

POUR DES « CONCEPTS JURIDIQUES *ÉPAIS* » : ENTRE UN PASSÉ SÉDIMENTÉ PAR LE FUTUR ET UN FUTUR PRÉEMPTÉ PAR LE PASSÉ

Alain PAPAUX

*Professeur de Méthodologie juridique à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne,
Professeur invité au Laboratoire de Théorie du Droit de l'Université d'Aix-Marseille*

Abstract: *The internal, intrinsic, review of concepts means that their semantic content is constantly in evolution. This internal movement is masked by the narcotization of dissimilarities in contrast of similarities in the semantic analogic texture of the concept.*

This blindness to the internal evolution reflects an idealistic metaphysical choice, from which primacy is attributed to the type over occurrences and to the law over the cases, making the second terms not necessary to the first. Thus legal theory can claim an application of the pure law away from all influence of cases, application without interpretation.

We support, in contrast, that cases retroact on the meaning of the concept, that occurrences are sedimented in a type, which obtains its semantic structure, which reciprocally offers interpreting directions for future occurrences.

We outline the logic at work in this dialectic of type and occurrences.

I. Quand l'épaisseur conceptuelle ouvre à la dynamique juridique

Par révision des concepts juridiques, nous désignerons un mouvement interne, intrinsèque même, aux concepts, habités par une historicité (que l'on peut dénommer exercice en philosophie), point toujours bien perçue, moins encore volontiers reçue, par le droit dont on attend l'instauration et le maintien d'un ordonnancement, ordre qu'une tradition moderne néoplatonicienne nous incline à entendre statique.

Si une partie de la théorie du droit – la plus littéraliste, jusqu'à comprendre *theoria* comme contemplation des Idées selon une veine idéaliste – se contente d'un discours sur les apparences – Présentation –, la pratique juridique, par définition réaliste – Effectuation –, constate un ordre dynamique, réseau de lignes interprétatives bien plus que de significations ou essences (*eidōs*, Idée ou forme dans l'obédience platonicienne) « ab-solues ». Pareil ordre s'établit selon une dialectique « type/occurrences », plus précisément une « dia-logique », se déployant du type vers « ses » occurrences, réciproquement des occurrences vers « leur » type, selon d'incessantes rétroactions, donnant de l'histoire au concept, de l'épaisseur, à l'intérieur d'une fenêtre temporelle au sein de laquelle l'occurrence exerce le type.

Schwind décrit fort bien le jeu de la Présentation et de l'Effectuation, par trop dominé par les apparences, les « formes » (Idées), masquant la révision interne des concepts, rendue de la sorte imperceptible :

« Pour le droit même comme système de règles normatives cette évolution signifie un changement profond. Les règles normatives dans leur forme extérieure sont invariables comme les termes qui les expriment. Mais ces *formes* [nous soulignons] ne sont que des capsules dont le contenu est variable sans qu'on s'en aperçoive. La capsule reste invariée jusqu'au moment où le contenu a tellement changé que la capsule éclate et on doit en trouver une autre qui s'adapte mieux à la fonction changée. Le système juridique entier, considéré par la plupart de la doctrine comme une structure presque fortifiée qu'on peut interpréter mais qu'on ne peut pas changer, est mis en cause. L'invariabilité du système est plus apparente que réelle. Les termes invariants n'indiquent point que le contenu et la fonction sont encore les mêmes qu'ils étaient au moment de la création desdits termes »¹.

La notion de dignité humaine illustre la rétroaction des cas sur la catégorie juridique : elle changera sensiblement de sens selon que les magistrats admettront ou pas la gestation pour autrui, la légitimité d'une activité professionnelle consistant à être l'objet d'un lancé (de nain), les pratiques sado-masochistes confinant à des atteintes plus ou moins graves, mais « consenties », à l'intégrité corporelle, la dignité (ou pas) de l'embryon ou l'interruption de l'assistance mécanique à des comateux graves. La référence à la dignité équivaut à un véritable paradigme dans le cadre de la révision des concepts. N'est-elle pas un principe général, le plus fondamental de tous même, à suivre la doctrine des droits de l'homme aujourd'hui, nullement au sortir de la seconde guerre mondiale, reconnue certes dans les Préambules non-contraignants, mais aucunement au principe de l'ordre juridique démocratique moderne avant le XX^e siècle² ?

Pareille plasticité habite, en vérité, tout concept juridique, sauf à en admettre l'univocité, passant de la sorte outre et les mises en garde d'Aristote quant à la confusion des mots et des choses, les premiers moins nombreux que les secondes les condamnant à l'ambivalence – jusque dans l'œuvre du législateur –, et les constats des linguistes, relayés par les sémiologues, relevant la nécessaire médiation d'un contexte dans la construction sémantique³ de l'univocité d'un terme alors compris de manière semblable (jamais identique) par les lecteurs.

¹ F. Schwind, « Aspects et sens du droit international privé », in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Sijthoff, Leyde, 1984, IV, 9 ss, p. 125-126.

² La Constitution de la Confédération helvétique de 1848 par exemple ne contient pas le mot « dignité », lequel n'apparaît que dans la Constitution actuelle de 1999, entrée en vigueur en 2000.

³ En pratique, la sémantique d'un signe ou d'un concept ne peut être isolée et de la morpho-syntaxe et de la pragmatique dans lesquelles il s'insère, mieux *au sein* desquelles il *s'exerce*, notion sur laquelle nous reviendrons.

Le juriste se souviendra ici du retournement des apparences du discours positivistes masquant la démarche effective d'interprétation, à savoir que la clarté d'un texte⁴ ne constitue pas le point de départ de l'accord de tous ses lecteurs mais l'exact inverse : le sens d'un texte apparaît clair, univoque, parce que tous ses interprètes lui confèrent un sens semblable, analogue : « comme il ne fait pas l'objet d'interprétations divergentes et raisonnables, on le considère comme clair »⁵. L'absence de divergence le doit essentiellement à la considération scrupuleuse de la situation concrète, en particulier ses éléments de contexte dont la configuration permet de réduire l'ambiguïté de nature non seulement du mot ou signe mais de toute loi en tant que détermination générale et abstraite, à la manière d'« instructions permettant leur désambiguïsation contextuelle »⁶. La notion de « majorité accomplie » s'entend-elle du premier instant du jour de cette majorité ou du dernier de l'année concernée ? Ceux qui toujours avancent ce même exemple de texte absolument univoque ignorent la force des habitudes qui arrête la première branche de l'alternative et cèlent de surcroît l'intervention, certes discrète, en amont, du droit international privé, supposant que tel droit national a été choisi pour affirmer que cette personne y est majeure.

Peut-être Schwind envisage-t-il une hypothèse, une déportation de sens, plus audacieuse, à la manière des airs de famille à la Wittgenstein, réunissant des entités semblables, dont l'enchaînement des analogues aboutit à une entité dernière de la chaîne comprise dissemblable de l'initiale, comme une signification étrangère, et pourtant rangée comme elle sous le même concept.

Le droit est familier de ces changements internes profonds de sens opérant sous une forme immuable. Les causes de divorce étaient fort limitées dans les droits continentaux des XIX et XX^{es} siècles, et ne comprenaient pas le motif d'un consentement mutuel. Les juges eurent pourtant à décider de cas reposant sur ce principe mais habillés sous un motif légal⁷. Ils consentirent à

⁴ L'expression « clarté d'un texte » constitue déjà une conséquente approximation car la clarté porte sur le *sens* du *texte*, « son » sens, et non son *signifiant* moins encore sa matérialité : du papier, de l'encre, des signes d'un alphabet reconnaissable. De surcroît, « son » pose difficulté (comment un sens « appartient »-il à un signe, voir la note précédente) et *sens* s'entend aussi bien du signifié que de la référence, le « sens » jouant ou se jouant quelque part *entre* signifiant, signifié et référence, de plus au sein du cycle *infini* de la sémiotique ; et le texte n'est assurément pas la norme. À l'aune de ces flottements, l'univocité équivaut à un vain rêve.

⁵ C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1979, p. 36. Le philosophe du droit belge est animé d'un esprit pragmatique dont la lucidité lui vient d'Aristote, dont ses théories s'inspirent avec tant d'intelligence et d'humilité, lesquelles devraient conduire tout un chacun à rejeter l'idée d'univocité si évidemment démentie dans le cas de locuteurs ressortissant à une langue différente ou à une époque éloignée du « texte » à l'examen.

⁶ U. Eco, *Dire presque la même chose*, Grasset 2006, p. 33.

⁷ Voir par exemple, dès les années 1950, G. Simson, « L'évolution du droit moderne du divorce », in *Revue internationale de droit comparé*, 1957, vol. 9, n° 2, p. 390 : « la jurisprudence de nombreux tribunaux français tolère en définitive le divorce « par consentement mutuel » même couvert par une cause de divorce simulée. De même, dans la pratique judiciaire *grecque*, en dépit de l'inexis-

cette Présentation biaisée, par consonance aux mœurs libérales ayant cours, non sans interpeler le législateur sur l'inadaptation de la règle⁸. Fut ainsi introduit un nouveau motif – et d'autres abandonnés, la faute souvent – consacrant le divorce par consentement mutuel, pendant en quelque sorte du contrat de mariage, démarche que concluait logiquement le concept de « démariage ». Si l'étiquette ou capsule « divorce » demeurait identique, la signification, jusqu'à la fonction, en était modifiée – du « divorce sanction » au « divorce faillite » –, n'ébranlant pas pour autant le système juridique, capable d'assumer d'aussi amples variations, sous la même apparence. L'univocité ne semble donc aucunement nécessaire à sa survie, pas plus qu'à sa sécurité.

