La métaphore dans le discours juridique

Gérard Timsit

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ress/712>

DOI : 10.4000/ress.712

ISSN : 1663-4446

Éditeur

Librairie Droz

Édition imprimée

Date de publication : 1 février 2000

Pagination : 83-94

ISBN : 2-600-00409-2

ISSN : 0048-8046

Référence électronique

Gérard Timsit, « La métaphore dans le discours juridique », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XXXVIII-117 | 2000, mis en ligne le 17 décembre 2009, consulté le 05 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ress/712> ; DOI : 10.4000/ress.712

Gérard TIMSIT

LA MÉTAPHORE DANS LE DISCOURS JURIDIQUE¹

Les tropes par ressemblance consistent à présenter une idée sous le signe d'une autre idée ne se rattachant à la première par aucun autre lien que celui d'une certaine conformité ou analogie; ce sont les métaphores. Tant par l'étendue de son domaine que par l'absence de règles qui la constituent, la métaphore apparaît d'emblée comme un mode d'expression laissant toute liberté, à l'imagination, à l'invention.

(*Encyclopaedia universalis*, vol. 20)

.... Ainsi pourrions-nous décrire le verre d'eau en plusieurs états si je puis dire optiques (ou plastiques):

1° Le verre d'eau parfait, tout jeune, sauvage, pur, limpide.

2° Le verre d'eau vieilli, trop contemplé, à bulles...

3° Le verre d'eau où la fraîcheur l'emporte sur la limpidité: entouré d'un voile, d'une buée.

Tout cela va bien, car cela reste dans le concret du verre d'eau, c'est-à-dire la simplicité, la platitude.

A relire la note précédente, je trouve aujourd'hui à y ajouter: 1° le verre d'eau en train de se remplir, qui se remplit trop, déborde, se reverse, se reremplit, en rit aux larmes: bouillonnant, débordant de générosité, de génie, de gaieté.

2° Le verre d'eau apaisé, tout juste plein, ou du moins plus qu'à moitié plein de lui-même, tout jeune, rustique, calme. (C'est le verre d'eau n° 1 d'hier.)

3° Le verre d'eau qui vient d'être jeté (à placer en suite du n° 2 d'hier): il s'en trouve tout couillon, appauvri, pleurant, pleurant, humide encore...

... Un verre d'eau doit donc être bu, ou alors jeté et remplacé par un autre, plus pur, plus jeune. C'est à celui-ci que nous voilà revenus.

Francis Ponge, *Le verre d'eau* (*Le grand recueil*, II : *Méthodes*)

On peut hésiter. La métaphore tient-elle une place – a-t-elle sa place – dans le discours de la science juridique? Ses caractères ne sont-ils pas exactement anti-

¹ La conception ici adoptée du sujet prétend donner à la métaphore toute sa portée – et restreindre le sujet à cela seul qui intéresse le juriste: une interrogation limitée à la place que tient l'une des figures du langage dans la construction du discours juridique: il ne s'agira donc pas de s'interroger sur la métaphore à propos et sur la base d'un matériau particulier, le droit, mais sur le droit – et ce que prétend en dire la science juridique – lorsqu'elle utilise des métaphores.

nomiques de ceux que l'on reconnaît habituellement au discours juridique ? N'est-ce pas commettre un contre-sens que d'imaginer que la métaphore puisse jouer un rôle dans une discipline et une technique qui exigent autant de rigueur que le suppose *a priori*, dans la langue française, le mot même qui désigne et cette technique et cette discipline – le mot même de droit. La métaphore n'indique-t-elle pas un transfert, un transport, un détour par d'autres domaines, d'autres concepts que ceux dont on traite – nécessairement une voie dérivée, déjà presque un chemin de traverse : un vagabondage de l'esprit, en somme...

La métaphore n'aurait pas sa place en droit – mais dans le domaine de la poésie, de l'imagination, de l'invention...

On peut hésiter. Le droit n'a pas nécessairement la rigueur – osera-t-on dire : la droiture ? – que certains lui prêteraient volontiers. Et il arrive que la métaphore, plutôt que d'inventer, dise parfois, et mieux que d'autres, la vérité. Mais quelle vérité ? C'est ce sur quoi l'on aimerait s'interroger – et que l'on ne pourra faire qu'au prix d'une double distinction – destinée à permettre de sérier les problèmes.

La première a trait au discours juridique. Ce discours lui-même est double : c'est un discours du droit ; ou un discours sur le droit. Soit un discours du droit, c'est-à-dire un discours de droit positif – énoncé des règles constituant le droit. Soit un discours sur le droit, c'est-à-dire un discours théorique – l'énoncé des concepts ayant pour objet de rendre compte des fonctions et du mécanisme du droit. La métaphore ne tient certes pas la même place dans l'un et l'autre des deux discours.

