du droit, dans le droit romain archaïque notamment³⁴.

3.C. Justice distributive et commutative: le droit simultanément auctoritas et potestas

Tous ces attracteurs de la justice - le mystère à son principe, la violence à la domestication à reprendre sans cesse, la dualité de la nature humaine, son ambivalence pour être exact – devraient convaincre qu’elle n’est que peu théorique, ressortissant guère à la contemplation (*theoria*), peu «logique» en ce sens, mais bien plutôt affaire de situation, de contexte, de cas par cas, de complexité, en tout état de cause d’aucun a priori. Même Aristote, philosophe pragmatique s’il en est, qui élève la prudence au rang de vertu dianoétique, vertu comprenant intrinsèquement une délibération soit une réflexion, ne livre pas «le» ressort théorique de la répartition. Aristote sait qu’il y faut de l’habileté, du savoir-faire, de la prudence, de l’expérience générale de la vie (encore une notion vivace en droit positif), une vertu incarnée, «embedded» – comme sa définition de la prudence *à partir* du prudent, l’attitude morale incarnée non la pensée abstraite de la chose –, une forme d’intelligence induite de la pratique, rivée à elle, pénétrée d’elle, destinée à y replonger en tant que son lieu naturel d’exercice: les «ruses de l’intelligence».

La violence continue d’irriguer la justice, laquelle la contient en ses débordements, la muant ainsi en force positive, telle «la *force* de chose jugée» tout à la fois, dans un temps épais, celui de la justice accomplie, en Cour suprême, «autorité de la chose jugée», violence canalisée parce que domestiquée c’est-à-dire mise au service de l’apaisement de la cité, finalisée au bien commun et non aux rapports inter-claniques seulement. Aussi s’avère-t-il superficiel de dénoncer le coup de force, au sens de violence, qui serait au

³⁰ Agamben (2009, p. 43), citant un article de Benveniste.

³¹ Ivi, pp. 38-39.

³² Ivi, pp. 36-37 et 39.

³³ Comme son *tréfonds* anthropologique, bien mis en exergue dans *Les Euménides*: elles demeurent sous terre, sous l’Aréopage de surcroît, elles, déesses terriennes.

³⁴ Agamben 2009, mais encore des juristes, romanistes, à l’exemple de Schiavone 2008 (2005).

principe du droit et précipiterait toute justice dans le service du plus fort, justice de classe – bourgeoise – si ce n'est de caste – des juristes évidemment. Pareille lecture sans relief du droit, suivant l'a priori d'une homogénéité du collectif reçu simple résultante de l'affrontement des forces sociales, reproduit ce qu'elle entend dénoncer en enfonçant toute relation humaine dans la seule logique du désir mimétique, manquant précisément l'exceptionnalité du droit: le terme espéré, la suspension gagnée, quoi que provisoire et chancelante toujours, de la *violence* mimétique par le monopole de la *force* remis en main de l'institution, celle-ci fût-elle loin d'être parfaite.

Interprétation très politique, qui recèle assurément beaucoup de pertinence en son ordre propre, mais qui n'explique aucunement les spécificités du droit, par exemple d'être à soi-même son propre métalangage, d'être social et méta-social simultanément ou encore de réaliser la saturation ontologique des réalités dont il a la charge c'est-à-dire la maîtrise des liens entre les «existants» (*pragmata*) de par leur exhaussement dans une ontologie propre au droit, érigée et maintenue par le ministère de points fixes endogènes et exogènes à la fois, internes mais vécus comme externes: (premier) Constituant, *Grundnorm*, coutume, Cour suprême en particulier dans la compétence de sa compétence, etc. Si le droit est *cognitivement* ouvert, il n'en est pas moins *normativement* clos, «saturé» et par là ordonné, stabilisé.

