

La transdiction à l'œuvre

Étude de cas

Transdiction at Work. A Case Study

Gérard Timsit



Édition électronique

URL : <http://enquete.revues.org/1581>

DOI : 10.4000/enquete.1581

ISSN : 1953-809X

Éditeur :

Cercom, Éditions Parenthèses

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 1999

Référence électronique

Gérard Timsit, « La transdiction à l'œuvre », *Enquête* [En ligne], 7 | 1999, mis en ligne le 17 juillet 2013, consulté le 02 octobre 2016. URL : <http://enquete.revues.org/1581> ; DOI : 10.4000/enquete.1581

La transdiction à l'œuvre

Étude de cas

Transdiction at Work. A Case Study

Gérard Timsit

Soyez irréaliste : ne demandez pas l'impossible
(vieux slogan rénové à l'intention de jeunes juristes).

Prologue

- 1 Il y a deux formes de réalisme en droit : le réalisme naïf des positivistes qui, croyant pouvoir séparer les faits du droit, veulent traiter les lois comme des faits et s'en tenir à l'objectivité du droit posé – du *jus positum* –, comme si ces faits résumaient à eux seuls toute la réalité du droit. Et le réalisme sceptique de ceux qui se proclament eux-mêmes réalistes – aux États-Unis, par exemple – parce qu'ils croient pouvoir ramener le droit à la description, qu'ils disent conforme à la réalité, d'une démarche et d'un raisonnement où les sentiments subjectifs du juge tiendraient, selon eux, la part essentielle dans la détermination de la signification et de la portée de la loi, et finiraient par s'identifier à elle.
- 2 Ces deux réalismes ne me paraissent correspondre ni l'un ni l'autre aux pratiques juridiques empiriques – sinon de façon marginale – et ne sauraient rendre compte de la manière dont on raisonne sur la loi, ni dont se construisent les objets du droit. J'ai, pour tenter de contribuer à l'analyse en ce domaine, proposé la notion de *transdiction*¹. Je voudrais, ici, la montrer à l'œuvre.

1

- 3 J'appelle transdiction le mouvement par lequel se dit le droit à partir et dans les limites de la loi écrite. Cette définition, en première approximation, de la transdiction, fondée

sur une double distinction – de la parole et de l'écriture : la *dite* du droit ; l'*écriture* de la loi – et de la contrainte et de la liberté – les *limites* de la loi ; à *partir de* la loi... – nécessite quelques explications préliminaires. Il me semble en effet qu'une part importante des difficultés de la doctrine à rendre compte de l'exacte réalité empirique tient à ce qu'un caractère essentiel de la loi est habituellement trop ignoré : la loi est écriture, écriture et généralité. Les juristes disent de la loi qu'elle est générale et impersonnelle. Ils n'ont sans doute pas tort. Ce faisant, ils ignorent trop, cependant, que l'impersonnalité de la loi, condition de son application à tous, implique son indifférenciation, son indifférence même – une indifférence majestueusement wébérienne – à l'égard des situations individuelles qu'elle vise. D'où l'inadaptation de la loi – son inadéquation fondamentale, du fait de sa nature même – aux situations qu'elle doit régir. Comment en effet pourrait-il en être autrement ?

- 4 La loi est un instrument de traitement de la réalité². Elle n'en est pas la représentation. Elle ne peut donc, pour permettre le traitement de la réalité par l'administrateur ou le juge qui seront ultérieurement confrontés aux situations concrètes – innombrables, insaisissables dans leur diversité et leur singularité – en lesquelles se décompose la réalité, qu'en énoncer ceux des éléments, en nombre limité, qui les caractérisent au regard des objectifs poursuivis par le Souverain. Jamais le Législateur ne peut décrire complètement dans le texte de la loi qu'il rédige tous les éléments constitutifs de la réalité qu'il vise. Il peut, au mieux, en « prélever » certains des éléments, ceux seuls sur lesquels porte l'action publique, qui seuls seront soumis au traitement prévu par le Législateur. La loi, instrument de traitement de la réalité, ne peut donc en donner qu'une représentation partielle et limitée. Paul Ricoeur³ parle d'une fonction de représentance – et non de représentation – du récit. Je reprendrai cette notion et parlerais volontiers de la loi comme d'une quasi-réalité⁴. Elle n'en est, très évidemment, ni l'exacte reproduction – elle ne peut qu'en « abstraire » quelques éléments pour en fixer une image grossièrement schématisée –, ni sans rapport avec la réalité puisque, au contraire, elle est destinée, en en dressant cette image éloignée – une sorte de maquette –, à en permettre le traitement par le Souverain. La généralité, l'impersonnalité de la loi sont ainsi les moyens de construire une *quasi-réalité* : les moyens d'abstraire de la réalité concrète ceux des éléments qui la composent aux seules fins et dans les seules conditions du traitement voulu par le Législateur. Or si la loi est générale et impersonnelle, c'est parce qu'elle est écrite. La loi n'est généralité que parce qu'elle est écriture⁵. Elle n'a pu devenir expression de la Volonté générale que parce que – écriture, texte, inscription... – elle utilise ce caractère de l'écriture d'être détachée de son auteur – indifférente tant à son origine précise qu'aux destinataires particuliers auxquels elle était primitivement adressée. Générale et impersonnelle, elle ne reçoit alors de signification – une signification nécessairement singulière – que dans le mouvement qui l'accomplit et l'achève, visant à travers le jugement par lequel est « appliquée » la loi, à en dire – *transdiction* – la signification qu'elle doit revêtir dans ce cas. Mouvement d'« effectuation », de contextualisation, de la loi générale et abstraite, autorisant ainsi la réalisation, singulière et conforme à la généralité, des possibilités sémantiques du texte. Comme le remarque Paul Ricoeur, c'est par la lecture que s'opère « l'effectuation, la venue à l'acte des possibilités sémantiques du texte [...] Ce caractère d'effectuation, propre à l'interprétation, révèle un aspect décisif de la lecture, à savoir qu'elle achève le discours du texte dans une dimension semblable à celle de la parole. Ce qui est ici retenu de la notion de parole, ce n'est pas qu'elle soit proférée ; c'est qu'elle soit un événement, un