Elle y tient des rôles d'autant plus différents que la métaphore, elle aussi, est double. Cela se sait au moins depuis Jakobson et ses études sur le langage et l'aphasie. Il y a deux sortes de métaphores. Ou, plus exactement, deux conceptions de la métaphore. L'une, de la métaphore comme figure. Elle met l'accent sur ce que Paul Ricœur appelle « le moment sensible » de la ressemblance – sur l'analogie, la comparabilité des institutions, instances, situations ou procédures en présence. La métaphore, dans ce cas, joue son rôle classique de transfert, de transport. A partir de la comparaison abrégée qu'elle amorce, elle assure le transport d'un régime ou d'une analyse d'un cas à l'autre, d'un phénomène à l'autre – dont l'un est la figure approchée de l'autre. La seconde conception de la métaphore est plus fondamentale. Elle a trait à la métaphore non plus comme figure, mais comme structure – et touche moins au moment sensible de la comparabilité entre les situations soumises à comparaison qu'au « moment logique » de la proportionnalité – c'est-à-dire de la similitude du rapport existant entre les éléments constitutifs eux-mêmes des situations comparées. Cette sorte-là de métaphore concerne alors non plus tant un état – des situations à comparer – qu'un procès : celui de la formation de ces situations et de leur engendrement. La métaphore cesse d'être seulement un procédé de comparaison artificiel pour devenir un outil de compréhension essentiel. Elle perd son aspect un peu superficiel de mise en évidence d'une ressemblance approchée pour acquérir une autre dimension – celle de la mise à jour d'un ordre interne jusqu'alors caché.

Deux conceptions existent donc de la métaphore – l'une, de la métaphore comme figure particulière de la réalité, aux applications partielles et limitées ; l'autre, de la métaphore comme procès fondamental de similarité. Deux conceptions dont il semble que l'on n'ait pas toujours bien perçu jusqu'à présent la place distincte qu'elles tiennent l'une et l'autre dans le discours juridique. L'on ne s'étonnera pas que l'on s'attarde plus sur l'autre – qui est moins familière.

A

La métaphore comme figure fonctionne de manière différente selon qu'elle prend place dans le discours du droit ou le discours sur le droit.

1°. Dans le discours du droit – l'on appellera discours du droit aussi bien le discours de la loi que le raisonnement à partir de la loi destiné à déterminer sa signification – dans ce discours, la métaphore existe depuis toujours – sous les espèces de l'analogie. L'analogie est le moyen utilisé par le législateur – ou par d'autres, le juge par exemple – qui raisonnent à partir de la volonté exprimée (ou censée l'avoir été) par le législateur, pour étendre à des cas non explicitement prévus par la loi les solutions élaborées pour d'autres cas en revanche expressément envisagés et traités par elle. D'une ressemblance approchée des cas A et B (A se caractérise par a, b, c et d; B, par a, b et d), l'on tire la conclusion que la solution s, valable pour A, doit l'être également pour B. Par exemple, la possibilité sera reconnue par le juge à des couples hétérosexuels non mariés d'adopter des enfants à partir de la situation faite par le législateur, sur ce plan, à des couples hétérosexuels mariés. La métaphore, s'il en est une, s'analyse dans le transfert de la solution s de A à B. Un tel transfert trouve sa justification dans la similarité des situations – l'existence de couples hétérosexuels et leur commun désir d'enfants. —, et bien que la similarité ne soit pas complète (mariés/non mariés: l'élément c), l'absence d'identité n'interdit pas – considère-t-on – le transfert par analogie de la possibilité d'adoption d'enfants, la solution s, de l'un des cas de couples (A) à l'autre (B).

Le raisonnement utilisé dans cette hypothèse est parfaitement ancré dans la similarité des situations à traiter, et dans le même temps, parfaitement aberrant: l'extension de la solution de A à B ne se fait en effet qu'au prix de la mise entre parenthèses – de l'«oubli»... – d'une des caractéristiques de A – le mariage – que certains, au contraire, pourraient estimer essentielle – au point que son absence pût être de nature, à leurs yeux, à justifier le refus d'un tel transfert de solution... La métaphore, qui a donc pour fonction, dans cette hypothèse, de justifier une norme du droit positif, ruine dans le même temps la théorie dominante qui fonde habituellement de telles solutions: une théorie qui, fortement teintée du positivisme le plus classique, consisterait à soutenir qu'aucune norme de droit ne trouve jamais sa source, directe ou indirecte, que dans le texte de la loi – ce que dément largement, on le voit, le fonctionnement du raisonnement métaphorique.

2°. Le raisonnement sur le droit – le discours théorique destiné à rendre compte du fonctionnement du droit: celui d'un Kelsen, d'un Duguit ou d'un Dworkin... – a lui aussi volontiers recours au raisonnement métaphorique. La fonction qu'il y assure est évidemment totalement différente. Lorsque le discours sur le droit accueille des métaphores, c'est en général à titre d'auxiliaire ou de substitut, ou parfois même, pourrait-on dire, de mime de la théorie. Les métaphores des discours sur le droit ne sont en effet souvent destinées qu'à permettre à la théorie de ruser avec la condition nécessaire d'adéquation à la réalité. La métaphore comme figure – qui se contente d'une ressemblance approchée – s'autorise en effet l'utilisation d'images dont on s'aperçoit vite qu'elles ne sont en fait que des représentations partielles ou déformées de la réalité dont elles prétendent rendre compte.