Le droit international privé nous l'enseigne exemplairement. Le concept d'épouse, dont l'univocité ne semble guère prêter à doute dans les pays de tradition chrétienne, et plus assurément encore avant les « mariages pour tous », a pourtant connu une déclinaison jusqu'à la consécration d'une gradualité, un « plus ou moins épouse ». En suite de l'intervention de l'effet atténué de l'ordre public, des mariages polygamiques ont été reconnus en France dans certains de leurs effets, pour les successions et filiations par exemple, non pour les fiscalité et sécurité sociale. Une épouse dont le mariage a été célébré en France est donc davantage épouse qu'une femme mariée à l'étranger, *more islamico* notamment, sans que l'étiquette de la capsule « épouse », à laquelle on réduit trop rapidement le concept, n'en soit modifiée, pas plus que la signification d'épouse telle qu'on en parlait en droit interne, alors même que des effets du mariage polygame pénétraient le droit national ; la seconde épouse par exemple entrait en succession et ses enfants en légitimité. Le concept d'épouse ainsi excédait l'univocité, se lisant dans sa pratique selon l'épaisseur d'un gradualisme. Les nuances d'un « plus ou moins » atteignirent également le concept de divorce jugé équivalent de la répudiation selon l'analogie et non l'identité, à la double dissemblance, double motif dont on exigeait correction pour reconnaissance, de l'intervention d'un juge civil (et non de la seule autorité religieuse) et du versement d'une pension correcte. D'aucuns pouvaient penser que seuls les concepts de droit international privé étaient révisés, oubliant que la question de l'extranéité surmontée, il y a lieu à application du droit interne, la situation « étrangère » déployant des effets, certes « atténués » – afin de contenir les déplacements de sens dont sont affectés les concepts de droit interne à l'intérieur des valeurs qu'il juge essentiels (effets atténués de l'« ordre public ») –, mais bien réels sur les catégories internes, leurs apparences dussent-elles demeurer inchangées.

tence du divorce par consentement mutuel, on aboutit fréquemment à un résultat identique par allégation commune de causes fictives ».

⁸ J. Commaille *et al.*, *Le divorce en Europe occidentale : la loi et le nombre*, PUF, 1983, p. 17, soulignent à ce titre : « Sous ce régime ancien [avant la révision ouvrant le divorce par consentement mutuel], le divorce par consentement mutuel, à l'instar de ce qui se pratiquait en France et dans bien d'autres pays, était dans les faits possible et largement pratiqué ».

Sans doute d'autres épaisseurs conceptuelles se laissent-elles envisager : selon un centre et une périphérie (*core* et *penumbra*, comme Hart le soulignait), dessinant une sorte de topologie ou géographie sémantique, opérant selon une logique gradualiste ; ou selon des sens dit « propre » et « figuré », souvent juxtaposés à mesure que l'on s'éloigne de leur possible origine commune. Sans doute encore ces autres épaisseurs ne sont-elles pas rebelles à quelque rétroactivité des occurrences sur le type.

Nous intéresse ici, parce qu'elle se trouve au principe de tout droit écrit et qu'elle en porte la dynamique, pourtant célée, l'« opposition »⁹ entre « général et abstrait » (le type, souvent légal) et « singulier et concret » (les occurrences)¹⁰. Les étiquettes dont la doctrine use traditionnellement pour en rendre compte au mieux en décrivent les apparences, simple Présentation, sans jamais en expliquer le ressort, l'Effectuation : *Konkretisierung*, Subsumption, syllogisme, déduction¹¹, *claris non fit interpretatio*... notamment.

Pourquoi borner l'analyse à la surface du phénomène juridique, corrélativement négliger ou ignorer cette dynamique interne des concepts ? N'est-ce pas que l'incessante redéfinition des concepts semble remettre en cause la fonction primordiale pour laquelle les concepts juridiques ont été forgés : instaurer de l'ordre, ordonnancement cognitif (gnoséologique) comme tout concept mais encore social pour les concepts juridiques, déployant leurs effets au-delà des requisits de la communication pour maintenir du collectif, selon la force – plutôt l'autorité - instituante du droit ?

II. Les concepts juridiques assurent-ils la sécurité du droit ?

L'exposition de la dialectique type/occurrences, savoir le mouvement naturel incessant du signifié ou type par rétroaction sémantique des cas (références), semble menacer l'ordre. N'est-ce pas plutôt notre appréhension de la sécurité juridique, quintessence de cet ordonnancement, qui s'avérerait erronée ? La sécurité juridique est traditionnellement réduite à une sécurité formelle, dans la ligne du regard positiviste qui s'arrête à la surface, à la « forme », par simplification, réduction propre à toute démarche prétendant à scientificité.

⁹ Caractérisation sur laquelle nous reviendrons en montrant qu'elle ne s'impose aucunement à l'esprit mais découle d'un *choix* d'une certaine métaphysique, peu pragmatique à tout dire ; nous lui préférons celle d'*exercice* du type par les occurrences.

¹⁰ La première épaisseur se situe à un méta-niveau par rapport aux autres (*core/penumbra* et *propre/figuré*), lesquelles en sont comme des modalités techniques en lesquelles se redistribuent les fruits de la dialectique « type/occurrences ».

¹¹ Jusqu'à admettre, malgré l'incohérence logique, une déduction (à partir) des faits, à l'exemple de l'art. 8 du Code civil suisse : si déduire se dit d'une inférence se conduisant *top-down* ; étant déjà au *down* avec le fait qui constitue en effet le *bottom* (comme on le voit dans l'inférence inverse, l'induction, remontant du fait ou du cas vers la loi ou le général, soit une direction *bottom-up*), on ne saurait descendre plus bas (*bottom*) en déduisant encore de là, du *bottom*, vers... on ne sait quoi.

Si les mots, voire des textes entiers, étaient pour l'essentiel clairs, pourquoi le droit use-t-il abondamment et sciemment d'*open textures* au champ sémantique par nature vague, non-univoque ? Comment concevoir un ordre rigoureux élaboré à partir de concepts de base plus flous les uns que les autres, quand ils ne donnent pas dans le sentiment¹² : dignité, bonne foi, équité, principe de confiance, égalité, diligence, précaution, « raisonnable », ordre public, État de droit... ? Les *open textures* étant intrinsèquement « épaisses », quasiment « informes », et le système juridique constituant bien un ordre stable, la « sécurité juridique formelle »¹³ n'est pas apte à rendre raison de cet ordre. Elle ne regarde en vérité pas à la pratique, se contentant (la réduisant) du résultat d'un processus complexe d'entre-détermination du sens généralement reconnu au concept employé¹⁴ et du contexte dans lequel il est exercé, dont on espère, non sans exagération, qu'il atteindra la situation de vie dans son idiosyncrasie même. La sécurité juridique formelle se construit sur un résultat achevé, sur les apparences du phénomène juridique, littéralement son exposition ou Présentation, et non sa démarche effective, souvent tâtonnante, hésitante (*infra*), son Effectuation.

Qu'il nous suffise de relever la conception obsolète et chimérique de la langue sur laquelle repose la sécurité juridique formelle : une langue pur vecteur de la pensée, neutre de surcroît, la transportant sans perte ni reliquat d'un émetteur vers un récepteur animé du privilège insensé de la recevoir objectivement et passivement, sans médiation de sa propre culture. On y reconnaîtra aisément des fondements de la figure moderne de la loi, forme aboutie du droit écrit, oubliant que la sagesse des juristes consacre la sécurité du droit et non la sécurité de la loi.

Le droit assure pragmatiquement la sécurité juridique en se fondant sur le relationnel, emblématiquement en recevant, sédimentant et redéployant des *social patterns*, souvent exprimés dans les *leading cases*, dont il assure l'élaboration et la diffusion par voie d'analogie, si expresse et familière aux comparatistes et internationalistes privatistes par la recherche des similitudes en vue d'apprivoiser l'extranéité. Il ne s'agit plus, dans la sécurité juridique relationnelle,

¹² Ainsi l'arbitraire est-il notamment défini tout acte contrevenant au *sentiment* de la justice tel qu'il existe à une époque donnée, dans une société donnée, à suivre le Tribunal fédéral suisse par exemple.

¹³ A. Papaux, « Sécurité juridique formelle *v.* Sécurité juridique relationnelle », in *Revue de droit suisse*, Bâle, Helbing&Lichtenhahn, 1/2012, p. 33-62.

¹⁴ Ce « généralement » renvoie aux notions de citoyen standard, d'homme raisonnable, et autres analogues, elles-mêmes très ouvertes, *open textures* au dernier degré. Apparait l'extrême complexité de la construction et advenue de sens, état temporairement stabilisé dans le cycle infini de la sémosis, à partir de notions à texture ouverte mobilisant elles-mêmes d'autres notions à texture ouverte, construction (*to construct* en anglais signifie aussi interpréter) sans commune mesure avec l'image d'Epinal d'une *application* de la loi, prétendue objective (*claris non fit interpretatio*) voire géométrique (*more geometrico*).

d'appliquer une loi à un cas, de la concrétiser¹⁵, comme si les deux entités en jeu, le type et l'occurrence (pour simplifier), appartenaient à des mondes distincts, absolus l'un de l'autre, mais d'exercer la loi « à partir du cas » c'est-à-dire par et dans un certain contexte dit d'application, lequel est toujours pris dans un tissu de relations, juridiques en particulier.