événement du discours, une instance de discours, comme dit Benveniste. Les phrases du discours signifient *hic et nunc*. Alors, le texte actualisé trouve une ambiance et une audience : il reprend son mouvement intercepté et suspendu de référence vers un monde et des sujets. Ce monde, c'est celui du lecteur ; ce sujet, c'est le lecteur lui-même. Dans l'interprétation, dirons-nous, la lecture devient comme une parole. Je ne dis pas : devient parole. Car la lecture n'équivaut jamais à un échange de paroles, à un dialogue ; mais la lecture s'achève concrètement dans un acte qui est au texte ce que la parole est à la langue, à savoir événement et instance de discours⁶. »

- 5 Il résulte d'une telle analyse que le juge, lecteur de la loi, dispose – dans sa « dite » du droit – de la même liberté et qu'il est soumis aux mêmes contraintes qui affectent l'interprétation considérée dans la dimension que lui confère la parole rapportée à l'écriture. La parole achève le discours du texte et l'actualise – elle le contextualise. Le juge, en effet, bien au-delà de l'opération d'individualisation de la loi générale à laquelle on réduit trop souvent sa mission, assure une double fonction de spécification et de certification de l'application de la loi, en quoi se décompose l'opération de transdiction.

2

- 6 Jose-Maria Bereciartua-Echarri⁷, militant basque de nationalité espagnole, a fait l'objet, le 30 janvier 1987, de la part du gouvernement français, d'un décret accordant son extradition au gouvernement espagnol. À la date où a été pris le décret, M. B.-E. bénéficie en France de la qualité de réfugié, qui lui a été régulièrement accordée et ne lui est pas contestée par l'Office français pour la Protection des Réfugiés et Apatrides (OFPRA). M. B.-E. invoque l'irrégularité de son décret d'extradition et en demande l'annulation au juge français.
- 7 Le juge, se référant à l'article 1^{er} de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut de réfugié⁸ – alors qu'il ignore complètement, dans le même temps, l'article 33-1 de cette même Convention⁹ qui vise une situation précise apparemment proche, sinon exactement semblable à celle que concerne l'arrêt – décide que les principes généraux du droit applicables aux réfugiés font obstacle à ce qu'un réfugié soit remis, de quelque manière que ce soit, par l'État qui lui reconnaît cette qualité aux autorités de son pays d'origine¹⁰. M. B.-E. obtient donc l'annulation du décret d'extradition dont il avait fait l'objet.
- 8 Le raisonnement par lequel le juge, à partir de la définition générale du réfugié de l'article 1^{er} de la Convention de 1951, conclut spécifiquement à l'interdiction de l'extradition de M. B.-E. vers l'Espagne me paraît caractéristique de ce mode particulier de construction des objets juridiques que je dénomme transdiction, décomposé en ses deux fonctions de *spécification* et de *certification*.
- 9 De *spécification* de la loi, d'abord. On parle habituellement, en droit positif, de qualification des faits¹¹ : le juge, ayant à appliquer la loi, s'interroge sur le point de savoir si les faits auxquels il est confronté sont de nature à justifier son application à l'espèce. Et, distinguant selon que la loi est précise ou imprécise, selon qu'elle énonce ou non les conditions posées à son application, l'on conclut, selon les cas, à un pouvoir discrétionnaire ou lié du juge dans l'application de la loi.
- 10 Conclure en ces termes, c'est ignorer à la fois la fonction de la loi comme instrument de traitement de la réalité, et la réalité de l'opération de qualification des faits. Compte tenu

de l'abstraction de la loi – du caractère sélectif et limité de la représentation de la réalité à laquelle elle procède en vue d'en permettre le traitement par la puissance publique –, l'opération de spécification a pour objet de vérifier ce qui, dans la réalité singulière à laquelle est confronté le juge, permet de reconnaître l'une de ces réalités visées de manière générale par le législateur comme devant donner lieu à l'application de la loi. La spécification s'analyse ainsi en une recherche, par le juge, dans l'individuel de ce qu'il y a de général en lui – de ce qui fait de l'individuel et du concret rencontrés par le juge partie intégrante de la généralité couverte et visée par le législateur. Souvent, l'opération de spécification se suffit à elle-même – du moins, apparemment – et le processus de qualification des faits semble s'y limiter. Le mode de spécification, dans ce cas, consiste alors à rechercher dans la loi quelles conditions elle pose à son application. Ces conditions – dites « pertinentes » – sont destinées à schématiser une réalité infiniment trop riche et complexe pour donner lieu à représentation/reproduction par la loi.