Deux exemples. Celui, d'abord, emprunté à Kelsen, de la pyramide des normes. Une telle image suggère la hiérarchisation, et par conséquent l'unité, de l'ordre juridique – ce que Kelsen voulait en effet donner à voir : un ordre juridique tout entier ordonné sous l'autorité d'une norme fondamentale – la *Grundnorm*, norme hypothético-transcendantale – organisé selon l'une ou l'autre des deux lignes de la hiérarchie normative dite dynamique (une norme habilite un organe à édicter une norme qui habilite un organe à en édicter une autre qui.... : processus d'habilitation) ou statique (processus de concrétisation : une norme énonce en termes abstraits une obligation à laquelle une norme inférieure, qui doit s'y conformer, donne un contenu plus concret auquel une norme inférieure, qui doit s'y conformer, etc.). Or cette image de la pyramide des normes qui suppose l'unité et la hiérarchisation de l'ensemble du système normatif est en contradiction avec la réalité empirique. Loin de la réduire à cet ensemble soigneusement étagé et rigoureusement subordonné dont Kelsen voulait donner l'image en recourant à la métaphore de la pyramide, l'analyse empirique impose au contraire une vision très différente : celle d'un système normatif à logique duale (au moins duale...) dans lequel, au lieu que tout découle d'une norme suprême unique, se concurrencent, et parfois se contrarient, les principes fondateurs qui commandent à sa construction et son fonctionnement. Certains ont même inventé d'autres métaphores pour tenter d'en rendre compte – on a parlé, par exemple, de mélodie : ce qui, à analyser les réalités du droit, ne paraît guère plus adéquat ou plus exact que l'image de la pyramide...

L'autre exemple de métaphore théorique est emprunté à Ronald Dworkin. Pour expliquer à la fois la liberté du juge dans l'interprétation de la loi et la contrainte qui pèse sur lui, Dworkin compare le travail des juges qui ont à rendre une décision judiciaire à la manière dont s'écrit un roman à la chaîne : « Supposons qu'un groupe d'écrivains s'engage dans un projet et qu'ils tirent au sort l'ordre dans lequel ils vont jouer. Celui qui tire le plus petit numéro écrit le premier chapitre, puis l'adresse à celui qui aura tiré le numéro suivant ; celui-ci écrit le chapitre suivant dans la continuité du premier, et ainsi de suite avec les autres numéros. A présent, chaque écrivain, sauf le premier, est investi d'une double tâche : il doit à la fois interpréter et créer, car, avant d'écrire un seul mot, il doit décider de ce que l'œuvre est déjà devenue. Il doit définir quelles sont la véritable nature des personnages et la nature de leurs motivations, quel est le thème principal du roman en préparation, dans quelle mesure l'usage inconscient ou non de telle figure de style peut contribuer à l'effet recherché, il doit savoir si cet effet doit être prolongé, ou rendu plus subtil, ou abandonné pour mener le roman dans une direction nouvelle. Une telle interprétation ne peut en aucun cas être ramenée à une intuition, car, à partir du second écrivain, il n'existe plus d'auteur unique à qui un exégète pourrait attribuer une intuition considérée comme décisive. »

Cette analyse prétend donc identifier la situation du juge à celle de ces romanciers qui, écrivant un chapitre d'un roman dans la lignée de ceux qui ont été écrits avant eux par d'autres qu'eux, sont donc, dans la même temps, contraints par les caractères et les situations inscrits dans les chapitres précédents, et libres d'en infléchir – mais non d'en bouleverser (à peine de vider de sens toute l'entreprise...) – dans le chapitre en cours de rédaction, la nature et le contenu. Mais on voit bien ce que cette métaphore peut avoir d'artificiel et de réducteur. Le juge est à la loi ce que le romancier à la chaîne est au roman en cours de rédaction. Outre

que cette métaphore contredit, ou au moins nuance considérablement, la précédente – celle de la pyramide, qui privilégiait au contraire les idées de hiérarchie et d'unité –, on ne peut guère se satisfaire d'une assimilation aussi vague entre des situations étrangères l'une à l'autre en ignorant à ce point leur spécificité respective. Au moins eût-il fallu s'interroger sur la pertinence de la comparaison – la fonder, tenter de le faire du moins... Que l'on s'autorise de telles métaphores sans le moins du monde opérer de vérification de la validité d'une transposition d'un domaine à l'autre manifeste clairement qu'il s'agit seulement de montrer – et souvent à peine de suggérer... – et que l'objectif de la métaphore ainsi conçue comme figure est de donner à voir plutôt que de démontrer.

B

Il en va autrement de la métaphore comme structure. La perspective y est tout autre. Sans doute la métaphore comme structure conserve-t-elle sa dimension proprement métaphorique d'image donnée à voir. Sans doute continue-t-elle d'apparaître comme le constat d'une ressemblance approchée entre deux objets ou deux rapports placés en regard l'un de l'autre. Mais ce qui fait la différence de l'utilisation de la métaphore comme structure de celle de la métaphore comme figure, c'est que tandis que, dans cette dernière hypothèse, on prétend ignorer, gommer ou oublier l'écart existant, malgré leur ressemblance approximative, entre les objets ou rapports soumis à comparaison, dans la métaphore comme structure, c'est cet écart même qui est assumé – et non seulement assumé mais revendiqué, pour rendre compte de l'exacte réalité. Deux exemples permettront de montrer que la métaphore doit cesser d'être conçue comme elle l'a été le plus souvent jusqu'à présent dans ses rapports à la théorie comme ruine ou mime de la théorie. Elle accède en effet, dans ces cas, à un tout autre statut : la métaphore, alors, est la théorie.