Le phénomène juridique fait sens par son insertion dans ce réseau, moment résolument sémiotique de toute démarche juridique, seul à rendre raison du « bien hésiter »¹⁶ du juge indiquant que plusieurs parcours au sein du réseau-Droit ont été envisagés et mis à l'épreuve et que le plus pertinent a (possiblement) triomphé. À l'aune d'une pareille conception pragmatique, opinions individuelles comme dissidentes en rien ne sapent l'autorité du droit, exhaussant, au rebours, la pertinence de la solution retenue en en montrant, en creux à tout le moins, les raisons.

Aux termes de cette esquisse du fonctionnement réticulaire dynamique du droit, la sécurité juridique se circonscrit comme la favorisation du choix d'un certain parcours sémiotique, émaillés d'indices, plus attendu que d'autres possibles en ce qu'il est désormais plus apprivoisé, correspond à des habitus jusqu'à devenir exemplaire et guider alors, à la manière d'un prototype¹⁷, l'exercice ultérieur du type à l'occasion d'une nouvelle occurrence, littéralement *leading case*. En bref, la sécurité juridique est bien plutôt une affaire de réseaux, serrés, denses, épais, de significations (à l'apprentissage long et souvent pénible sur les bancs des facultés de droit) que l'addition – mystérieuse de surcroît – de sens ponctuels objectivement déposés dans les mots¹⁸.

Au cœur de la pratique du droit se trouve ainsi la causalité exemplaire, le cas qui fait école, « cas d'école », permettant l'apprentissage comme la pratique du droit, opérant (« actant » dans un langage pragmatique précis) par extension d'un raisonnement juridique par analogie apte à régler, à partir de cette unité cognitive, l'ensemble des cas jugés analogues.

¹⁵ *Konkretisierung* dit-on en allemand, qu'en la même langue *Subsumtion* vient contredire en ne retenant que le général de la situation et non sa spécificité, son type et non ses singularités.

¹⁶ Présence du désaccord initial entre parties pour le magistrat, choix à opérer entre diverses solutions (« montages ») juridiques possibles pour le conseil juridique ou l'avis de droit. B. Latour, *La fabrique du droit*, La Découverte, Paris, 2002, montre le tâtonnement, l'hésitation, au cœur de la démarche de la plus haute juridiction administrative française, paradigmatique d'un droit en acte, se pratiquant, s'exerçant (notion d'exercice sur laquelle nous reviendrons) : un concept juridique déploie sa réalité instituante et prescriptive par et dans le cas à régler.

¹⁷ À la vérité un « pro-type », à la place du type trop général et abstrait pour servir de guide pragmatique dans l'élaboration du raisonnement par analogie qui aboutira à « subsumer » l'occurrence « sous » le type.

¹⁸ Ce que l'on dénomme couramment « mot » ne constitue pas, pour les linguistes, une unité pertinente.

Les *open textures* ne posent donc pas un problème de sécurité juridique formelle, au motif principal que le concept juridique ne poursuit pas la forme (*eidos*) comme telle, comme fin en soi, mais recherche une certaine préhension de la pratique, y voyant et instaurant, tout à la fois, une certaine régularité, *regula* (d'où les règles), moins illusoirement exigeante qu'une essence, plus pragmatiquement ordonnée que la contingence. En termes de logique, la démarche juridique ne s'inscrit pas plus dans l'objectivité qu'elle ne donne dans l'arbitraire, dévoilant un monde trivalent, celui de l'ars interpretandi depuis toujours, celui de l'herméneutique depuis peu : le sens est aussi dans la dépendance d'un sujet, donc subjectif, selon la culture de l'émetteur comme du récepteur, le cercle herméneutique répondant à sa manière au cycle infini de la sémiotique.

Ainsi n'est pas en jeu le concept juridique comme tel, tout concept étant par nature sémiotique, ambivalent ou plurivalent, mais d'une part les ressorts de l'évolution des concepts juridiques, prosaïquement l'influence des « faits » sur les catégories juridiques notamment (si emblématiques des concepts) – la révision interne induite par les faits juridiques –, d'autre part la manière qu'a le concept de saisir le réel, schématiquement le passage du type (signifié) à l'occurrence (référence) – l'exercice du droit par le cas (ou de l'« application » hésitante de la loi). Avant d'analyser, trop frustement sans doute, ces deux moments nodaux de la dynamique juridique, convient-il d'esquisser pourquoi la doxa positiviste ne les peut percevoir.

III. Une dynamique juridique imperceptible, une révision inaperçue

L'unité du type rassurant plus que la diversité des occurrences comme l'Idée du droit plus que la pratique, le concept juridique se voit charger, dans un univers de droit écrit, de fixer, dans des formes très largement légales, l'avenir des relations juridiques dans la lumière apaisante de la sécurité du droit.

Pourtant, cet arrêt – comme on le dit fort justement du jugement, oubliant toutefois qu'il désigne corrélativement un mouvement, un processus, exactement un procès – fixe moins qu'on ne le pense et l'espère les réalités sociales¹⁹, du simple fait déjà que le texte n'est pas la norme, équation qu'eût dû abandonner tout esprit juridique si le droit avait réellement procédé à son

¹⁹ Pour reprendre l'exemple du divorce par consentement mutuel, non seulement la *pratique* dessine l'*Idée* du droit : « En instaurant la possibilité du divorce sur requête commune dans le code civil, le projet formalise la réalité juridico-sociale, [...] » relève le gouvernement helvétique (Feuille Fédérale 1996 I 1, p. 85) ; mais encore l'esquisse même à l'encontre du texte « clair », et limitatif en l'occurrence, de la loi : « Le divorce à l'amiable s'est ainsi depuis longtemps répandu sur une grande partie du territoire suisse, malgré la teneur du texte légal. » (Feuille Fédérale 1996 I 1, p. 20-21). Primauté de la pratique affirmée chiffres à l'appui : « La pratique n'a toutefois pas répondu aux prévisions du législateur de 1907, qui pensait que les causes déterminées de divorce seraient appliquées en règle générale, alors que l'article 142 CC [la clause générale] ne le serait qu'à titre subsidiaire. Environ 98,6 % des divorces prononcés en 1994 sont fondés sur la clause générale de la désunion profonde. » (FF 1996 I 1, p. 20) Le *type* est décidément bien sous influence des *occurrences*, en amont comme en aval de la loi.

linguistic turn : «“tournant interprétatif” c’est-à-dire l’attention de premier plan portée au fait que la réglementation juridique est, dans sa substance même, du sens et aux problèmes herméneutiques qui se trouvent liés à cette nature constitutive»²⁰.

On peut bien arrêter le texte du droit – ce qu’on dénomme habituellement « loi » – , on n’a pas pour autant fixé le droit, à l’enseigne du constat épistémologique de la béance entre la loi, générale et abstraite et le cas, singulier et concret, déjà dressé par Aristote, il y a 23 siècles, soulignant que les mots ne sont pas les choses, le limité l’infini, et que procédant avec ceux-là, on ne manipule pas pour autant celles-ci. Adoptant une approche « pragma-tique », reconnaissant précellence aux pragma-pragmata - les « existants » - sur les Idées ou essences, au motif d’une réalité ontologique plus achevée, plus complète, attestée par une caractérisation plus riche (voire infinie) des occurrences que des types, nous distinguerons l’application d’un concept – une loi notamment – de son exercice. La première est statique et encadrée, le second est dynamique et « embarqué » (*embedded*), le concept-cadre – si prisé des juristes – se révélant en pratique concept-matrice, ne se contentant pas de recevoir (l’action d’un réceptacle se réduisant à un formatage) dans un cadre mais produisant quelque avenir sous l’indication d’une direction herméneutique : l’indice de se mue en indice pour (verrons-nous encore), le futur préempte le passé en ce que les cas réalisés sont sédimentés en tel concept en vue d’un dire-le-droit (« *iuris-dictio* ») à venir, où se tient la prescriptif.

Prescrire au sein d’un cadre en écartant *ab ovo* ses possibles modifications manque la justice pour s’abîmer dans le juridisme, volontiers légaliste. Si le présent n’était gros de l’avenir, en quoi résiderait la normativité ou la prescription ? Le commandement (*potestas*), auquel se rattache la sanction, graal aussi bien que deus ex machina du positivisme classique, n’est qu’une « con-formité », plate répétition d’un même, d’une même forme précisément, monde homogène qui contrevient aux notions de *praxis* et de justice ; « le plus souvent » sera mesure, non le nécessaire, l’analogie non l’identique, la synthèse des analogues qu’est le concept ne pouvant qu’être dynamique : les ressemblances retenues (exhibant quelque *regula*) sont pénétrées des dissemblances qui font la singularité des occurrences les unes par comparaison avec les autres et qui n’ont été que momentanément narcotisées (selon la suggestive formule de Eco) et non annihilées, comme le montre les premières et dernières occurrence des chaînes élaborées dans la logique des airs de famille et qui semblent ne plus rien avoir en commun, laissant triompher les seules dissemblances entre elles alors qu’on les subsume sous la même étiquette.