- 11 Ainsi, dans l'affaire B.-E., aurait-on pu imaginer que fût invoqué l'article 33-1 de la Convention de Genève qui proposait – pouvait-on penser – une « image » schématisée de la situation réelle dans laquelle se trouvait M. B.-E. : 1) un réfugié, 2) faisant l'objet d'une mesure d'expulsion ou de refoulement de quelque manière que ce soit, 3) à destination d'un pays où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de ses opinions politiques. *A priori*, le cas de M. B.-E. semblait correspondre aux trois conditions ainsi posées par la loi. Il eût alors suffi au juge, constatant que ces trois conditions étaient remplies, d'appliquer la loi. En l'espèce, il constate au contraire que, de ces trois conditions, la seconde n'est pas satisfaite. Il se heurte en effet à une interprétation littérale de l'article 33-1 qui a déjà été proposée dans le passé à l'occasion d'une affaire antérieure où était en cause Klaus Croissant, l'un des avocats de la Fraction Armée Rouge, et dont on pourra trouver l'exposé détaillé dans les conclusions Vigouroux déjà citées. On y avait alors invoqué un avis de la Commission des recours des réfugiés instituée par une loi de 1952 d'où il résultait qu'une mesure d'extradition n'était en rien assimilable à l'expulsion ou au refoulement. De surcroît, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation elle-même avait affirmé que « l'article 33 de la Convention de Genève [...] concerne seulement l'expulsion et le refoulement, mesures administratives juridiquement différentes de l'extradition ». Il n'était donc pas possible d'invoquer l'article 33-1 en l'espèce. Ou, du moins, l'application de l'article 33-1 conduisait le juge à considérer que, puisque ne se trouvaient prohibées par cet article que les mesures d'expulsion ou de refoulement, l'extradition était légale. Le mode conditionnel de spécification fonctionnant de manière binaire – les conditions posées à l'application de la loi sont-elles remplies : oui / non ? – avait ce résultat assez brutal qu'il justifiait la remise de M. B.-E. au gouvernement espagnol.
- 12 En vérité, une telle analyse – analyse littérale empêchant de voir dans l'extradition « une expulsion ou un refoulement, de quelque manière que ce soit » – était imposée au juge par le fait qu'il s'agissait de conditions fixées par une Convention internationale. Ces conventions étaient considérées alors comme d'application stricte, l'idée sous-jacente – la référence, dirais-je volontiers – commandant à une telle interprétation étant que la souveraineté des États parties aux conventions internationales est mieux sauvegardée par l'interprétation restrictive des dispositions des conventions par lesquelles les États acceptent de s'engager les uns à l'égard des autres. Ainsi, l'interprétation étroite de l'article 33-1, considérait-on, protégeait-elle mieux la souveraineté espagnole en limitant les cas où le gouvernement espagnol, réclamant la livraison d'un de ses ressortissants, pouvait se voir opposer les dispositions de la convention... Quant à la souveraineté

française, elle était protégée par le fait que si le gouvernement français voulait adopter, à l'encontre de la lettre du texte, une interprétation plus libérale, il pouvait le faire librement, à condition qu'il le fit à travers la saisine préalable par le juge français du ministère français des Affaires étrangères – seul habilité à se prononcer sur l'interprétation d'une convention engageant l'État français dans ses relations avec des États étrangers. (Or, pour des raisons techniques qu'il n'est guère utile d'exposer ici, le ministère ne pouvait être saisi. Et, par conséquent, l'interprétation libérale de l'article 33 – outre qu'il n'était pas assuré qu'elle eût été adoptée par le ministère des Affaires étrangères – était impossible).

- 13 L'analyse qui précède porte donc un enseignement : elle fait apparaître que l'opération de spécification, malgré les apparences, n'existe pas isolément. Elle suppose une référence préalable qui commande au processus de spécification¹². Le juge a semblé, c'est vrai, dans le raisonnement que l'on a retracé, s'en tenir à la vérification des conditions posées par la loi. En fait, cette vérification supposait, on l'a vu, une prise de position préalable sur le contenu même de ces conditions. Et cette prise de position résultait, dans le cas de l'article 33, de la référence implicite au principe de la souveraineté des États.
- 14 Ce qui met en lumière une autre fonction essentielle du juge dans sa mission de transdiction de la loi : la fonction de *certification* de la référence. Le juge y procède de la manière la plus nette. Ne pouvant en effet en l'espèce appliquer l'article 33 – M. B.-E. était « extradé », et non « expulsé » ni « refoulé », ce qui impliquait ou bien que l'extradition fût déclarée légale, ou bien qu'on trouvât un autre fondement à l'illégalité de l'extradition – il se réfère à l'article 1^{er} de la Convention définissant le statut de réfugié – opération de certification, d'attestation solennelle de la part du juge, de la référence à laquelle il recourt pour déterminer la signification du texte qu'il applique. Opération d'invention de la référence : elle consiste pour le juge à se référer à des valeurs, un code qui fondent et légitiment l'application individuelle de la loi générale. Mais aussi, opération de certification de la référence en ce qu'elle a pour objet, en explicitant la référence, de garantir que la solution singulière adoptée par le juge est correctement imputée à la loi générale appliquée en l'espèce. En l'occurrence, l'article 1^{er} de la Convention définissant de manière générique le réfugié comme « toute personne craignant avec raison etc. » permet au juge de dégager de cette définition générale celui des « principes du droit » impliqués par cette définition et ayant pour objet d'interdire la remise du réfugié à son pays d'origine. Ainsi le juge procède-t-il à l'inscription d'une référence nouvelle, face à la référence qui avait prévalu dans l'interprétation littérale de l'article 33-1. Deux logiques sont maintenant à l'œuvre – dialogisme : la logique du principe de souveraineté, qui semblait devoir l'emporter seule s'agissant de l'interprétation d'une convention internationale – elle se trouve désormais limitée, dans le cas de l'affaire B.-E., à l'interprétation de l'article 33 ; et la logique de la protection des réfugiés, maintenant explicitement énoncée par le juge dans son arrêt...
- 15 On ne saurait cependant analyser le recours à cette logique nouvelle – ni la solution d'interdiction de l'extradition retenue en fin de compte par le juge – comme la preuve ni même seulement le témoignage de l'existence d'un véritable pouvoir discrétionnaire du juge dans l'élaboration de la norme.