Toute institution requiert en effet quelques points fixes endogènes, au sens de internes et libres c'est-à-dire ouverts au choix, devant être rendus exogènes, externes et désormais indisponibles, pour lui garantir stabilité et cohérence en organisant la saturation ontologique des réalités dont elle a la charge. Ces réalités deviennent *alors* «ses» réalités, sur le modèle de la *cause* plaidée qui devient *chose* une fois assumée en droit, une fois tranchée par le tribunal en pratique, continuité de la cause et de la chose, ainsi le dit leur étymologie commune, mais surtout le révèle le droit valant novation de la première en la seconde, la modifiant ce faisant tout en lui conservant maintes *propriétés*; du «même» et de l'«autre» simultanément.

Platon déjà fut parfaitement conscient de la nécessité de cet exhaussement, invitant à mettre hors discussion, soit hors *logos*, équivalamment ici hors raison, les *principes* (par définition premiers) politiques, les revêtant de l'indisponibilité portée par le mythe qui, tel un dogme, ne se prête ni ne s'offre à la discussion (*logos*). Le dessein positif de cette «manœuvre» ou *trick* (tour de passe-passe) ne renverrait-il pas, peu ou prou, au «sacré bienveillant» de Ricoeur mobilisé fort à propos par Ost? (Ost 2004, p. 135).

Cette saturation du réel juridique, du droit en tant qu'«ontologie délibérée» ou ordre choisi, requiert que l'on ne revienne pas sur les principes considérés cardinaux de l'ordre juridique, un «simultanément dedans/dehors», ordre qui une fois joué – à savoir les principes choisis³⁵, délibérément ou traditionnellement – se veut *alors* indisponible, figure courante en droit et même magnifiée dans le jus cogens du droit international par exemple.

Pareille *position*, littéralement le fait de *poser*, décider en rendant *désormais* indisponible la branche de l'alternative retenue, reflète la structure même du *dogme*, un point fixe endogène vécu exogène, manière de faire ou habileté (encore la *mètis*) fort pratiquée dans *les Euménides*, de la libération d'Oreste en cas d'égalité des voix *posée* par Athéna à l'acceptation par les Erinyes de leur nouveau statut dans le tout récent panthéon grec, comme dans le droit contemporain, sous les espèces rappelées de l'auto-transcendance du Constituant de la première constitution, du dogme de la *Grundnorm* de Kelsen, reçue

³⁵ Les démocraties occidentales par exemple ont choisis l'égalité femme-homme (assez récemment il est vrai), l'interdiction de l'esclavage ou de la torture, le procès équitable pour chacun, quelques soient ses actes, etc.

comme juridique, à la «compétence de la compétence» de l'organe judiciaire arrêtée par lui-même et non par ceux qui l'ont élevée sur les fonds baptismaux.

C'est dire une nouvelle fois, par une autre voie, que l'opposition nodale en œuvre dans *Les Euménides* ne réside pas dans le couple rationnel *versus* irrationnel, la mêtis est aucunement irrationnelle mais le produit de l'intelligence, certes pas de la déduction ou de la démonstration, la philosophie pratique – dont le droit évidemment – ne connaissant pas de rapports *nécessaires*. De même avons-nous vu, le mythe n'est pas négation de la rationalité mais son expression même eu égard à la finitude des dons humains, singulièrement limités dans l'appréhension des origines des phénomènes. Aussi nous garderons-nous, dans les pas d'Agamben, de parler de pré-droit: la structure d'un droit reflète celle de la cité dans laquelle il opère et qu'il assume ce faisant, *ubi societas ibi ius*.