Nous dirions dès lors peu en avançant que la distinction entre application et exercice du type par les occurrences infléchit sensiblement l’opération de

²⁰ P. Amselek, « Propos introductif », in *Théorie du droit et science*, PUF, Paris, 1994, p. 7.

révision interne des concepts. À ce titre soulignerons-nous, avec Schiavone, la logique endémique en l'esprit des juristes de tous temps de l'exclusion réciproque de *nomos* et de *chronos*, de la règle et du changement (temps), exhibant le ressort de tout ordre dans une pensée d'obédience platonicienne²¹ : arrêter le devenir, le mouvement, le changement. Aristote, lui, tentera de l'appriivoiser, sachant l'illusion de le retenir, pis de l'arrêter, raison philosophique pour laquelle sa pensée (verrons-nous) participe de la *mêtis*, de l'abduction et inspire un pan de la sémiotique contemporaine, d'un U. Eco notamment. Il siérait par conséquent de distinguer arrêter au sens de fixer, *nomos* niant *chronos*, ce qui ne tiendra qu'un temps – la capsule de Schwind – et arrêter au sens de stabiliser, *nomos* suspendant (temporairement) *chronos*, le temps d'instaurer un ordre, ouvrant une fenêtre temporelle de stabilité, une durée de constance, mais non une essence pure de changement, de devenir, ainsi que le requiert en toute rigueur de pensée le concept-cadre.

La notion de révision change par conséquent fondamentalement selon l'acception de « concept », schématiquement le concept-cadre ou le concept-matrice. Parallèlement selon que l'on conçoit le rapport entre loi et cas ou type et occurrences selon l'application ou l'exercice, soit une conception statique, dont témoignent les figures de la subsomption, du syllogisme ou de la déduction, soit une conception dynamique, indiquée par la rétroaction sémantique des occurrences sur le type et l'abduction. Ces deux dernières sont pratiquées par les juristes mais souvent dans l'ignorance de leur structure logique, conduisant à une schizophrénie cognitive, le discours officiel du droit – Présentation – étant statique et la pratique juridique – l'Effectuation – dynamique. À preuve, la jurisprudence, ou « *iuris-dictio* », qui fait (« dit » plus exactement) le sens vivant du droit, ne ressortit point de la théorie des sources formelles. N'est-ce pas que l'application de la loi y est conçue comme un accident au sens philosophique, savoir un moment qui se surajoute à une réalité – en vérité une essence – complète en elle-même, ce qu'affirme si nettement le légalisme ? Vision idéaliste, de l'eidos du droit, négligeant son mouvement, sa vie – la pratique – et son achèvement dans les cas, la justice ne s'avérant complète, parfaite, qu'in concreto.

Aussi aborderons-nous dans un premier temps (IV) le mouvement interne, intrinsèque, et en cela inévitable, des concepts, leur incessante révision, bougés²² sémantiques dont nous tenterons, dans un second temps (V), d'esquisser la logique, celle de l'exercice du type par « ses » occurrences.

²¹ A. Schiavone, *IUS. L'invention du droit en Occident*, Belin, Paris, 2008 (2005), p. 49, livrant en note des citations de Platon et soulignant l'influence néo-platonicienne au principe du Code de Justinien dont la fortune sur les esprits juridiques européens au travers des siècles n'a pas besoin d'être rappelée.

²² Nous empruntons à Ost et van de Kerchove la notion de « bougés » (de la pyramide en l'occurrence) in F. Ost / M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

IV. La révision interne portée par les faits juridiques

A. *Le droit ne connaît pas les « faits »*

L'histoire du droit, le droit international (public mais surtout privé), l'anthropologie ou encore la sociologie juridiques portent éloquent témoignage de l'incessante révision interne des concepts : les faits, plus précisément les cas, rétroagissent sur le contenu des concepts juridiques. Derrière un constat banal *prima facie*, retentit une affirmation plus troublante, complexifiant la notion de révision : il n'y pas de fait comme tel en droit, seulement des faits juridiques. En d'autres termes, il n'y a pas de fait mais « toujours déjà » des occurrences ; disant occurrence, on désigne *ipso iure* un type car l'occurrence l'est toujours d'un type (et réciproquement verrons-nous), et d'un type juridique, lequel lui a précisément permis d'entrer dans la sphère du droit. La figure du « toujours déjà » s'éprouve paradoxale assurément et pourtant condense avec justesse la singulière position du droit avérée dans la pratique juridique : « toute tentative de définition, 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'État, 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 »²³.

Ainsi l'atteste la preuve, porte royale d'entrée du « fait » dans le droit : le code de procédure décide quels moyens de preuve sont autorisés et si elle est dûment rapportée, ruinant l'idée d'un donné, laquelle réduirait le droit à un pur réceptacle²⁴. Comment comprendre la coutume juridique dont même un auteur à l'esprit aussi acéré que H. Kelsen relève que le second élément constitutif – l'*opinio iuris sive necessitatis* – donne à voir qu'il y a déjà eu médiation du droit ? H. Hart aboutira à une constatation analogue quant au fondement des règles secondaires, *habitus* ou coutume là encore.

Le constat de ces trois auteurs circonscrit la topologie singulière du droit : des origines épaisses, opaques, ruinant toute prétention à l'Un nourrie par une veine néo-platonicienne, dont les modernes sont pénétrés, notamment depuis la Renaissance. L'univocité s'y inscrit, n'étant que le pendant dans l'orbe du dis-

²³ B. Latour, *La Fabrique du droit*, *op. cit.*, p. 272-273. Si nous en recevons sans réserve le constat de terrain, nous ne suivons pas sa qualification de tautologie en ce qu'elle manque l'originalité profonde du droit : il est à lui-même son métalangage, il s'auto-fonde si l'on préfère, ou carrément il ressortit du sacré selon la féconde définition d'*auto-transcendance* qu'en donne Dupuy (Jean-Pierre Dupuy, *La marque du sacré*, Carnets Nord, Paris, 2008).

²⁴ Une preuve « illicite » peut asseoir parfaitement un fait en tant que preuve, savoir du point de vue du *vrai*, et n'être pas recevable en droit, point de vue du *juste*, sans la moindre contradiction ou incohérence.

cours ou de l'épistémologie de ce Un ontologique ou métaphysique. Nous nous attardons à cet Un en ce qu'il condense l'hypertrophie du logos, dont la traduction en logique (de *logos*) formelle (de *eidos*, forme, Idée), quintessence de rationalité, devait conduire aux figures – simples étiquettes en vérité - de la subsomption, du syllogisme, des méthodes d'interprétation... méconnaissant aussi bien la science contemporaine, revenue des vérités absolues, que l'*ars iuris* ou l'*ars interpretandi*. Le positivisme classique (légalisme) se contente trop manifestement des formes ou apparences, jusqu'à se tromper lui-même en prenant la morphe (la forme extérieure, la silhouette) pour l'*eidos* (la forme au sens d'essence), exposant tout l'idéalisme, littéralement le superficialisme, de la démarche positiviste, conduisant à la confusion suprême du texte et de la norme.

L'hypertrophie du *logos* devait aussi emporter une conception instrumentale de la langue, pur vecteur de la pensée du locuteur et, réciproquement, affirmer le sens déposé de manière objective dans le signifiant qu'il suffirait au récepteur de « décoder » pour obtenir le sens, sans perte ni reliquat, ce qu'évidemment aucun langage ne permet. Seul un examen de la structure sémiologique du signe, demeurât-il superficiel, donnera à comprendre son mouvement interne, son incessante révision, ruinant toute conception formaliste du signe comme du concept, condamnant toute prétention à sécurité juridique formelle.

B. La dynamique interne des concepts juridiques en considération de la structure sémiologique du signe

À l'Un, plus concrètement à l'univocité, correspond en sémiologie la conception du signe-équivalence, sur le modèle « a \equiv b », à l'instar de l'alphabet morse par exemple, simple alphabet précisément et non pas langue. Le signe d'une langue, en revanche, « comprend » non seulement le signifiant mais encore le signifié et les références. Or, signifié et références se lient dans un rapport de général à particulier, rendant pratiquement impossible le signe-équivalence, comme le remarqua déjà Aristote et le répète, en ses propres termes, l'herméneutique juridique contemporaine : le texte, pas plus que « son » signifié, n'est la norme.

Sauf à trouver un général (signifié) qui soit simultanément tel singulier – telle référence – et lui seul, et tout ce singulier, le signe par nature renvoie, opère selon un modèle inférentiel ou indiciaire « si a, alors b... »²⁵, soit un signe-renvoi. Le renvoi qui mobilise la connaissance de marques d'insertion contextuelle probable, prévisible, enregistrées dans la culture du groupe²⁶ et que

²⁵ U. Eco, *Sémiotique et philosophie du langage*, PUF, Paris, 1988, p. 13-14.