3

- 16 La transdiction à l'œuvre dans l'affaire B.-E. – la dite du droit à laquelle procède le juge en l'espèce – se fait en effet dans un cadre qui, tout en offrant une marge d'autonomie au juge, le contraint en même temps dans son pouvoir normatif – et interdit donc de lui reconnaître ce pouvoir discrétionnaire – fort ou faible, peu importe¹³ – dont on le crédite (ou le débite) d'habitude. La vérité est que la transdiction de la loi par le juge comporte tout à la fois une part de liberté et une part de nécessité qui font de cette démarche un mode original de construction des objets juridiques.
- 17 La part de liberté ne saurait être niée. Elle est liée à l'utilisation de deux variables dont témoignent clairement les raisonnements de l'affaire B.-E.
- 18 Face à la loi qui énonce les conditions générales et abstraites de son application, le juge dispose toujours de la possibilité que lui offre le processus de singularisation des faits dans lequel il est engagé à peine a-t-il abordé la nécessaire opération de qualification destinée à lui permettre de vérifier, au regard de la loi générale, la généralité du cas concret auquel il est confronté. Plus le juge s'achemine dans la voie de la singularisation des faits – plus il considère les faits dans leur singularité concrète –, plus il rend difficile d'en vérifier l'adéquation aux conditions énoncées en nombre limité et de manière abstraite par le législateur. Dans l'affaire B.-E., l'adéquation à l'article 33 qu'il eût été possible de vérifier par la globalisation des mesures de livraison des réfugiés – toute mesure de livraison d'un réfugié à son pays d'origine, qu'il s'agisse d'expulsion, de refoulement ou d'extradition – et qui eût entraîné l'application automatique de l'article 33 à M. B.-E. – interdiction de son extradition – devenait au contraire impossible si le juge, établissant les faits dans leur irréductible singularité – l'extradition n'est assimilable ni à une expulsion ni à un refoulement – faisait par là échapper les mesures d'extradition au champ des mesures couvertes par cet article 33.
- 19 La première variable à la disposition du juge a donc trait au processus de singularisation/globalisation des faits – qui lui permet, face à un texte de loi qui prédétermine les conditions de son utilisation, d'en modifier le champ d'application possible : véritable mécanisme de codétermination par le juge de la signification d'un texte dont la signification avait été prédéterminée par le législateur. Ce n'est cependant pas le seul mécanisme de codétermination.
- 20 Une seconde variable intervient, dont permettent également de faire la preuve les raisonnements de l'affaire B.-E. Elle a trait au processus de référentialisation qui commande à – qui surdétermine – la signification du texte porteur de la norme. On a vu ce processus à l'œuvre par deux fois. Une fois, de manière implicite, à propos de l'article 33. Cet article avait fait l'objet d'une interprétation littérale excluant l'extradition de son champ d'application. Or cette interprétation ne s'imposait que par référence à un principe de souveraineté des États qui, s'il n'était pas invoqué expressément, n'en fondait pas moins l'interprétation stricte de la Convention dont l'article 33 était partie intégrante. Une autre fois – de manière explicite –, sur la base de l'article 1^{er} de la Convention définissant la qualité de réfugié et dont résultaient, dit l'arrêt, des « principes généraux du droit applicables aux réfugiés ». L'arrêt fait ainsi apparaître en même temps qu'une autre logique, l'existence d'une deuxième variable. Elle tient à la faculté du juge soit de s'en tenir à une référence – une logique – unique : en général, celle qui a présidé à l'élaboration du texte par son auteur (je parle dans ce cas de

monologisme) ; soit d'introduire, dans et par la lecture du texte, et qui commandera à une autre interprétation de ce texte, une autre logique, différente ou concurrente de la première (je parle dans cette hypothèse de dialogisme). Si, dans l'affaire B.-E., le juge s'en était tenu à la seule référence à la souveraineté des États, il n'eût pas pu décider de l'interdiction de l'extradition – sauf à entrer dans le processus de singularisation des faits précédemment décrit. Ce qui nous ramène à la variable précédente.

- 21 On retrouve derrière ces deux variables les deux opérations distinguées dans l'opération de qualification des faits, où on les confond d'habitude : de spécification des faits et de certification de la référence. Elles introduisent l'une et l'autre une part de liberté, qui a pu faire croire certains à l'existence d'un vrai pouvoir discrétionnaire du juge dans l'élaboration de la norme.
- 22 La transdiction comporte cependant, également, une part de contrainte et de nécessité, qui ne peut non plus être ignorée. Elle tient à ce que le processus de référentialisation¹⁴ est enfermé dans les limites de l'invention objective d'une référence objective¹⁵. On ne peut prétendre que le juge élabore librement la référence qui surdéterminera l'interprétation du texte à appliquer. Il l'invente, au sens où l'on dit en droit que l'on « invente » un trésor, un trésor enfoui, que l'on découvre, mais qui existait déjà là.
- 23 Le juge ne crée nullement la référence dans le cas de la transdiction. Vérifions-le à propos de l'affaire B.-E. Lorsque la référence est utilisée la première fois – de manière implicite, on le sait – pour déterminer la signification de l'article 33, elle n'est le produit d'aucun processus de création discrétionnaire du droit. Le juge se limite en effet dans ce cas à constater que l'article 33 a fait l'objet d'une interprétation littérale et restrictive. Or cette interprétation littérale elle-même n'est rien d'autre que le produit de la référence du texte au principe de souveraineté, principe qui, permettant seul de rendre compte de l'interprétation conférée au texte, n'est pas créé par le juge mais découvert par lui à l'occasion de l'analyse des conditions de mise en œuvre de l'article 33.
- 24 Le juge utilise une seconde fois une référence – cette fois de manière parfaitement explicite – lorsqu'il dégage de la lecture de l'article 1^{er} de la Convention des « principes généraux du droit applicables aux réfugiés ». Comment prétendre qu'il ne dispose pas alors d'un pouvoir normatif puisque, inventant cette seconde référence (et même s'il ne fait que « l'inventer »...), il la fait en tout cas prévaloir sur la première, ce qui produit un résultat exactement contraire de celui qu'eût entraîné la référence à la souveraineté des États ? On ne peut donc pas, semble-t-il, contester que le juge dispose à ce moment d'un pouvoir décisif en la matière. La réponse est cependant négative : le juge reste, dans ce cas, enfermé dans les limites d'une démarche marquée des contraintes et du sceau de l'objectivité ; il procède, par la transdiction, à l'invention objective d'une référence objective.
- 25 Objectivité de la référence en ce qu'elle est inscrite dans le texte même de la Convention. Dialogisme du texte – référence simultanée aux deux principes de la souveraineté des États et de la protection des réfugiés – dont le juge se contente de tirer la conséquence en consacrant explicitement le second. Dialogisme de principes concurrents, c'est vrai. Et tout aussi objectifs l'un que l'autre – c'est encore vrai – du fait de leur consécration simultanée, directe et implicite, dans un cas, indirecte et explicite dans l'autre. Mais dans cette hypothèse, l'objectivité de la démarche du juge se trouve reportée de l'objectivité de la référence elle-même sur les techniques – objectives – de détermination de celle des références qui prévaudra sur l'autre : objectivité de l'invention de la référence. Le juge, en effet, en se fondant sur l'une des formules de l'article 33 de la Convention – « de quelque