1°. Le premier exemple est emprunté à Montesquieu. On connaît sa formule célèbre de *L'esprit des lois* (déjà une métaphore, dès le titre... ; mais ce n'est pas celle-là que je retiendrai) : « Le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi », écrit-il – formule souvent abrégée dans l'expression : « le juge, bouche de la loi ». On ne peut rêver plus belle métaphore – plus belle figure de comparaison : le juge est à la loi ce que la bouche est à l'homme. La loi est une parole que le juge se contente d'énoncer. Et il est vrai que cette métaphore, ancrée dans cette comparaison, a nourri toute une réflexion et toute une analyse des rapports du juge et de la loi qui, trouvant en particulier sa justification dans la pensée révolutionnaire de 89, a voulu y voir l'explication des rapports de stricte subordination de l'un à l'autre. Le juge ne se verrait ainsi reconnaître aucune liberté d'interprétation à l'égard de la loi. Une bonne part du courant doctrinal dénommé positivisme juridique a fait fond sur cette image... Et l'on en perçoit les conséquences. Si le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi, le juge n'a donc pas plus de liberté ni d'autonomie à l'égard de la loi que n'en a une bouche quand elle prononce les paroles de l'homme qui les conçoit. On en conclut que le juge n'est guère qu'un instrument – et qu'en cas de doute sur la signification des paroles prononcées – de la loi qui a été édictée – le juge doit se soumettre à la volonté manifestée ou du

moins à l'intention qui a présidé à l'acte qui a été édicté. Un telle analyse est parfaitement en accord avec la thèse du Législateur souverain. Elle implique l'absence totale d'autonomie d'une quelconque instance – fût-elle judiciaire – à l'égard du titulaire du pouvoir suprême – ce que l'on a cru d'ailleurs voir confirmer par une autre formule célèbre de Montesquieu sur la puissance judiciaire « invisible et nulle ».

Or cette vision de la réalité est parfaitement fausse – en contradiction totale avec la réalité dont elle prétend rendre compte. Inutile d'insister beaucoup sur l'autonomie du juge à l'égard de la loi. C'est elle qui, par exemple, a incité Dworkin à proposer sa métaphore du roman à la chaîne. C'est elle qu'en tout cas confirment toutes les analyses empiriques de l'état du droit et du fonctionnement des systèmes normatifs. On ne pourrait donc conclure de l'analyse de la formule de Montesquieu sur le juge bouche de la loi que ceci : que la métaphore est splendide ; qu'elle restitue parfaitement la pensée révolutionnaire sur les rapports du juge et de la loi ; mais qu'elle n'est nullement conforme aux réalités du droit et au rôle exact que tiennent les juges dans sa formation. Elle est donc fausse. S'il s'agit d'une métaphore.

Si, du moins, il s'agit d'une métaphore comme figure. Si, en revanche, la métaphore s'analyse comme structure – si elle décrit non plus une ressemblance approchée (et une ressemblance qui, parce qu'elle n'est qu'approchée, ne peut être que partielle, et donc, à la limite, fausse...) mais la structure même d'un rapport – l'ordre interne le plus fondamental d'une relation entre le juge et la loi, elle devient vraie. Plus vraie même qu'on ne l'imagine. Montesquieu, parlant du juge « qui prononce les paroles de la loi », dit aussi que les jugements ne doivent être « qu'un texte précis de la loi ».

Ainsi le chapitre 3, Livre VI, de l'*Esprit des lois* est-il intitulé : « dans quels gouvernements et dans quels cas on doit juger selon un texte précis de la loi. » On reviendra plus loin sur ce chapitre. On doit noter, dès maintenant, l'association qu'il établit explicitement entre la loi, le texte et l'écriture. Qu'est-ce qu'un texte ? Paul Ricœur répond : « un discours porté par l'écriture. » Ce que n'aurait pas désavoué Montesquieu : « dans le gouvernement républicain », écrit-il, « il est de la nature de la Constitution que les juges suivent la lettre de la loi » – liaison de la lettre, du texte et de la loi que l'on ne peut attribuer à une simple coïncidence. Montesquieu utilise en effet ces formules dans le cadre d'une analyse comparée des différentes manières de juger selon les Etats et selon les régimes : « Plus le gouvernement approche de la République, plus la manière de juger devient fixe » (*Esprit des lois*, VI, 3). Ce concept de « fixité », Montesquieu l'oppose à celui d'arbitraire et le rapproche de celui de précision de la loi : « C'était un vice de la République de Lacédémone que les éphores jugeassent arbitrairement, sans qu'il y eût des lois pour les diriger ». A Rome, les premiers consuls jugeaient comme les éphores : « On en sentit les inconvénients et on fit des lois précises » (*Esprit des lois*, VI, 3). La « fixité », c'est donc le contraire de l'arbitraire qui naîtrait de l'absence de loi – lacunes –, et le contraire de l'imprécision – ambiguïtés, antinomies.... La fixité, dit Montesquieu, est la plus grande dans le gouvernement républicain : dans un tel gouvernement, « il est de la nature de la Constitution que les juges suivent la lettre de la loi ». Dans les Etats despotiques, au contraire, « il n'y a point de loi : le juge est lui-même sa règle ». Dans cette typologie, les Etats monarchiques tiennent une position moyenne. Ces Etats ont des lois. Mais tous