²⁶ Ce que Eco dénomme « encyclopédie » dans ses travaux, manière de sédimentation dynamique tentant de préempter l'avenir en fournissant quelque direction, que l'on retrouve au cœur du savoir, en le chef de toute « théorie » (scientifique en l'occurrence) comme l'a finement synthétisé H. Volken, « Mnémosyne érudite. La théorie comme mémoire » in *Revue européenne des sciences*

le récepteur doit plus ou moins maîtriser afin de former les plus vraisemblables significations de l'occurrence (mot, phrase ou texte entier) et décider celle qu'il retiendra, toujours sous la forme de quelque pari, ne pouvant s'assurer de l'objectivité parfaite de l'expression qu'il interprète et aucunement décode par quelque algorithme inexistant, auquel bien des juristes souscrivent, innocemment ou légèrement, par l'usage des étiquettes « subsomption », « déduction », « syllogisme » et autre « preuve »...

Le modèle inférentiel du signe s'adosse à une logique dite « indiciaire », reposant sur des indices, savoir des « signifiants » qui sont en lien de contiguïté, en continuité existentielle, en connexion dynamique avec « leurs » probables « signifiés » et par là « leurs » possibles « références ». En termes illustratifs, l'indice apparaît sous les espèces de l'empreinte, de l'indication, de l'orientation, de la direction, ouvrant à la conjecture et permettant l'anticipation.

L'indice est d'une utilité cognitive très grande, à dire vrai irremplaçable, tant il habite nos habitudes de pensée et de comportements, triviales comme juridiques. Ainsi d'une pancarte de signalisation routière. Elle constitue aussi bien un signe-événement – une réalité du monde, en l'occurrence, un écriteau, dont on peut faire l'expérience concrète, « pragmatique » – qu'un signe-action : elle véhicule une direction à l'action (littéralement un « pro-jet »), un sens, en la double acception de direction dans l'espace et direction dans l'interprétation significativement dénommée « espace de sens » ou « champ sémantique ». L'indice oriente le passage à l'acte, littéralement la « réalisation »²⁷ de l'action. Les écritaux de signalisation routière sont d'ailleurs appelés, parfois, « indicateurs ». L'indice recèle ainsi une propriété remarquable : théorie et pratique y sont intimement liées, intriqués.

Ne retrouve-t-on pas, en droit, cette nature duale, d'une trace-de simultanément trace-pour, trace du passé et du futur, d'un passé sédimenté et condensé (trace-de, comme le concept et la théorie) propre à ouvrir sur un futur (trace-pour) esquissé, dans la notion juridique de *leading case*, un cas qui conduit, dirige, mène les interprétations à venir ? Tel « cas », *case*, devient exemplaire ou emblématique d'une certaine solution juridique, d'un « genre » ou type de raisonnement, dont il condense les traits paradigmatiques en vue de son « application » à d'autres cas jugés « ana-logues », à savoir dont le *logos*, raison, argument ou encore discours, est affirmé similaire. Ainsi, en droit anglais, le raisonnement portant sur des dommages provoqués par une fuite d'eau pourra-t-il s'« appliquer » par analogie aux dommages créés par une fuite d'électricité, à raison des similitudes, sélectionnées, de « flux » et de « dommage d'expansion » notamment. Le cas de l'eau, cette occurrence spécifique, est exhaussé au type

sociales, Librairie Droz, Genève, 2005, p. 35 ss. Si la théorie – ou le type – est sédimentation du passé en vue de quelque projection dans le futur, alors son ressort véritable et son intérêt certain tiendront en son redéploiement dans les occurrences.

²⁷ Etymologiquement de *res*, la chose, comme l'idée ou l'intention qui devient une chose en s'incarnant dans quelque comportement.

(de raisonnement), est « typifié », à savoir permet le rapport à ce type d'occurrences sans cela disparates, pour les constituer en une série précisément et faire ainsi jurisprudence ; une mise en cohérence et ordonnancement du passé à fin d'esquisser les lignes de l'avenir, un passé sédimenté par ce futur anticipé. L'occurrence spécifique y opère comme cause exemplaire condensant le passé (comme toute « théorie ») pour saisir le futur, plus exactement le préempter, par le ministère d'un modèle ou type d'actions futures. Le *Schulbeispiel*, version germanophone du *leading case*, n'est-il pas un cas d'école qui, proprement, fait école.

L'occurrence « eau » devient cas prototypique – « prototype », en toute rigueur de pensée, car elle agit à la place du type en quelque sorte – et en ce sens « modèle » pour des occurrences à venir, affirmées analogues à cette occurrence de référence (repère), jugement présupposant des démarches faites de pesée des ressemblances et des dissemblances, des hésitations, des évaluations, avec une dose certaine de contingence, tous procédés ressortissant de quelque duplicité, habileté, prudence, savoir-pratique mieux savoir-faire, autant de « ruses de l'intelligence »²⁸.

Le *leading case*, suggérant humblement une direction dans l'interprétation, donne à voir un modèle souple, plastique, fondé sur l'analogie ou jeu de similitudes et de dissimilitudes et non d'alignement « trait pour trait ». Cette souplesse lui confère adaptabilité et dynamisme : le modèle ou cas-type (« prototype »), évolue par rétroactions des diverses occurrences qu'il a attirées à lui (attracteur), avons-nous vu. Que le cas d'école ait pu pragmatiquement opérer, attirer, ordonner, laisse voir un ressort cognitif autre que la trop rigoureuse et illusoire bijection (correspondance trait pour trait), un – plus modeste – « suffisamment bon (pour) », attracteur qui se révèle de la sorte simultanément matrice. Contraindre une femme à une fellation l'oblige à être active alors que le Code pénal suisse définit la contrainte sexuelle « faire subir... » ; l'avocat de la défense plaide l'exécution d'un acte autre, non défini par le code ; il sera débouté, motif pris qu'il s'agit du même acte, plus exactement du même type d'acte, un même selon l'analogie, les traits « passif » ou « actif » étant jugés secondaires dans la logique pénale à l'œuvre : le modèle passif « subir » est jugé suffisamment bon pour « préempter » la voie active fellation.

La pensée par modèle ou type, plutôt que par application, présente l'avantage de nous maintenir au sein de la tension entre genre et espèce, général et particulier, respectant la réalité du cas qui n'est pas la loi. Le cas exemplifie la loi en l'exerçant, non en la fixant (verrons-nous encore), nourrissant une dynamique par laquelle se trouvent reliés en un tout – concept ou théorie – le passé

²⁸ Selon le titre de l'ouvrage de M. Detienne et J.-P. Vernant, *Les ruses de l'intelligence. La mètis des Grecs*, Flammarion, Champs essais, Paris, 2009 (1974), notion de « mètis » sur laquelle nous reviendrons.

comme expérience pragmatique (concrète) condensée dans un cas (bien que singulier mais « prototypique ») et, à partir de ce cas prototypique, un « à venir », rendu accessible, au sens modeste d'envisageable, au sens plus conjectural de prévisible, grâce aux similitudes projetées vers les occurrences futures.

Dans l'épistémologie des sciences (« dures »), sous la plume du fameux T. Kuhn, pareil cas prototypique est qualifié de « paradigmatique », dénomination troublante puisque désignant, dans les théories sémiologiques classiques, l'axe de la sémantique dans la trilogie morpho-syntaxe (*grosso modo* la traditionnelle « grammaire »), sémantique et pragmatique ; le sens d'une expression résultant de la compénétration, aux ressorts excédant nos forces intellectives, de ces trois dimensions intrinsèques à tout signe.

Où l'on voit une fois de plus théorie et pratique (sous l'espèce de la « pragmatique ») ressortir de la même réalité une, éminemment « con-fuse » parce qu'éminemment concrète, deux instances que l'on peut didactiquement distinguer mais que l'on ne saurait séparer ou opposer, unité selon l'analogie et pas selon l'univocité portée par des positions exagérément spéculatives (aux yeux d'un juriste à tout le moins, comme les métaphysiques de l'Un néoplatoniciennes) ou emportée par quelque inclination intellectuelle paresseuse. L'affirmation de Latour que « Nous n'avons jamais été modernes » se soutient de cette unité, parce que personne d'incarné ne le peut comme l'enseigne la philosophie aristotélicienne de par son fondement pragmatique, commençant ses enquêtes aux existants (*pragmata*) tels *hic et nunc*. Affirmer être moderne, comme le revendique le positivisme juridique, condamne à poser des dualismes, en particulier théorie versus pratique, type *versus* occurrence, loi *versus* cas, et, suivant la même pente, à s'abîmer dans la Présentation des phénomènes, réduire le regard aux apparences plutôt qu'à l'Effectuation. On peut alors croire en l'« application » de la loi à un cas, en l'accidentalité (philosophique) du cas par rapport à la loi, en une application sans interprétation (*claris non fit interpretatio*), en diamétrale opposition avec l'exercice.

Le cas prototypique comme cœur de la méthodologie juridique (dont la révision interne du type) ferme la porte à l'application. On ne saurait en effet appliquer un cas à un cas, fût-il prototypique. Nul doute pourtant que le cas d'école ou *leading case* fait sens puisqu'il fait école. Aussi s'avère-t-il épistémologiquement préférable d'affirmer que le cas (typique ou pas) exerce la loi, réciproquement que la loi s'exerce par le cas et non s'applique sur le cas, dernière expression laissant résonner une extériorité du type par rapport à l'occurrence, dans la pratique de surcroît. Non seulement l'occurrence cessera-t-elle d'apparaître comme extérieur au type, conséquemment de passer pour accidentelle relativement à cette Idée (essence, dont elle n'est qu'un existant), mais pourra-t-on la concevoir comme perfection de ce type, sans doute en puissance (de cas), mais plus achevé en tant qu'il y pratique sa vertu synthétisante et instituante, en des occurrences alors sauvées de la pure singularité incommensurable comme telle à la régularité ou *regula*. De surcroît, exercer un art ou un

instrument leur laisse, pour part au moins, la qualité d'agent, et par là d'authentique médiation, d'activité, alors que le strict *instrumentum*, s'il existe, n'est que transitif, laissant accroire à la possible neutralité du moyen, foi démentie par l'expérience pragmatique, à laquelle nous rattachons la formation – et la révision – du concept dans sa dimension d'indice.