manière que ce soit » – (la formule sera reprise expressément dans le texte même de l'arrêt rendu par le juge), fait ainsi apparaître, par cette référence expresse à l'une des formules de l'article 33 – qu'il ignore, pour le reste... – qu'alors même que l'article 33 eût, en vertu de la référence à la souveraineté des États, dû faire l'objet d'une interprétation stricte, il y avait cependant, dans cet article même, rejoignant et confortant les implications de l'article 1^{er} relatif à la définition du réfugié, les bases objectives et assurées d'une interprétation différente et plus libérale.

- 26 Nuances, certes... Mais qui a jamais dit que l'interprétation fût autre chose qu'une affaire de nuances ?... Le seul vrai problème est de savoir si ces nuances dépendent de l'humeur de l'interprète et de ses options politiques ou personnelles, comme le prétendent certains¹⁶, ou si elles trouvent un fondement objectif. Les modalités de la transdiction comprise comme produit d'une double opération de spécification des faits et de certification de la référence me paraissent aller dans le sens de cette dernière réponse.

Épilogue

- 27 Pour autant, je ne crois pas possible d'occulter les autres modes de construction des objets juridiques. La transdiction n'est que l'un d'eux dont l'originalité n'a jamais été bien perçue. Ni par les différentes écoles doctrinales qui, balançant entre positivisme et réalisme, n'ont su privilégier que l'un ou l'autre de deux modes extrêmes, ignorant en tout cas toujours le troisième. Ni par les différentes disciplines scientifiques qui, de l'histoire à la critique littéraire ou artistique, ont élaboré, pour rendre compte des phénomènes d'interprétation, des concepts que l'on ne saurait confondre avec celui de transdiction.
- 28 1. L'école positiviste n'a jamais voulu connaître que de celui des modes de construction de l'objet juridique qui, faisant de la construction de cet objet la reproduction pure et simple de l'objet construit par le législateur, a réduit le raisonnement juridique à la restitution par le jugement, produit du raisonnement, du contenu de la loi décidé et fixé – prédéterminé – par le législateur. Le jugement ne pouvait, dans ces conditions, jamais être analysé que comme reproduction littérale, transcription, de la loi. Or le raisonnement juridique, assurant une fonction de suppléance de la loi, – il sert à restituer la norme que la loi, imprécise, ne permet pas à elle seule de connaître –, n'exerce alors de fonction de suppléance que d'un objet qui – construit par le législateur – n'assure lui-même qu'une fonction de représentant de la réalité¹⁷. L'objet construit par le législateur n'a pas pour rôle de représenter – de figurer – exactement la réalité. Le législateur se donne seulement pour tâche de fixer dans la loi une représentation de la réalité juste assez fidèle pour en permettre le traitement dans les conditions et la mesure souhaitées par le Souverain. La loi ne peut donc jamais « coller » à la réalité. Elle n'en est qu'une représentation éloignée – abstraite, pourrait-on dire, en considération du fait que, précisément, un certain nombre d'éléments de la réalité ont été seuls retenus pour dessiner cette image de la réalité destinée à en permettre le traitement ultérieur. Abstraction. Et déduction, par la voie du raisonnement juridique – un raisonnement syllogistique –, à partir de cette représentation abstraite du contenu de la norme qui s'appliquera à l'espèce. Abstraction et déduction caractéristiques du phénomène de la transcription privilégié par l'école positiviste du droit. Privilège qui, s'il avait dû être confirmé, aurait dû, dans l'affaire B.-E., limiter le raisonnement du juge à l'exécution

littérale et monologique de l'article 33 de la Convention et l'amener à reconnaître la légalité de l'extradition.