n'ont pas de lois précises. D'où deux hypothèses. « Là où elle est précise, le juge suit la loi; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit » (*Esprit des lois*, VI, 3). L'existence de la loi et de sa relation à l'écriture induit donc toute une série de degrés de fixité et de relations au texte de la loi. Ce concept de fixité est celui qu'utilise encore Montesquieu à propos de la Constitution d'Angleterre: relevant la « nullité » de la puissance judiciaire exercée par les tribunaux temporaires, il ajoute: « si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi » (XI, 6).

La liaison loi-texte-écriture est donc assurée. Comme l'est celle du jugement et de la parole: le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi. La formule – qui renvoie étrangement l'écho de certains adages médiévaux: le prince, incarnation de la justice, oraculum du pouvoir divin... – n'est pas isolée chez Montesquieu. « A Rome, les juges prononçaient seulement que l'accusé était coupable d'un certain crime, et la peine se trouvait dans la loi [...]. De même, en Angleterre, les juges décident si l'accusé est coupable ou non du fait qui a été porté devant eux; et, s'il est déclaré coupable, le juge prononce la peine que la loi inflige pour ce fait: et, pour cela, il ne lui faut que des yeux » (*Esprit des lois*, VI, 3). Le juge prononce son jugement – parole –, et il ne lui faut pour cela que des yeux: – des yeux pour lire la loi: qui est donc écriture. La liaison du jugement et de la parole est à ce point constante dans l'*Esprit des Lois* que lorsqu'un organe non judiciaire se voit investi d'une fonction de jugement – ce qui est le cas, à titre exceptionnel, de la partie du corps législatif composée des nobles, cet organe devient à son tour un tribunal qui « prononce », lui aussi...

Ainsi, la spécification de la loi et du jugement autour de l'axe écriture/parole revient-elle avec une constance suffisante pour qu'elle ne puisse être considérée comme simple effet du hasard. Elle fonde en fait toute une typologie des rapports loi/jugement qui conditionne le fonctionnement de l'ensemble du système de modération et de liberté construit par Montesquieu.

C'est en effet parce que – et seulement parce que – la loi est écriture (et expression de la volonté générale), tandis que le jugement est à l'opposé parole (et décision particulière du juge) que le système construit par Montesquieu peut fonctionner dans les conditions mêmes où il l'a imaginé. La spécification de la loi en ces termes conditionne en effet l'« invisibilité » de la puissance judiciaire, elle-même condition ultime de la « modération » du système de la Constitution d'Angleterre. L'écriture, condition de la généralité de la loi, est ainsi la condition de l'invisibilité du jugement – c'est-à-dire de l'absence du pouvoir normatif du juge – et en fin de compte, la condition de la liberté du gouvernement.

La loi qui est, chez Montesquieu, écriture et généralité n'est généralité que parce qu'elle est écriture. Elle n'est devenue, et n'a pu devenir, expression de la volonté générale que le jour où le droit, s'inscrivant dans la loi, dans la loi écrite, celle-ci a été effectivement conçue et traitée comme écriture. La spécificité de l'écriture se marque doublement: dans l'autonomie du texte (Ricœur, Blanchot) et dans ce que Jacques Derrida nomme son « itérabilité ». Ce sont ces caractères qui permettent au droit, lorsqu'il est écrit, c'est-à-dire à la loi, de donner abri à la notion de volonté générale dans toutes ses implications et toute son étendue.

« Solitude de l'œuvre », dit Blanchot. « Absence du signataire », ajoute Jacques Derrida. C'est parce que la loi-écriture se détache de son auteur – parce que son signataire s'en absente – qu'elle peut devenir expression de la volonté générale –