La nature du lien entre l'indice et les existants auxquels il renvoie donne à comprendre la plasticité du concept en rétroaction à ses mises en œuvre par les réalités pragmatiques – les occurrences – et donne à voir la vigueur de préhension des concepts juridiques sur les faits, corrélativement le degré de liberté de l'interprète dans le « passage à l'acte » de la loi. Cette liberté existe toujours, contrairement à la *doxa* positiviste de l'univocité de principe des règles juridiques, puisque l'indice s'éprouve signe « épais » : il recèle une règle d'inférence logique « si a alors... », comme tout signe à dire vrai. Ce renvoi à une réalité (matérielle ou immatérielle) autre que lui, sur le mode exemplaire d'un « si fumée alors feu » se déploie selon une logique simplement conjecturale et non pas nécessaire, un pari cognitif reposant sur l'expérience personnelle et collective, déposée dans la culture singulièrement, manière de « sens commun » ; en termes savants une abduction ou induction (inférence *bottom-up*) sous hypothèse (déploiement *top-down*), inférence que ne conduit aucune nécessité logique. Ce signe peut encore être dit « épais » en ce qu'il opère à l'intérieur d'une fenêtre temporelle, structuration cognitive dont l'élaboration « prend » du temps : un passé appréhendé, préempté, par le futur et sédimenté à son service, tout à la fois (dans la durée d'une opération cognitive complexe) un futur devenu possible par ce même passé, un futur orienté, guidé, anticipé par cette « sédimentation dynamique ».

Théorie et pratique s'interpénètrent, non en une classique « con-fusion », deux devenant un, selon un dualisme déguisé, mais en une unité duale, telle que chacune constitue la cause de la causalité en acte de l'autre cause, co-élaboration ou une co-apparition, dans l'épaisseur d'une durée constituée de rétroactions, dans l'unité de temps d'une « fenêtre temporelle », nécessaire par exemple pour la stabilisation d'un concept juridique que traduisent les expressions de ferme jurisprudence, jurisprudence confirmée, constante, etc. La philosophie connaît pareille figure paradoxale, mariant instantanéité et durée, l'acte, animé par l'occurrence, et la sédimentation, synthétisée par le type, dit encore autrement, le contexte constitutif du sens d'une expression : la relation transcendante, au sein de laquelle se déploie dans son originalité la plus saillante l'exercice.

V. La logique de l'exercice

A. *Relation transcendantale type/occurrence, révision interne et exercice de la loi par le cas*

« Par relation transcendantale nous entendons une réalité qui se réfère à une autre par tout ce qui la constitue en elle-même. Pareille réalité est donc intégralement pénétrée de relativité. C'est de cette manière que nous concevons les principes constitutifs qui forment la structure de l'être particulier, tels que l'essence et l'existence, la matière et la forme, la substance et les accidents, les facultés et les actions »²⁹ ; à quoi nous ajouterions théorie et pratique dans l'acte pragmatique, type et occurrence dans l'acte de qualification. Si les références à l'« acte » indiquent une philosophie pragmatique à l'oeuvre, « transcendantal » ne peut recevoir son sens classique kantien lié aux conditions de possibilité du savoir authentique accessible à tout homme usant correctement de sa raison, en particulier les catégories a priori de l'entendement. Il sied d'entendre transcendantal en son sens véritable, du latin *transcendit*, « qui lie deux réalités entre elles en ce qu'elle pénètre, traverse de part en part (*transcendit*), imbibe (*imbibit*) l'une à l'égard de l'autre »³⁰.

Ainsi chacune ne peut-elle exercer sa causalité propre que sous l'effet de la causalité en acte de l'autre, causes proprement réciproques, dont l'acte s'éprouve commun et un, non-multiple, les causes étant réciproques dans l'exercice même de leur causalité propre. Le *leading case* philosophique de la relation transcendantale se dénomme « unité substantielle âme-corps » : l'âme, ou *anima*, n'est telle qu'en animant un corps, lequel « alors » seulement est en acte c'est-à-dire à même d'exercer sa nature ou ses vertus de corporéité... en vue de l'âme ; simultanément – dans la fenêtre temporelle – et réciproquement, le corps permet la causalité en acte de l'âme comme animatrice... de ce corps. De ce tout, on ne peut affirmer qu'il est composé : les « parties », si mal dénommées, s'éprouvent intrinsèquement relatives l'une à l'autre au sein de ce tout, « relatives “essentiellement” » pour être exact et non secondairement ou de manière accidentelle comme une qualité se surajoutant à un sujet sans en modifier l'essence ou la définition. Cette relation transcendantale saisit le ressort fondamental de la dialectique type/occurrence. Affirmer une « occurrence » présuppose que l'on a déjà reconnu un type, qui fait de cette singularité une occurrence, l'occurrence de tel type ; réciproquement en appeler à un type présuppose des occurrences dont il résulte par comparaison-distinction après sédimentation dans un concept des actes de connaissances. Comment pourrait-il en aller autrement puisque le sujet de la connaissance, l'homme, est une créature incarnée, faite de corps et d'âme indissolublement intriqués ? L'acte de connaissance débutera nécessairement aux *pragmata*, aux existants, littérale-

²⁹ L. de Raeymaeker, *Philosophie de l'être*, Nauwelaerts, Louvain, 1970, p. 125.

³⁰ A. de Muralt, *Néoplatonisme et aristotélisme dans la métaphysique médiévale*, Vrin, Paris, 1995, p. 111-112.

ment ce qui tombe sous les sens, desquels la connaissance, elle, peut s'émanciper. La notion d'exercice permettra de distinguer nettement l'acte de connaissance de la connaissance et, par là, d'explicitier plus avant la relation loi/cas.

B. La notion d'exercice

La modernité se caractérise par une conception duale du réel, emblématiquement l'opposition sujet/objet, qui relaye, avec ses propres accents, les couples forme/matière, *res cogitans/res extensa*, essence/existence, substance/accident, quiddité/exercice, type/occurrences³¹, théorie/pratique, et plus connue des juristes fait/droit. Ces couples apparaissent volontiers antagonistes suite à leur incapacité à surmonter le problème de l'incarnation du premier membre du couple dans le second, incarnation que les traditions néoplatonicienne et chrétienne interprètent souvent comme une chute, un avilissement, celui du pragmatico-pratique.

À la notion idéaliste et dépréciative d'incarnation, à peine affadie dans son corrélat, la concrétisation, nous substituons la notion réaliste et pragmatique d'exercice, liée au couple puissance/acte, qui, lui, ne s'entend pas selon une logique d'opposition. Puissance et acte en effet sont deux moments du même réel, la première devenant le second en passant à l'acte précisément : les premiers termes des dualismes mentionnés sont en puissance ce que les seconds seront en acte, au sein d'une fenêtre temporelle se parcourant en vue de la perfection des premiers par les seconds, achèvement d'une qualité, d'une vertu ou d'un être en puissance ayant entièrement réalisé, « actué », toutes ses promesses (dans l'horizon de l'entéléchie). L'élucidation, certes trop schématique encore, du couple puissance/acte – dynamis/energeia - ouvre à meilleure compréhension de la notion d'exercice.

L'interprétation dynamique de ce couple par Aristote oppose les conceptions ontologiques dites « essentialistes » à celle pragmatique en ce que

« l'aristotélisme conçoit que l'energeia n'est pas une ousia [quiddité ou essence ou substance], en distinguant ce qui est en tant que substance ou quiddité et ce qui est en tant qu'acte ou exercice, et c'est précisément cette étrangeté de la métaphysique aristotélicienne de l'être [ontologie] que la philosophie dans son évolution ultérieure n'aura de cesse qu'elle ne l'ait réduite, dans la mesure où quelque chose qui ne serait pas une chose [c'est-à-dire que l'acte soit une réalité sans être une chose] lui semble impensable, ce qui révèle évidemment une structure de pensée qui, ne distinguant plus entre quiddité et exercice, réduit nécessairement l'acte à la forme »³².

³¹ Le pluriel veut souligner l'opposition entre l'Un et le multiple, très « platonicienne ».

³² A. de Muralt, *L'Enjeu de la philosophie médiévale*, Brill, Leiden/New York/Köln, 1993, p. 18.

De cette position philosophique résulte, dans la lecture des couples, une primauté du premier terme et une certaine dévalorisation du second : l'existence n'est qu'un accident de l'essence, elle n'y ajoute rien ; l'occurrence qu'un accident du type : elle ne déploie, de jure, aucun effet, rétroactif, sur la signification du concept.