- 29 L'école dite réaliste renverse la perspective. Elle considère que l'objet construit par le législateur – cette représentation schématique qu'il a faite de la réalité – ne rend pas fidèlement compte de la réalité à raison même du schématisme qui l'affecte. Il appartient donc au juge, procédant, à partir de la loi, à la conduite du raisonnement juridique destiné à produire la norme, de produire cette norme dans des conditions qui figurent le plus exactement possible la réalité. L'école réaliste s'attache donc à réintroduire dans le raisonnement juridique, et par conséquent dans la construction de l'objet juridique, des éléments qui en avaient été occultés, dans son effort d'abstraction, par le législateur. Réintroduction, en amont, des valeurs, des références, qui commandent à la décision, et en aval, des situations concrètes dans lesquelles doit intervenir la décision. Mais tout cela pour déboucher sur une analyse qui, passant d'un extrême à l'autre, de l'abstraction positiviste à la figuration réaliste, abandonne en même temps l'idée de déduction et la logique formelle – et nie toutes les contraintes de la soumission à la loi – pour ne plus voir dans la norme juridique que le produit de la discrétion (du pouvoir discrétionnaire) et de la liberté du juge. Figuration et discrétion caractéristiques d'un phénomène privilégié par l'école réaliste du droit : celui de la transgression de la loi qui, s'il était avéré, rendrait impossible de comprendre que le juge eût pris, dans l'affaire B.-E., tant de précautions de raisonnement pour conclure à l'interdiction de l'extradition¹⁸.
- 30 La transdiction échappe aux pièges de l'un et de l'autre de ces deux modes de construction des objets juridiques. Elle permet de montrer que, si la construction peut en effet s'opérer par les voies de la transcription – abstraction/déduction – et de la transgression – figuration/discrétion –, elle peut aussi revêtir une troisième forme qui, assumant la fonction de représentance de la loi, ne cherche ni à figurer exactement la réalité à la manière réaliste, ni à s'en tenir à l'abstraction positiviste ; ni, non plus, dans ces conditions, à reconnaître un pouvoir discrétionnaire au juge, ni à l'opposé à faire de lui une « machine à calculer » ou une « machine jugeante » comme eût dit Voltaire. Là où, antérieurement, les positivistes limitaient le raisonnement juridique à la seule restitution de la seule séquence légale, l'on voit avec la transdiction s'opérer une prise en compte des séquences aval (contextualisation) ou amont (référentialisation) qu'ils avaient ignorées. Là où les réalistes se contentaient de procéder à la juxtaposition de ces séquences sans que fût établi de lien entre elles, la transdiction montre au contraire leur intégration dans un processus unifié de signification. Et de même qu'au couple abstraction/figuration, la transdiction substitue la notion d'intégration, elle substitue également au couple déduction/discrétion la notion d'imputation qui, héritée de Weber et reprise par Kelsen dans l'idée de *Zurechnung*, permet d'échapper à l'opposition trop simple en droit des logiques du hasard et de la nécessité.
- 31 2. Devrait commencer là – mais il est tard et j'ai été trop long... – un exposé comparé du concept de transdiction et des notions qui, dans le domaine de la critique littéraire, artistique ou historique, sont essentiels à l'analyse des phénomènes d'interprétation.
- 32 Je voudrais d'abord, ici, poser juste quelques jalons, à propos des relations de la transdiction et de la rétrodiction¹⁹. Cette dernière notion est empruntée, on le sait, par l'historien Paul Veyne à la théorie des probabilités. Elle lui sert, face à une discipline confrontée à deux difficultés – difficulté de cerner en concepts la diversité du concret ; impossibilité d'accéder directement, autrement qu'à travers des documents nécessairement lacunaires, à la totalité du concret – à désigner le processus par lequel

l'historien entreprend de répondre à la question des causes des événements historiques. « Les problèmes de rétrodiction sont [...] des problèmes de probabilité des causes ou, pour mieux dire, de probabilité des hypothèses : un événement étant déjà arrivé, quelle en est la bonne explication²⁰ ? » Lorsque l'historien constate, par exemple, l'impopularité d'un roi et qu'aucun document ne lui en fait savoir la raison, « il lui faut alors remonter par rétrodiction de l'effet, à sa cause hypothétique²¹ ». Mais il ne s'agit, bien sûr, avec la rétrodiction, que d'hypothèse car, si l'explication historique est causale et si, comme telle, elle contient du général²², elle est étroitement dépendante de ce que Paul Veyne appelle le « choix de l'intrigue » : « Les événements ne sont pas des choses, des objets consistants, des substances ; ils sont un découpage que nous opérons librement dans la réalité²³. » C'est en ce découpage que consiste le choix de l'intrigue, qui commande à la détermination des causes : « Le choix de l'intrigue décide souverainement de ce qui sera causalement pertinent ou ne le sera pas [...] la cause n'existe que par l'intrigue. Car tel est le fin mot de la notion de causalité. Supposons, en effet, qu'il faille dire quelle a été la cause d'un accident d'automobile ? Une voiture a dérapé à la suite d'un coup de frein sur une route mouillée et bombée ; pour les gendarmes, la cause est la vitesse exagérée ou l'usure des pneus ; pour les Ponts et Chaussées, le bombement exagéré ; pour un directeur d'auto-école, la loi, méconnue des élèves, qui veut que l'intervalle de freinage croisse plus que proportionnellement avec la vitesse ; pour la famille, c'est la fatalité, qui a voulu qu'il plût ce jour-là ou que cette route existât pour que le conducteur vienne s'y tuer²⁴. »

- 33 De cette analyse, on peut retenir la proximité des concepts de transdiction et de rétrodiction, et une différence majeure entre eux. L'un comme l'autre des deux concepts assument – au point de départ de l'analyse – la diversité du concret, l'impossibilité de réduire l'infinie complexité de la réalité aux quelques éléments qui, en histoire ou dans la loi, sont destinés à en rendre compte. L'un et l'autre des deux concepts débouchent, à l'arrivée, sur ce que Paul Veyne désigne, lui, par le choix de l'intrigue et que j'appelle, pour la loi, l'invention de la référence. Tant l'une que l'autre – référence ou intrigue – sont reconnues en effet comme commandant en dernier ressort à la détermination des causes (en histoire) ou des conditions (en droit) pertinentes pour l'explication historique ou l'exécution juridique. Les deux concepts désignent aussi – ils ont encore cela en commun – le mouvement par lequel, à partir d'un élément donné, le raisonnement tire – par induction ou déduction – une conclusion : en histoire, par la « remontée » des faits aux causes qui les ont « produits » ; en droit, au terme d'un processus qui n'est pas nécessairement de « remontée » seulement des faits aux lois qui doivent les régir, mais qui peut être aussi de « descente » des conditions aux conséquences qui leur sont attachées par la loi. En cela, les deux concepts renvoient tous deux, non pas à des principes simples de causalité et de nécessité, mais à la notion de « causalité adéquate » retenue par Weber pour désigner les « jugements de possibilité » – « relations entre certains complexes de "conditions" saisis dans leur unité par la réflexion [...] et considérés isolément, et l'effet qui est intervenu (ces conditions étant les causes adéquates des éléments de l'effet en question)²⁵ ». Il existe donc bien des liens entre les deux concepts. La différence entre eux reste cependant que la transdiction fonctionne comme invention objective d'une référence objective. En cela, elle se sépare aussi bien du concept de rétrodiction que des analyses de la critique littéraire ou artistique récente, qui, ayant intégré les apports de la réflexion contemporaine sur le fonctionnement des mécanismes sociaux et de la signification, ont en fait, passant à l'autre extrême, totalement oublié qu'il pût y avoir un quelconque ancrage objectif de l'interprétation.