expression impersonnelle de la volonté de tous. Le « signataire » de la loi – le législateur, le parlement – n'intervient qu'au nom, et seulement comme signe, de la volonté générale. Le fait que dans le droit positif français, la loi ne soit définie que comme l'acte élaboré par le parlement – sur quoi, dans les années 30, insiste Carré de Malberg – n'est nullement en contradiction avec cette analyse. Si la notion de loi en droit public est « d'ordre exclusivement formel », c'est qu'en vérité – Carré de Malberg le dit lui-même – seul le parlement est, dans notre droit, investi, comme représentant de la volonté générale, de la puissance d'aborder par une décision initiale les questions que soulève la réglementation d'un objet quelconque. Le droit positif confirme donc pleinement la thèse de la loi-généralité – généralité parce qu'elle est écriture. La définition de la loi par référence à son auteur, la parlement, n'est à proprement parler qu'un critère, et non un énoncé de ses caractères. Le signataire de la loi, par sa signature, fait seulement signe de la généralité de la volonté qu'elle exprime. La loi ne peut être rapportée à son auteur formel, à son signataire, que comme signe de ce qu'elle n'est l'expression de personne en particulier : elle est à proprement parler impersonnelle. Double impersonnalité de la loi : celle, à la fois, de sa source et de son objet. Rousseau est, sur ces deux points, parfaitement clair : « La loi, réunissant l'universalité de la volonté et celle de son objet, ce qu'un homme ordonne de son propre chef n'est point une loi » ; « Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que que la loi considère les objets en corps et les actions comme abstraites ». C'est parce que la loi est écriture et que le texte est autonome que la loi peut être indifférente – à l'égard de tout destinataire particulier ; à l'égard de tout événement spécifique ; à l'égard de toute circonstance déterminée. C'est cela la généralité de la loi – qui se marque ainsi non seulement dans sa source, la volonté générale, mais dans l'objet auquel elle s'applique – « qui est toujours général », jusque dans le temps dont traite la loi.

L'intemporalité est en effet l'autre des formes de la généralité de la loi – elle est aussi un produit de la loi-écriture. Jacques Derrida parle de l'« itérabilité » du texte. « Itérabilité » de *iter*, derechef, qui viendrait du sanskrit *itara*, autre. La fonction de l'écriture est liée à son itérabilité, à sa répétabilité, à la possibilité qui lui est intrinsèque d'« être communicable, transmissible, déchiffrable, itérable pour un tiers, puis pour tout usager possible en général. Toute écriture doit donc, pour pouvoir être ce qu'elle est, pouvoir fonctionner en l'absence radicale de tout destinataire empiriquement déterminé en général. Et cette absence n'est pas une modification continue de la présence. C'est une rupture de présence, la 'mort' ou la possibilité de la 'mort' du destinataire inscrite dans la structure de la marque ». La loi-écriture, destinée à des sujets qui peuvent mourir est donc intemporelle. Et c'est bien la loi, et nul autre qu'elle, qui est désormais le support de l'idée d'intemporalité. Là encore, Rousseau : « Le corps politique, aussi bien que le corps de l'homme, commence à mourir dès sa naissance et porte en lui-même les causes de sa destruction ». Un corps politique mortel qui, à la différence du corps politique de la métaphore, n'est plus perpétuel. C'est qu'en vérité l'idée d'intemporalité trouve un autre support : « Le principe de la vie politique est dans l'autorité souveraine ». Or le dépositaire de la souveraineté, c'est désormais le pouvoir législatif qui est « le cœur de l'Etat ». Et pour que l'Etat subsiste, « le consentement tacite est présumé du silence et le souverain est censé confirmer incessamment les lois qu'il n'abroge pas, pouvant le faire. Tout ce qu'il a déclaré vouloir une fois, il le

veut toujours, à moins qu'il ne le révoque [...]. Voilà pourquoi, loin de s'affaiblir, les lois acquièrent sans cesse une force nouvelle dans tout Etat bien constitué». La loi est bien intemporelle. Et impersonnelle. Elle est donc générale. Et c'est parce qu'elle est écriture et généralité qu'elle doit, ensuite, être exécutée, particularisée, singularisée, appliquée aux situations concrètes, empiriques, qu'elle doit venir régler: la loi, écriture et généralité, exige, appelle, implique, pour que règne le droit, la jugement, parole et singularité.

L'écriture, condition de la généralité de la loi, est aussi condition de l'invisibilité du jugement. La puissance judiciaire ne devient invisible et nulle que si elle s'exerce de la manière prescrite par la loi. Le jugement, exécution singulière de la loi, est, à travers cette exécution, expression de la volonté générale, de la volonté des puissances associées à l'élaboration de la loi: les nobles, le peuple et le roi. Le juge ne modifie pas, par ses jugements, l'équilibre existant entre ces puissances. La spécification de la loi comme généralité et du jugement comme singularité fait ainsi de la puissance judiciaire cette force «en quelque façon nulle» dont la nullité vient de ce qu'elle se contente de transporter à des cas singuliers les volontés de l'ensemble des puissances sociales. Ce qui n'est le cas que lorsque le juge est la bouche de la loi et parce que le jugement est parole.

De la même manière que l'écriture est condition de la généralité de la loi, la parole est condition de l'invisibilité du jugement et – à travers cette singularité – de l'invisibilité de la puissance judiciaire. Tout le système d'équilibre construit autour du principe d'équilibre des puissances repose sur la possibilité de «nullifier» la puissance judiciaire – possibilité qui ne peut résulter que de ce qu'elle est l'exécution singulière d'une volonté générale. Si la puissance judiciaire devenait de quelque manière l'expression d'une opinion particulière du juge, si au lieu de se contenter d'appliquer la loi, elle la créait elle-même, si le juge «était lui-même sa règle», alors la puissance judiciaire en acquerrait, dans le système, un poids propre qui menacerait le fonctionnement de l'ensemble des mécanismes d'équilibre de la Constitution d'Angleterre. Elle conférerait au peuple, outre le poids qu'il tire de sa participation à la puissance législative (chambre basse), celui qui résulterait de la faculté qu'a le juge – parce que, là encore, le jugement est parole et singularité – d'exprimer une opinion particulière, une opinion qui lui serait propre, et de n'être plus, de ce fait, seulement la bouche de la loi, expression de la volonté générale.