Equivalamment, dans la sphère du droit, le sens de la loi ne requiert pas les cas pour être arrêté, en toute rigueur de pensée découvert, simplement. On perd alors l'idée d'une règle juridique induite comme régularité – *regula* – ou élaborée comme modèle « moyen » de comportement du citoyen standard – encore une régularité, sédimentée et projetée (trace-de et trace-pour). On égare aussi la médiation du contexte, pragmatiquement indispensable pour réduire l'ambiguïté intrinsèque de toute expression sémiotique (linguistique), que rien alors ne justifie de concevoir constitutif du sens de la norme prétendue complète sans lui. Que le contexte ne soit pas constitutif pourrait paraître vrai du point de vue abstrait de l'essence³³ (du légal) mais est assurément faux du point de vue pratique, face à une expression utilisée « en situation »³⁴, in concreto. Le droit étant une praxis, les considérations ayant trait à l'exercice devraient l'emporter, à tout le moins guider, celles portant sur l'application (ou loi comme essence), primauté ontologique de la pratique (des *pragmata*) que la théorie des sources formelles dément parfaitement : la jurisprudence n'y est pas reçue source du droit et les principes généraux n'y figurent pas, sauf en droit international public mais trop superficiellement³⁵.

C. A l'aune de l'exercice : un droit aveugle à sa pratique

Le droit reflète par trop ce réductionnisme de la connaissance « vraie » aux seuls premiers termes des couples de dualismes, en particulier à l'essence ou Idée (*eidos*), à la faveur du légalisme, variante épurée du positivisme juridique largement dominant encore en droit continental : le texte est la norme elle-même, un logos imposant objectivité et rationalité, en consonance avec une conception instrumentale de la langue simple vecteur de la pensée. En résulte pour le moins un double aplatissement du phénomène juridique, en déni de l'exercice de la loi par le cas et de la dialectique type/occurrence : le droit, c'est la loi et la loi c'est, le texte de loi – œuvre du législateur –, assertions qui le

³³ Le conditionnel souligne la nature pie du vœu de certains linguistes d'un système « langue » complet sans « parole », d'une sémantique autonome relativement à toute pragmatique, de type à l'abri des occurrences, promesse que même les analyses componentielles les plus poussées n'ont pu tenir.

³⁴ En écho à notre *Introduction à la philosophie du droit « en situation »*, défendant une approche inductive (et abductive) du phénomène juridique, perspective de droit *en acte*, dans son exercice même, que la si novatrice *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* de l'Université Saint Louis de Bruxelles met explicitement au cœur de ses réflexions, intitulant *Droit en contexte* son numéro spécial 2013/1.

³⁵ Sur cet oubli, voir récemment, A. Papaux et E. Wyler, « Le droit international public libéré de ses sources formelles : nouveau regard sur l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice », in *Revue belge de droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2013/2, p. 525-584.

doivent bien davantage à la philosophie politique, de la séparation (toute théorique) des pouvoirs, qu'à la philosophie du droit. La recherche de la maîtrise, trop naïvement une fois encore par les formes, n'apparaît que trop évidente et illusoire, prétendue mise à l'écart de toute interprétation dans l'application de la loi, motif pris qu'œuvre d'un juge, elle ne saurait éviter une funeste subjectivité, au demeurant confondue avec l'arbitraire conformément au dualisme objectif/subjectif, le subjectif, rabattu sur l'irrationnel, ne se distinguant plus du bon plaisir de l'interprète. La pratique du droit a de tous temps démenti ce simplisme sans que la théorie positiviste n'en enregistre la prudence.

Un jugement est intrinsèquement subjectif³⁶ mais pas nécessairement arbitraire, inscrivant le droit dans un mode trivalent au moins, binaire jamais : de même que l'on confond aisément la connaissance et l'acte de connaissance, on confond volontiers le raisonnement juridique et le jugement, ce dernier recevant en effet une forme binaire, légal ou illégal, admis ou rejeté, coupable ou innocent, etc. La nature bivalente de la décision de justice ne signifie nullement que le raisonnement y aboutissant soit binaire, ou déductif. Sauf à s'abîmer dans un excès de logique, de logos, la logique du tiers-exclu ne pouvant déployer sa rigueur inférentielle qu'au sein d'ensembles finis³⁷, dévoilant une exigence incommensurable aux réalités sociales dont le droit est en charge.

Plus profond que la grave contravention aux règles de la logique, cet excès de logos traduit un choix métaphysique, demeuré souvent implicite, depuis Platon, du logos contre la mêtis, de la raison contre les « ruses de l'intelligence », qui nous fait préférer la déduction à l'abduction, la science juridique à l'*ars iuris* :

« La mêtis est bien 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 (*euchéreia*), la sûreté du coup d'œil

³⁶ Comme le soulignait Perelman, de saine logique, l'existence même d'un différend, qui fonde le procès dans son économie même, n'aurait aucun sens dans un monde dominé par l'univocité des réalités et la déduction des solutions juridiques à partir des concepts aux définitions, bien évidemment, « claires et distinctes ». D'où l'impossibilité logique des subsomption, syllogisme et autres textes clairs ou sécurité juridique formelle... sauf effet de Présentation.

³⁷ Voir en particulier G.-G. Granger, *La science et les sciences*, PUF, Paris, 1993, p. 68.

(*eustochia*), 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 »³⁸.

Saurait-on mieux expliciter la formule philosophique ramassée de de Muralt soulignant la préférence pour l'essence, en regard de l'existence, de la quiddité en regard de l'exercice, de l'être en regard du devenir pour reprendre le vocabulaire des deux auteurs :

« L'univers intellectuel du philosophe grec [comme catégorie de sujet connaissant] [...] suppose une dichotomie radicale entre l'être et le devenir, l'intelligible et le sensible [...] Groupées en couples, ces notions contrastées s'ajustent les unes aux autres pour former un système complet d'antinomies qui définissent deux plans de réalité, s'excluant mutuellement : d'un côté, le domaine de l'être, de l'un, de l'immuable, du limité, du savoir droit et fixe ; de l'autre, le domaine du devenir, du multiple, de l'instable, de l'illimité, de l'opinion biaisée et flottante. Dans ce cadre, la mêtis ne peut plus avoir de place : ce qui la caractérise c'est précisément d'opérer par un continuuel jeu de bascule, d'aller et retour entre pôles opposés »³⁹

Une manière de balance ? Perpétuelle ? Equilibrée l'espace d'un instant ? La dialectique type/occurrence n'apparaît-elle pas comme un jeu, d'allers et retours, entre des pôles, opposés, mieux des attracteurs ? Cette dialectique, et son corrélat la révision interne des concepts qu'elle nourrit, relèveraient-ils de la mêtis ?

D. La révision interne des concepts : la mêtis contre le logos

« Pourquoi la mêtis apparaît-elle ainsi multiple (*pantoie*), bigarrée (*poikilé*), ondoyante (*aiolé*) ? Parce qu'elle a pour champ d'application le monde du mouvant, du multiple, de l'ambigu. Elle porte sur des réalités fluides, qui ne cessent jamais de se modifier et qui réunissent en elles, à chaque moment, des aspects contraires, des forces opposées »⁴⁰.

Sans la mêtis, comment envisager une révision intrinsèque des concepts ? Le modèle du logos postule des concepts (ou des réalités ?) univoques, dont on

³⁸ M. Detienne et J.-P. Vernant, *Les ruses de l'intelligence. La mêtis des Grecs*, Flammarion, Champs essais, Paris, 2009 (1974), p. 10.

³⁹ M. Detienne et J.-P. Vernant, *Les ruses de l'intelligence. La mêtis des Grecs*, op. cit., p. 11.

⁴⁰ M. Detienne et J.-P. Vernant, *Les ruses de l'intelligence. La mêtis des Grecs*, op. cit., p. 27-28.

déduit des conséquences (logiques ? réelles ? sémiologiques ?⁴¹), notamment des solutions aux cas pour ce qui a trait à la loi. Ainsi campé, et les juristes positivistes le comprennent volontiers tel, il ne saisit que des propriétés analytiques et se contente de la seule concaténation des éléments dits, précisément, constitutifs, laissant dans l'ombre les ressorts (leur esquisse tout du moins) de leur « addition ».

Mieux que tout autre, l'adage *claris non fit interpretatio* dit cet excès de logos : croyance qu'un texte ou un type clair s'applique au cas (ou à l'occurrence), sans interprétation aucune, passage soi-disant déductif, qualifié de subsomption (ou syllogisme juridique), dont on se garde bien d'analyser les ressorts. Mais, si le concept est un cadre et qu'il n'y a plus d'interprétation (à l'exception de textes ambigus, aussitôt déclarés rares), comment admettre une quelconque révision interne ? N'est-ce pas que le cas ne rétroagit pas sur la loi, que le type demeure à l'abri de ses « incarnations » dans les occurrences ? Où l'on voit que la dialectique type/occurrence est liée à l'exercice, tous deux procédant d'une appréhension dynamique du phénomène juridique, passant d'une situation à une autre, revenant des situations au type, redescendant selon la direction qu'il aura indiqué, portée par une occurrence prototypique servant d'attracteur cognitif, s'infléchissant par retours d'expérience, de cas, repartant du général pour atteindre au singulier sans le moindre algorithme. Tout savoir-faire, expérience, habileté, flair ou « ruse » que la majesté hiératique du logos empêche de considérer, décourage d'imiter et de pratiquer.