- 34 Le concept de rétrodiction, s'il permet de remonter aux causes hypothétiques des faits auxquels est confronté l'historien, ne lui confère aucune garantie de l'adéquation des causes ainsi déterminées – serait-ce même seulement des causes possibles... – aux effets constatés. Lorsque l'historien prend en compte l'irréductible part de liberté qui affecte la détermination des phénomènes sociaux, il ignore ceci, et pour cause – qui est fondamental en droit : que la loi est un instrument de traitement de la réalité. Le juge, chargé d'interpréter la loi, a une fonction qui, dans ce cadre, le fait agir, aux fins du traitement de la réalité sociale, conformément à la volonté du corps social qui l'a institué – le langage courant le dit très bien – pour « rendre la justice au nom du peuple ». Rendre, c'est-à-dire restituer – restituer au peuple cette justice dont le peuple lui avait délégué l'exercice – fonction sociale du droit, qui ne se retrouve d'aucune manière ailleurs. Depuis longtemps maintenant, on sait, malgré les belles formules de Chateaubriand, que l'historien n'est plus « chargé de la vengeance des peuples... ». La fonction de la loi comme instrument de traitement de la réalité transforme en effet sensiblement le mode de fonctionnement des mécanismes de signification. Elle explique la place déterminante tenue en droit, dans l'opération de qualification des faits, par le processus, parfaitement ignoré jusqu'à présent, de certification de la référence.
- 35 Ce n'est pas seulement, comme le prétend Stanley Fish²⁶ raisonnant sur les relations de la littérature et du droit (mais à la vérité, et bien qu'il fasse appel à l'exemple des précédents, beaucoup plus sur la littérature que sur le droit...), ce n'est pas seulement « un processus par lequel le passé est produit par le présent de façon telle qu'il puisse être cité comme son créateur ». Car il est faux que, s'agissant du droit, « tout ce qui est invoqué comme contrainte sur l'interprétation apparaîtra, lors d'un examen ultérieur, comme le produit de l'interprétation²⁷ ». Ce serait ignorer – mais Ronald Dworkin, critiqué par Stanley Fish, l'ignore aussi à sa manière... – que le juge, institution sociale, a charge d'exprimer la volonté du corps social – et qu'il le fait par l'invention objective de références objectives... Cela n'exclut sans doute pas qu'il puisse ne s'y pas tenir, et s'en affranchir. Oscillant entre transcription mécanique et transgression politique, entre exécution et décision, entre nécessité et liberté, il aura en effet la possibilité à tout moment de franchir le pas, ce « pas au-delà », dont parle Maurice Blanchot... Mais il peut aussi, parce qu'il le doit à la Société qui l'a institué, déterminer objectivement la référence objective qui lui permettra, face à l'écriture incertaine de la loi, d'en dire la signification et d'en effectuer l'application...
- 36 Une effectuation que l'on ne saurait cependant non plus étendre aux dimensions d'un retour – et d'un triomphe posthume... – du Sujet, et d'une nouvelle consécration du rôle de l'Auteur ou du Lecteur, seuls, dans la détermination de la signification de la loi. Ce serait pourtant ce retour qui se profilerait dans certaines thèses de la théorie esthétique qui, redécouvrant l'abstraction de la peinture contemporaine, ne veulent plus y voir une critique mais une autre forme de la représentation – une représentation qui ne serait plus à interpréter mais à effectuer de sorte que ce qu'elle imposerait serait « moins un sens qu'un sujet²⁸ ». Si de telles thèses devaient se voir reconnaître quelque validité en droit, elles auraient ce résultat absurde que, dépassant l'objectif que s'étaient fixé ceux qui avaient crié à la mort du Sujet, elles aboutiraient, après l'avoir enterré, et pour lui avoir fait un si bel enterrement, à le ressusciter dans tout son empire et son exclusive réalité – oubliant par là cette autre réalité : que la loi a un poids – et qu'elle pèse de tout ce que le législateur y a inscrit et de tout ce dont la société l'a lestée.