La singularité du jugement-parole en fait à la fois le moyen d'être – et de n'être pas – «invisible et nul». La puissance judiciaire sera invisible et nulle si le jugement est seulement une exécution singulière de la volonté générale. La puissance judiciaire devrait en revanche se voir reconnaître un poids propre si le jugement était l'expression d'une opinion particulière du juge. Dans la première hypothèse, le juge n'étant que la bouche de la loi, il en suit strictement la lettre et se contente d'énoncer, dans le cas singulier auquel il est confronté, les conséquences des règles générales inscrites dans la loi, expression de la volonté générale. Le jugement est alors parole et singularité, la parole du juge permettant au jugement d'être l'exécution singulière de la loi. Dans la seconde hypothèse, le jugement est encore parole et singularité; mais le fait que le jugement soit la parole du juge et que le juge puisse en être le maître – alors que l'on ne peut être maître de l'écriture, soumise, elle, à la lecture de ses destinataires –, ce fait donne au juge – si la loi est imprécise ou ambiguë, ou plus radicalement encore, si elle n'existe pas – la

possibilité de faire du jugement l'expression d'une opinion particulière. Dans ce cas, dit Montesquieu, la liberté est menacée, et l'Etat devient despotique.

Révolution de l'écriture – révolution de la loi; « écriture de la liberté » (Starobinski). Révolution au sens exact du terme: à la fois rupture et retour. Rupture, fracture, de la conception du droit prévalant dans ses débuts: un droit identifié alors à la seule justice – à la seule parole – justice incarnée dans le prince, *oraculum* du pouvoir divin et loi vivante – *lex animata* – support de l'idée de perpétuité. Alors que désormais s'impose au contraire la notion de loi-écriture et généralité. Rupture donc – qu'impose l'avènement révolutionnaire de la liberté. Et retour. L'on assiste en effet au transfert du caractère de généralité du droit, de la justice qui en était à l'origine le support, à la loi qui en devient l'expression et la seule traduction. Une différence cependant: la révolution qu'opère la notion nouvelle de loi conjoint, dans son caractère de généralité, deux éléments restés jusque-là distincts: l'impersonnalité attachée à la *themis* de l'Antiquité, et l'intemporalité, la perpétuité, reconnues à la justice de la métaphore.

Mais on voit bien maintenant qu'il ne s'agit plus d'une simple métaphore. Au delà de la comparabilité des figures, c'est désormais toute la structure – l'ordre interne le plus profond – de l'ensemble des relations du juge et de la loi qui se trouve mis à jour par la métaphore de la bouche de la loi. Ce n'est plus une ressemblance approchée qui est utilisée pour conclure au statut exact de la réalité. C'est désormais la réalité même, au plus profond de sa vérité, qui se trouve décrite par la métaphore – qui en devient une fausse métaphore. Non seulement Montesquieu, assimilant la relation du juge et de la loi à la relation de la parole et de l'écriture, n'en propose pas une métaphore, mais il rend par là exactement compte des mécanismes les plus essentiels de la relation loi/jugement. Pendant longtemps, la Loi, acte du Souverain, a été traitée comme parole, à l'image même du modèle mythique sur lequel elle a été construite – le modèle de la loi divine: Parole terrible énoncée, dans l'Ancien Testament, du haut de la Montagne par la Divinité qui la communique aux hommes par son Prophète; et dans le Nouveau, Verbe fait Chair. C'est cette vision mythique qui est à l'origine de la construction théorique et pratique de la loi comme produit de l'industrie du Législateur, expression de la volonté de son seul Auteur. Lorsque Montesquieu fait du juge la bouche qui prononce les paroles de la loi, il ne fait en vérité que rétablir les relations du juge et de la loi dans le rapport exact existant entre la loi comme texte, écriture et généralité, et le juge qui dit le droit – *jurisdictio*, parole – à l'occasion du traitement singulier de l'affaire qui lui est soumise.

2°. On peut cependant encore aller plus loin dans l'analyse de la place de la métaphore dans le discours juridique. Tout le discours juridique, en effet – un discours dont la loi est l'expression la plus essentielle –, tout le discours juridique est une métaphore. La loi, dirais-je volontiers, est une métaphore de la réalité.