Les Euménides ne campent donc pas tant l'opposition d'Athéna, Zeus et le droit moderne (nouveau) rationnel d'un côté, les Erinyes et le pré-droit ou ancien droit, sous-entendu non-rationnel, de l'autre. Les historiens du droit ont relevé depuis longtemps que la Loi du Talion, autant qu'on peut la connaître ou la reconstruire, est encadrée par des règles, coutumières notamment, jusqu'à des tarifications pour certaines infractions, montrant en cela mesure en acte, rationalité à l'œuvre, distribution réfléchie, non réponse mécanique ou abandon total aux passions désordonnées. Ost rappelle au reste qu'un *système* vindicatoire n'est pas comme tel promoteur de violence en miroir, matrice de vengeance mimétique (Ost 2004, pp. 129-130). D'ailleurs les deux régimes perdurent, l'ancien dans le nouveau, soulignent les commentateurs de *L'Orestie*.

Nous soutenons pour notre part que le maintien du Talion, certes domestiqué, s'explique par sa nature anthropologique telle que vécue par toute partie à un procès. Ost ne manque d'ailleurs pas de souligner qu'Apollon, partie puisqu'instigateur du geste d'Oreste, est «[p]eu disposé lui aussi [les Erinyes, l'autre partie, ne l'étant pas] à rentrer dans le jeu dialogique de la procédure et à se soumettre à la loi de «l'argument le meilleur» (Ost 2004, p. 120). C'est pour dépasser ce (trop) dedans qu'Athéna ruse, y cherchant un dehors, non qui le nie, idéalisme d'une configuration parfaite peu prudente eu égard à une *donnée* de la complexion humaine, mais qui le contient, au double sens du mot, rappelé par Dupuy à propos du sacré à l'égard de la violence: elle en fait partie, y est contenue et simultanément y est confinée, tenue dans certaines limites, elle y est canalisée.

L'opposition véritable semble davantage être celle entre droit pure *potestas*, affaire de force, de «mécanique», système déterministe en cela – qui n'est autre que le schéma³⁶ commutatif – et droit *auctoritas*, mesuré, délibéré, les citoyens les meilleurs constituant l'Aréopage. Athéna ne symbolise-t-elle la sagesse et la prudence, que signifie tout à la fois mêtis aux temps anciens? L'autorité sans *potestas*, l'autorité authentique, sujétion sans soumission, renvoie à un schéma distributif, reconnaissance d'une inégalité de talents et de compétences, d'une distribution non-homogène, non égalitaire (égalitariste) des qualités et des dons. Gadamer affirme à l'encontre d'un certain égalitarisme des Lumières, de leurs sectateurs pour le moins, que pareille reconnaissance constitue un acte de l'intelligence, l'expression de sa rationalité, rien moins que sa défaite en conséquence: le simple aveu de sa finitude, de sa non-toute puissance, soit la reconnaissance «que l'autre est supérieur en jugement et en perspicacité, qu'ainsi son jugement l'emporte, qu'il a prééminence sur le nôtre [...] acte de la raison même qui, consciente de ses limites, ac-

³⁶ A entendre en un sens éthique ou pragmatique comme l'indique *ethos*, un *skhèma*, qui «n'est pas l'image comme simple représentation, comme «vision du monde»; le mot désigne l'image qui permet une pratique, celle qui permet de «s'y prendre» dans la mesure où elle donne de la «tenue» (*ekhein*) au monde». Bague (1999, p. 84).

corde à d'autres une plus grande perspicacité» (Gadamer 1996, p. 300). Je *reconnais*, en *raison*, qu'il y a *meilleur* que moi dans tel domaine et je me remets à son savoir *supérieur* qui lui confère un pouvoir, une charge et tout autant des devoirs que, par hypothèse, je ne partage pas à égalité (arithmétique) avec lui: le maître vis-à-vis de ses disciples, les parents à l'égard de leurs enfants.

L'existence d'une distribution suppose, en philosophie pratique, de l'autorité dans son acception gadamérienne. L'*auctoritas* résultant des seuls rapports de forces s'avère intrinsèquement instable, sombrant bientôt dans la logique mimétique et sa montée aux extrêmes dans la violence: Clytemnestre affirme que seule une *force, supérieure* évidemment, lui fera garder «mesure». A l'«ordre *de*», le commandement, il faut préférer pour raison de paix sociale l'«ordre *à*», l'ordonnement à quelque fin ou bien commun, l'harmonisation, les deux allant, en pratique, toujours peu ou prou de concert, de *pair* dit le français fort pertinemment.