NOTES

1. Cette notion a été énoncée et élaborée dans les ouvrages suivants : G. Timsit, *Les noms de la loi*, 1991 ; *Les figures du jugement*, 1993 ; *Blasons de la légalité*, 1995 ; *Archipel de la norme*, 1997, ouvrages tous publiés à Paris, Presses universitaires de France, collection « Les voies du droit ».
2. Comme telle, elle a pour fonction soit de conserver l'ordre juridique existant en en sanctionnant les violations, soit de le transformer en énonçant les conditions, principes ou objectifs de sa transformation et en attachant éventuellement à cette transformation les conséquences ou avantages inscrits dans la loi. Dans les deux cas, la structure de la loi reste fondamentalement celle qu'avait définie Kelsen lorsqu'il avait modélisé la loi normative dans la formule : « si A est, B doit être », par opposition à la loi naturelle construite sur le modèle : « si A est, B est » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 106 sq.).
3. P. Ricœur, *Temps et Récit*, 3 : *Le temps raconté* [1985], Paris, Seuil, 1991, en particulier p. 179 sq.
4. Notion transposée, elle aussi, de P. Ricœur, *Temps et Récit*, 1 : *L'intrigue et le récit historique* [1983], Paris, Seuil, 1991, p. 310 sq.
5. Pour une analyse plus détaillée, G. Timsit, *Les figures du jugement*, op. cit., p. 74 sq.
6. P. Ricœur, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique*, II, Paris, Seuil, 1986, p. 153.
7. Les faits relatés ici sont ceux dont traite l'arrêt du Conseil d'État en date du 1^{er} avril 1988, Bereciartua-Echarri, publié au *Recueil Lebon*, 1988, p. 135, et dans *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 9^e éd., 1990, p. 733 sq. Les conclusions du commissaire du gouvernement C. Vigouroux, précieuses pour l'analyse du raisonnement suivi en l'affaire, sont publiées au *Jurisclasseur périodique*, 1988, n° 21071.
8. Cet article déclare que la qualité de réfugié « est reconnue à toute personne [...] qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut, ou du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ».
9. Cet article 33-1 de la Convention, article dont, *a priori*, eût pu sembler relever directement le cas à traiter, interdit « d'expulser ou de refouler, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières d'un territoire où sa vie ou sa liberté serait menacée ».
10. Sous la seule réserve d'exceptions prévues pour des motifs de sécurité nationale, qui ne sont pas invoqués en l'occurrence par le ministère français de la Justice.
11. Sur l'opération de qualification des faits, cf. le numéro spécial de la revue *Droits*, 18.
12. Pour cette raison, il ne paraît guère possible de retenir la distinction proposée par Ronald Dworkin entre règles et principes. « Les règles, écrit-il, sont applicables dans un style tout ou rien. Si les faits qu'une règle stipule sont donnés, alors soit cette règle est valide, auquel cas la réponse qu'elle fournit doit être acceptée, soit elle ne l'est pas, auquel cas elle n'apporte rien pour la décision. » Un principe, lui, « indique plutôt une raison d'aller dans un sens, mais non pas de prendre nécessairement une décision particulière » (R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 82-84). On pourrait accepter une telle distinction à condition de comprendre, au préalable, qu'une règle ne revêt ce caractère de règle applicable « dans un style tout ou rien » que parce qu'un principe et une logique uniques – monologisme (sur cette notion, voir *infra*) – en sous-tendent l'existence et la font alors fonctionner sur ce mode du tout ou rien. En fait, une même règle fonctionnera ou non sur ce modèle selon que la règle est interprétée en situation mono ou dialogique. Si une seule logique préside au décodage de la règle, elle donnera lieu, en effet, à une solution de type tout ou rien, oui ou non. Si en revanche,

plusieurs logiques sont à l'œuvre dans le décodage de la règle, cette règle ne fait plus qu'indiquer, en fonction de la logique retenue pour en surdéterminer la signification, « une raison d'aller dans un sens »... ou dans un autre. Et elle devient ce que Dworkin appelle un principe.

13. Sur ces notions de pouvoir discrétionnaire fort ou faible, cf. R. Dworkin, *op. cit.*, p. 90 sq.
14. Dont on a vu, *supra*, comment il commande au processus de spécification.
15. Sur cette notion d'invention objective d'une référence objective, et pour d'autres exemples d'objectivité des techniques d'invention de la référence objective, cf. G. Timsit, *Blasons de la légalité*, *op. cit.*, p. 80-86.
16. Par exemple, dans une version radicale de la thèse réaliste, G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis*, Paris, LGDJ, 1998, et dans une version modérée, l'ouvrage de J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1994.
17. Sur cette notion de représentant, empruntée à Paul Ricœur, et sa distinction d'avec la notion de représentation, cf. *supra* 1.
18. Ces deux notions de transcription et transgression comme modes de relation entre le jugement et la loi sont élaborées de manière détaillée dans : G. Timsit, *Les figures du jugement et Blasons de la légalité*, *op. cit.*
19. P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire* [1971], Paris, Le Seuil, 1978, p. 97 sq. ; l'ensemble du chapitre 8 est consacré à « Causalité et rétrodiction ».
20. *Ibid.*, p. 97.
21. *Ibid.*, p. 101.
22. *Ibid.*, p. 114.
23. *Ibid.*, p. 39.
24. *Ibid.*, p. 117.
25. M. Weber, *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1992, p. 294.
26. S. Fish, *Respecter le sens commun. Rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit*, Diegem-Paris, Story-Scientia-LGDJ, 1995, p. 299.
27. *Ibid.*, p. 297.
28. C. Perret, « Abstraction et représentation », *Rue Descartes*, 16, 1997, p. 47.

RÉSUMÉS

La notion de transdiction – néologisme créé sur le modèle du mot juridiction – désigne un certain type de rapport – de singularité – entre les lois et leur application. Les juges seuls, pendant longtemps, mais aussi désormais l'administration (avec la notion de régulation), se placent dans une telle relation lorsque, se préoccupant d'appliquer la loi, ils veulent en contextualiser l'application. Transposant dans le domaine juridique la problématique des relations de la parole et de l'écriture – et du silence... –, cette étude veut, à travers l'analyse d'un cas jurisprudentiel précis, montrer quelle place occupe la transdiction (la dite du droit à partir de l'écriture de la loi) parmi les autres modes possibles de construction des objets juridiques. Elle prétend en particulier déterminer les parts respectives de nécessité et de liberté dans la démarche du juge face au cas concret dont il doit fournir la solution.

The notion of transdiction – a neologism modelled on the word jurisdiction – indicates a particular kind of singular relationship – between laws and their application. For a long time,

only judges, but henceforth also the administration (with the idea of regulation) find themselves in this relationship when their concern with the application of law leads them to contextualize its application. Transposing the problematic of the relationship between speech and writing and silence in the juridical field, this study, through the analysis of a specific jurisprudential case, aims to show the place taken by transdiction (what the law says on the basis of the writings of the law) among other possible kinds of construction of juridical objects. In particular, it claims to determine the respective parts of necessity and liberty in the proceedings of the judge before a concrete case which he must resolve.

AUTEUR

GÉRARD TIMSIT

Gérard Timsit (Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne) enseigne la théorie du droit et la science administrative. Il est co-directeur de la collection « Les voies du droit » aux Presses universitaires de France et du Groupe Européen de Droit Public. Il est l'auteur d'ouvrages de théorie du droit, dont *Les noms de la loi* (1991), *Les figures du jugement* (1993), *Blasons de la légalité* (1995) et *Archipel de la norme* (1997), tous parus aux Presses universitaires de France.