On se gardera toutefois d'opposer diamétralement *mêtis* à logos ; on ne trouvera pas de logos sans *mêtis* car la Raison, quintessence du logos, est forcément auto-fondée, requiert un « déjà dedans » analogue au « déjà... installé en lui » que relevait un Latour fort pragmatique à propos du droit, que démontre Russel pour la logique⁴² doublement logos. Les linguistes, spécialistes du logos-discours, parole, verbe, reconnaissent que la langue est à elle-même son propre méta-langage : discourant sur la langue, ils le font nécessairement dans une langue, position paradoxale, ubiquité même qu'enfourche sans coup férir ni vergogne la *mêtis* alors que la Raison s'y trouve tout empruntée.

Dispose-t-on au reste d'une définition univoque de la Raison ? Ne devrait-on pas plutôt en admettre les origines opaques, plus qu'obscurées,

⁴¹ Les points d'interrogation veulent souligner à quel point le discours juridique classique, qui refuse de plonger dans les réalités sémiologiques, se condamne par là à des raccourcis préjudiciaires à une compréhension dynamique du phénomène juridique.

⁴² G.-G. Granger, *La science et les sciences*, PUF, Paris, 1993, p. 123 expose lumineusement le *paradoxe de Russel* : « si l'on imagine un ensemble comme un catalogue mentionnant ses éléments. Certains catalogues se mentionneront eux-mêmes, d'autres non. Mais le catalogue de tous les catalogues qui ne se mentionnent pas eux-mêmes [...] est un concept contradictoire : car ce *super* catalogue ne peut pas, de par sa définition, se mentionner lui-même ; mais alors c'est qu'il devrait pourtant se mentionner lui-même... » En bref, s'il ne se mentionne pas, alors il doit y figurer ; et s'il y figure, il ne doit pas se mentionner.

qu'autrefois le mythe interrogeait, dont il tentait de rendre raisons, démarche elle aussi rationnelle mais que la modernité condamna, au même titre que la mêtis, pour défaut de rationalité, sans voir que la Raison s'était, elle-même, auto-fondée. Pareille auto-transcendance devait constituer pour elle un drame cognitif, proche de l'infamie, pour qui suit la relecture qu'en donne Dupuy : auto-transcendance, auto-fondation, « dedans/dehors simultanés » (« déjà installé en lui ») sont pour l'épistémologue français autant de marques du sacré⁴³.

La mêtis au rebours s'y trouve à l'aise, rationalité souple, contorsionnée, tâtonnante, ductile, enroulée, réticulaire, s'entendant si bien à ces auto-fondations, auto-transcendances, rétroactions, abductions et autres « para-doxes », littéralement liés à la doxa. Méprisée, la doxa subirait la même condamnation que la mêtis⁴⁴, que les juristes, à leur tour, prononceraient en écartant des sources formelles du droit la doctrine, l'avis des doctes, leurs opinions, soit encore la doxa. La doctrine juridique, exemplairement l'avis de droit, est-elle irrationnelle ? Affaire d'opinion pourtant. Où l'on voit que le logos n'est pas à un « para-doxe » près, que ses prétentions excèdent de beaucoup ses possibilités, morgue moderne que Les Lumières, en leur pluriel, surent éviter, demandant des raisons bien davantage que La Raison. Toujours les épigones effrayés par la nuance, l'hésitation, le fluide, le « flottant », durcissent le ton et s'abîment dans l'Un, l'univocité, la théorie « ab-solue » de la pratique, l'Idée du droit plutôt que son exercice concret, humble, presque « médiocre » au sens gèneine de mediocritas.

Les Grecs osèrent affirmer, mieux, magnifier, le mettant en scène grandiose, dans l'instauration de l'ordre primitif, qu'au principe du logos, en lui, se love la mêtis : Zeus n'avalait-il pas son épouse Mêtis pour que l'ordre olympien, chèrement acquis, fut maintenu ?⁴⁵

CONCLUSION

Si l'expression relation transcendantale peut intimider, la réalité à laquelle elle renvoie ne nous est pas moins familière, notre lot quotidien à dire vrai, l'être (ens) concret, l'existant, le pragma-pragmata, dit ens concretum et par là *confusum*, être confus précisément parce que s'y trouvent compénétrées jusqu'à l'intimité indissociable forme et matière, âme et corps. De cette confusion (concrétion), positive, nous ne pouvons en conséquence nous abstraire complètement, comme le requiert l'objectivité, nous « contentant » de distinguer, au sein

⁴³ J.-P. Dupuy, *La marque du sacré*, Carnets Nord, Paris, 2008.

⁴⁴ A. Cauquelin, *L'art du lieu commun. Du bon usage de la doxa*, Paris, Seuil, 1999, p. 15, à propos de la *doxa* participant de quelque ruse ou *mêtis*, souligne « l'exil officiel où on la tient depuis l'Antiquité »

⁴⁵ Voir par exemple, A. Papaux, « Aux sources du droit : l'autorité et la ruse » in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles, 2013.70, p. 207-224.

de l'être concret c'est-à-dire en demeurant dans le tout (systémique ajouterait volontiers le juriste), une dimension formelle (de *eidos*) et une dimension matérielle, un moment « âme » et un moment « corps » au sein d'une réalité une, comme le montre si bien le paradigme de l'unité substantielle, unité « épaisse » que tel être concret exerce tout en s'y exerçant. Les expressions se contenter, concrétiser, incarner, ou appliquer pour le juriste, sont malheureuses en ce qu'elles présupposent une entité complète en elle-même, au sens strict de « parfaite », avant que de descendre aux existants, aux réalités basement concrètes, secondes au sens le plus dépréciatif du terme : l'idéalisme platonicien imbibe notre langage le plus usuel.

Son contraire, la position pragmatique⁴⁶, ne conduit pas pour autant au mépris de toutes les interprétations possibles de la loi au profit de la seule application retenue par le juge. Ce serait rabattre la connaissance sur l'acte de connaissance, alors que cet acte se déploie à partir de la connaissance, sédimentée en culture. Ainsi avons-nous vu de l'abduction, dont le savoir conjectural est lié à la culture du domaine en question, dont procède son pari. En d'autres termes, dans l'acte de connaissance, ici dire le droit, « *juris-dictio* » littéralement « juridiction », prévaut certes la signification arrêtée par le juge mais dans la connaissance du droit, par la doctrine notamment (et ses commentaires de loi), résonnent toutes les interprétations possiblement pertinentes selon des limites, épaisses sans doute, de l'interprétation⁴⁷. Connaissance et acte de connaissance demeurent néanmoins distincts puisque le juge peut toujours arrêter une signification non « pré-vue », confirmant la primauté du cas, des *pragmata*.

Cette primauté s'observe dans l'analogie, plus particulièrement dans le raisonnement par analogie, plus explicitement encore dans les systèmes juridiques de *case law* : une fois l'analogie dressée – expression fort juste, qui en dit la construction, l'élaboration –, l'esprit « narcotise » les différences entre les cas comparés pour ne retenir, en apparence tout du moins, que les ressemblances, comme si les dissemblances avaient perdu toute pertinence, plus naïvement encore n'avaient plus d'existence, comme si l'on pouvait séparer les ressemblances des dissemblances, comme si les unes et les autres pouvaient exister hors leur contraste, constitutif pourtant de leur statut de « même et autre », « unité » complexe en quoi consiste précisément l'analogie.

La révision interne des concepts subit la même narcotisation du devenir, du changement, du déplacement de sens, génériquement de l'altérité, pertinence des dissemblances, des « bougés » si bien masquée que les concepts finissent par nous apparaître comme des capsules, aux contours fermes, dont la propension à l'explosion croît toutefois au fil des occurrences, sans que nous nous en

⁴⁶ Au sens de la primauté reconnue - parce que constatée du *fait* de notre propre « incarnation » – aux *pragma-pragmata*.

⁴⁷ Voir en particulier les travaux de U. Eco, singulièrement *Les limites de l'interprétation*, Le livre de poche, Paris, 1994.

apercevoir toutefois. Les concepts sont animés d'un mouvement naturel, de par leur insertion dans le cycle infini de la sémiotique déjà, de par leur texture même surtout : l'analogie, mode de pensée bâtard aux yeux du logos, mode même de la pensée ordinaire, courante aux yeux de la mètis, toujours affaire de jeu, en tous ses paradoxes⁴⁸, entre ressemblances et dissemblances uniment, dans l'épaisseur du concept.

Dans cette épaisseur se love le prescriptif du concept, traditionnellement blotti dans le passé à partir duquel il « attire » les cas futurs ; projeté dans l'avenir pour dire demain le juste en l'insérant de quelque manière dans le passé, dans l'ensemble que constitue tout ordre juridique. Combien de ruse, d'habileté, siéra-t-il de déployer pour dire le droit sur tous ces temps à la fois, pour exercer le droit dans tous ses états ?

Affirmer que le concept juridique en son déploiement se prend dans l'épaisseur de la mètis n'est pas perdre le droit, seulement l'Idée du droit, l'Illusion d'une science juridique et le Légalisme ; recouvrer ainsi la précellence de la pratique, la justice accomplie *in concreto*, la loi achevée dans le cas, le droit pleinement lui-même, parfait « en situation » ; *brevitatis causa*, l'épaisseur de la vie... dont résonne le droit.

⁴⁸ Nous pensons évidemment à l'ouvrage de M. van de Kerchove et F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Paris, 1992, relevant maintes figures de l'analogie et de l'auto-transcendance.