Qu'est-ce qu'une loi? Il est temps de s'interroger... C'est d'abord un instrument de traitement de la réalité – un outil utilisé par la société pour se conserver (la loi selon les positivistes, comme obligation assortie d'une sanction: « si tu violes l'ordre existant, je te punis ») ou pour se transformer (la loi selon les réalistes: la loi est ce que le juge, seul apte à percevoir les besoins les plus actuels et les plus singuliers du corps social, dit qu'elle est). Dans les deux cas, instrument de traitement de la réalité, la loi doit donner de la réalité à traiter une image desti-

née à permettre de figurer approximativement la situation soumise au traitement et indiquer les conditions auxquelles le traitement en sera assuré : la situation ne sera traitée que si elle présente les caractères suivants... – cela s'appelle les conditions pertinentes de mise en œuvre de la loi –, et l'agent de traitement vérifiera que ces conditions sont bien réunies dans la réalité qui se présente à lui – il procède à ce que l'on appelle en droit une opération de qualification des faits...

Mais on comprend aisément qu'un tel instrument de traitement de la réalité ne puisse jamais, compte tenu de la complexité du réel, reproduire exactement la réalité qu'il doit, avant de la traiter, donner à voir. La loi n'assure pas de fonction de représentation de la réalité – au mieux en assure-t-elle une représentation schématisée, nécessairement approchée. Pour marquer cette distance de la représentation à la réalité représentée, Paul Ricœur dit du récit qu'il assure une fonction de représentance du réel. Je reprendrai volontiers ce terme pour désigner la fonction assignée à la loi. La loi retient de la réalité les seuls éléments qui la caractérisent au regard du traitement dont elle doit faire l'objet – qui pourront différer d'une loi à l'autre, d'un traitement à l'autre... Ainsi le même individu – chair et os, brun ou blond, vieux ou jeune, homme ou femme – fera-t-il l'objet de la part de la loi de caractérisations différentes selon qu'on le considérera comme électeur – la « réalité » de la loi, ce sera l'individu, peu importe son sexe, âgé de plus de 18 ans, jouissant de ses droits civiques... – ou comme fonctionnaire – la « réalité » de la loi, ce sera alors celui qui, titulaire d'un grade etc... La loi n'appréhende jamais que des aspects limités de la réalité empirique dont elle retient ceux seuls qui sont pertinents au regard du traitement qui doit en être assuré. La loi, représentation approchée, reproduction approximative, figure, métaphore de la réalité. Mais cette figure – par la loi, dans la loi – de la réalité dit, en vérité, la structure même de l'objet « loi ».

Quelle structure ? – Une structure qui, commandée tout entière par le procès de similarité placé au cœur de l'opération métaphorique, rend compte des caractéristiques des grands types de doctrines juridiques qui ont tenté de définir l'objet « loi ». Si, comme je le prétends, la loi est en effet une métaphore de la réalité, à l'analyser ainsi on peut alors mieux comprendre comment les doctrines juridiques se distribuent de part et d'autre de cet axe de la représentance – les unes et les autres de ces doctrines s'abîmant, selon le cas, du côté d'une sur- ou d'une sous-représentation de la réalité. Il est acquis, on le répète, que la loi n'assure qu'une fonction de représentation approchée – de représentance. Mais, en deçà ou au-delà, on voit les doctrines juridiques vouloir faire de la loi soit – dans le cas des doctrines positivistes – un instrument parfaitement abstrait, complètement coupé de la réalité dont elle devrait assurer le traitement : la loi est alors réduite à sa seule séquence légale : le texte seul de la loi, qui fait alors l'objet d'une interprétation littérale, grammaticale ou exégétique, sans référence aucune à l'environnement social, ni aux conséquences éventuelles de la décision prise dans de telles conditions – sous-représentation flagrante... ; soit – dans le cas des doctrines réalistes – un outil aussi exactement adapté que possible – croit-on – à une réalité qu'il s'agit de figurer au plus près – ce qui donne lieu à la réintégration forcée dans le raisonnement juridique – outre la séquence légale – de séquences liées à la subjectivité et aux valeurs – politiques, en particulier – qui, en amont, commandent à l'interprétation du texte de la loi, et en aval, des conséquences des décisions prises sur la base de telles considérations textuelles ou extra-textuelles.

Figuration/sur-représentation de la réalité – car la norme n'est pas faite pour reproduire la réalité.

Ainsi s'esquissent, à partir d'une telle analyse, les deux types symétriques et inverses de défauts ou défaillances de la théorie ou du raisonnement juridiques. Deux types de troubles, en effet: les uns qui tiennent à la sur-abstraction dont fait preuve le juge dans son raisonnement sur la loi quand il s'en tient au texte et à son interprétation littérale: le juge ignore alors la continuité – la contiguïté – et l'enchaînement des séquences qui font le raisonnement et pourraient le rendre plus adéquat à la réalité; les autres qui tiennent, sous prétexte de réalisme, à la sur-représentation, à la sur-figuration de la réalité et au privilège accordé, dans le raisonnement et la décision du juge, à des considérations qui n'ont plus grand-chose à voir avec la loi – le juge tombant alors d'un excès dans l'autre et accentuant ce qu'il croit devoir être la fonction de la loi – d'être le calque de la réalité.

Troubles de la similarité, troubles de la contiguïté, disait Jakobson à propos de l'aphasie. Ce sont exactement ces mêmes troubles qui affectent le fonctionnement de la loi et des doctrines destinées à en rendre compte...

Ceci n'est pas une métaphore.

Université de Paris 1 - Panthéon-Sorbonne