Les deux *schémas* de pensée se traduisent par deux types d'égalité, par contraste avec l'égalitarisme, mortifère, du Talion, ne considérant aucune qualité ou donnée personnelle: égalité arithmétique et égalité géométrique ou de proportionnalité $A/a = B/b$ ou encore égalité de rapports, rapport de rapports reflétant la structure gèneine de l'analogie. En procèdent les deux schèmes classiques de la justice, abordés par Platon déjà, théorisés par Aristote: justice *commutative* et justice *distributive*, toutes deux disant l'*ison*, l'égal, la mesure, sur des *modes* (aspects d'une même réalité) différents.

Considérer le mode commutatif comme le seul juste, loi du Talion et autres plats égalitarismes, constitue non seulement un appauvrissement de la pensée mais fait peser de lourdes menaces sur la stabilité de la cité. Ne serait-ce pas de ce manque de mesure, de pondérations, de pénétration des situations *en tant que singulières* dont nous entretient Eschyle?

Les Euménides auront bien pour résultat d'établir la primauté de la justice distributive sur celle commutative, sans nier cette dernière, qui apparaît dès lors comme un cas singulier de la première, différente d'une certaine manière, comme l'égalité arithmétique de l'égalité géométrique, semblable pourtant, disant elle aussi l'*ison*, l'égal, en réduisant le «rapport de rapports» à un rapport simple: la stricte égalité.

En d'autres termes, un droit pure *auctoritas* serait illusoire, optimiste à l'excès. Il présupposerait que tout citoyen est doué de suffisamment de raison pratique pour accepter la loi (par hypothèse élaborée par plus sages). Les réalités sociales infirment pareil irénisme; certains citoyens doivent être contraints. Un droit pragmatique doit en conséquence comporter une part de force, d'esprit de Talion, de sanction «coup pour coup», un prix de la peine pour assurer l'équilibre, le rétablir le cas échéant. Inversement, un droit pure *potestas* n'exprime aucune justice, manque le «juste milieu», si opportunément rappelé par Ost comme l'une des dimensions manquant au Talion, aveugle mécanique ne considérant pas la personne de l'auteur, moins encore ses intentions, sa faute, donc ses vertus.

Le droit apparaît mélange de *potestas* et d'*auctoritas*, raison pour laquelle les deux régimes cohabitent. En réalité, d'ailleurs, ce dualisme est tout pédagogique, la justice distributive ayant de tout temps habité le Talion, jamais exercé à l'état pur. A nouveau Ost, de grande pénétration d'esprit, distingue *système* vindicatoire de vengeance nue: la vengeance *est* de la logique du droit mais domestiquée, exhaussée, pour briser son automatisme, son automédication: «soigner le mal par le mal, chercher le remède dans la cause même du mal; automédication plutôt que recours au tiers» (Ost 2004, p. 110). Automédication soit que du *même*, reflet de la violence mimétique qui ne permet aucune distance, aucune mise à distance, contrairement au tiers par définition toujours un peu extérieur... mais jamais complètement: il doit être intéressé au sens gèneine de «*inter-esse*»,

un «simultanément dedans et dehors» que porte justement la notion d'*arbitrer*.

Erinyes vengeresses d'une main, Euménides bienveillantes de l'autre, glaive dans l'une, balance dans l'autre, le droit d'aujourd'hui dit encore expressément la nature duale de la justice, tout à la fois *potestas et auctoritas*: la décision d'une Cour suprême, le juste accompli, revêt et *force* de chose jugée et *autorité* de la chose jugée: «il [le procès] mobilise toutes les ressources du rite pour raviver l'autorité nécessaire pour tenir la violence à distance, cette autorité qui est l'énergie toujours disponible de l'acte de fondation que le rite a précisément pour fonction de rappeler et dont Eschyle fait le récit» (Ost 2004, p. 133).

Bibliographie

- Agamben, Giorgio. 2009. *Le sacrement du langage. Archéologie du serment*. Paris: Vrin.
- Alain. 1906-1936. *Le droit de la paix*. Propos, tome 1, Pléiade. Paris: Gallimard.
- Arasse, Daniel. 2004. *Histoires de peintures*. Paris: Denoël.
- Aristote, *La Métaphysique*, Γ, 2, traduction de J. Tricot. Paris: Vrin. 1991 et 1986.
- , *Poétique*, 48b, 6-7 (en exergue du Livre I de R. Girard. 1978. *Des choses cachées depuis la fondation du monde*. Paris: Grasset).
- Batiffol, Henri. 1979. *Problèmes de base de philosophie du droit*. Paris: LGDJ.
- Benveniste, Émile. 1969. *Vocabulaire des institutions indo-européennes*. Tome II. Paris: Editions de Minuit.
- Brague, Rémi. 1999. *La sagesse du monde*. Paris: Fayard.
- Calame, Claude. 1998. 'Introduction: du mythe au *muthos*'. In: D. Bouvier, C. Calame & Parsa (eds.). *Philosophes et historiens anciens face aux mythes*. Lausanne/Paris (Etudes de Lettres/Belles Lettres).
- De Muralt, André. 1995. *Néoplatonisme et aristotélisme dans la métaphysique médiévale*. Paris: Vrin.
- Detienne, Marcel et Vernant, Jean-Pierre. 2009 (1974). *Les ruses de l'intelligence. La mètis des Grecs*. Paris: Flammarion.
- Dupuy, Jean-Pierre. 2008. *La marque du sacré*. Paris: Carnets Nord.
- Gadamer, Hans-Georg. 1996. *Vérité et Méthode*. Paris: Seuil.
- Granger, G. Gaston. 1993. *La science et le sciences*. Paris: PUF.
- Girard, René. 1978. *Des choses cachées depuis la fondation du monde*. Paris: Grasset.
- Hofstadter, Douglas et Sander, Emmanuel. 2013. *L'analogie. Cœur de la pensée*. Paris: O. Jacob.
- Laurenza, Domenico. 2002. *Léonard de Vinci. Artiste et scientifique*. Paris: Belin.
- Latour, Bruno. 2002. *La fabrique du droit*. Paris: La Découverte.
- Mattéi, Jean-François. 1996. *Platon et le miroir du mythe*. Paris: PUF.
- Mittica, M. Paola. 2016. *Droit et littérature. Une histoire et un exemple. L'Orestie d'Eschyle*. ISLL: vol. 9.
- Ost, François. 2004. *Raconter la loi*. Paris: Odile Jacob.
- Papaux, Alain. 2015. *Dictionnaire de la pensée écologique*. Paris: PUF. 536 ss.

Alain Papaux, *Quand la peinture cosa mentale donne à «voir» les fondements du droit*

----. 2013.70. 'Aux sources du droit: l'autorité et la ruse'. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. 207-224.

Reboul, Olivier. 1991. *Introduction à la rhétorique*. Paris: PUF.

Ricoeur, Paul. 1995. *Le Juste*. Paris: Editions Espit.

Rigaux, François. 1997. *La loi des juges*. Paris: Odile Jacob.

Rouland, Norbert. 1988. *Anthropologie juridique*. Paris: PUF.

Schiavone, Aldo. 2008. *IUS. L'invention du droit en Occident*. Paris: Belin.

Supiot, Alain. 2005. *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*. Paris: Seuil.

Valéry, Paul. 1957. 'Introduction à la méthode de Léonard de Vinci'. In *Théorie poétique et esthétique*, in *Œuvres*, Vol. I, Gallimard, nrf. Paris: *La Pléiade*, 1166