

La “rhapsodie”: fécondité d’une métaphore littéraire pour repenser l’écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*

Massimo Vogliotti

Chercheur FNRS aux Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles
Chargé du cours de “Théorie du droit” à la Faculté de droit de
l’Université du Piémont Oriental - Italie

Sommaire:

1. Le code jeté...
2. ...et son symbolisme
3. Le portrait officiel de l’écriture du droit pénal...
4. ...et sa réalité
5. Les réactions de la communauté juridique: “hypothèses ad hoc” ou “rupture épistémologique”?
6. La “rhapsodie juridique”
7. Les vertus d’un modèle d’écriture pluraliste du droit.
8. La “*force-faible*” du réseau
- 8.1. Les mutations des notions de *fondement*...
- 8.2. ...de *limite*...
- 8.3. ...et d’*autorité*
- 8.4. La réhabilitation de la figure humaine dans le droit et le rôle central de la “*paideia*”
- 8.5. L’éthique de l’*aidos* ou la “*temperantia*” dans la rhapsodie
9. La “*fragilité forte*” du droit

“Questa è la base della città: una *rete* che serve da passaggio e da sostegno. [...] Sospesa sull’abisso, la vita degli abitanti d’Ottavia è meno incerta che in altre città. Sanno che più di tanto la *rete* non regge” **

I. CALVINO (1972), *Le città invisibili*, Milano, Mondadori, 1993, p. 75

1. Le code jeté...

Le 19 janvier 2001 cinq-cents magistrats français jettent leur code pénal sous les fenêtres de la Chancellerie à Paris. Moins de deux mois après, le 9 mars, ce geste “scandaleux” est suivi d’une mobilisation d’un milliers de magistrats - soit environ 15 % du corps - qui manifestent devant l’hôtel Matignon afin de dénoncer l’absence de moyens affectés lors de l’entrée en vigueur de la loi sur la présomption d’innocence¹ et,

* Ce texte a été rédigé auprès des Facultés Universitaires Saint-Louis de Bruxelles, dans le cadre d’une bourse postdoctorale du “*Fonds de la Recherche Fondamentale Collective*” de la Belgique, relative au projet “*Ecriture du droit en réseau*”, proposé par M. van de Kerchove et F. Ost. Il s’inscrit aussi dans les travaux du Séminaire interdisciplinaire d’études juridiques, coordonné par F. Ost et consacré - pour l’année académique 2000-2001 - au thème “*Droit et littérature*”. Il vise à poser quelques balises en vue d’une étude plus approfondie de la complexité du champ pénal contemporain. Je remercie Olivier Camy et Jean-Marc Ceci pour avoir lu mon texte en français avant sa publication. Cet essai a été publié in R.I.E.J., 2001.46

** “Telle est la base de la ville: un filet qui sert de lieu de passage et de support. [...] Suspendue au-dessus de l’abîme, la vie des habitants d’Octavie est moins incertaine que dans d’autres villes. Ils savent que la résistance de leur filet a une limite”.

¹. Il s’agit de la loi 15 juin 2000, entrée en vigueur le 1er janvier 2001.

de manière plus générale, la dégradation de leur travail, de plus en plus conditionné par une logique “productiviste”, qui leur serait demandée pour faire face à “l’explosion du contentieux”². Au-delà des motivations contingentes, ce défilé “sans précédent dans l’histoire de la magistrature”³, qui clôt un mouvement de contestation commencé plusieurs mois auparavant, révèle d’une façon évidente l’état de crise profonde de la justice pénale et les malaises d’une profession en quête d’une nouvelle identité⁴.

Ces manifestations, que le langage direct des médias n’a pas hésité à qualifier de “révolte des juges”⁵, peuvent être interprétées, en effet, comme une étape marquant un point significatif dans le processus de reconfiguration des rapports entre le législateur et la magistrature. Celle-ci, soumise à un programme de “stérilisation politique”⁶ par une “mytho-logie”⁷ qui a dominé la culture juridique continentale pendant presque deux siècles et qui a relégué le pouvoir judiciaire dans une position de subordination au pouvoir législatif⁸, manifeste toujours plus clairement la volonté de jouer un rôle actif

-
2. C. PRIEUR, "Les malaises d’une profession en mutation", in *Le Monde* 11-12 mars 2001, p. 10.
 3. C. PRIEUR, "Un millier de magistrats en colère manifestent devant l’hôtel Matignon", in *Le Monde* 11-12 mars 2001, p. 10.
 4. Si on élargit l’horizon d’analyse, on peut constater que le champ pénal actuel est traversé par une multiplicité d’autres tensions, qui enchevêtrent les rapports canoniques entre les différents acteurs de la justice. A la distinction nette des rôles semble se substituer une imbrication des compétences. En Italie, on peut rappeler le projet de loi élaboré par le parquet de Milan pour clôturer la crise institutionnelle engendrée par les enquêtes de “*Mani pulite*” (ici des magistrats proposent au législateur des réformes pour donner une solution *politique* à un problème qu’on ne saurait résoudre par la seule voie judiciaire); toujours en Italie, on peut signaler le rôle d’interlocuteur politique revendiqué par l’association des avocats pénalistes (“*Camere penali*”), rôle qui est joué aussi par le recours à la grève (une fois même organisée pour protester contre un jugement de la Cour constitutionnelle) et l’élaboration, par des détenus, d’un projet d’amnistie (“*Progetto Segio-Cusani*”), autour duquel s’est focalisé, pendant une certaine période, le débat parlementaire. En France, outre aux manifestations des magistrats, on peut citer la mobilisation des policiers contre l’enregistrement sonore des interrogatoires à l’occasion de la présentation du projet de loi sur la présomption d’innocence. Sur ce contexte de perturbation des relations internes au domaine pénal se greffe la logique des médias qui finit par briser les barrières mêmes du champ, rendant poreuse et floue la frontière qui sépare l’intérieur et l’extérieur du champ pénal. Voir, pour l’indication des sources, M. VOGLIOTTI, "Les métamorphoses de l’incrimination: vers un nouveau paradigme pour le champ pénal ?", à paraître, chez Bruylant, dans les actes du séminaire du “Groupe européen de recherche sur la justice pénale” (“*Incriminations. Mouvements de criminalisation et de décriminalisation en Europe*”, Corfù, 31 mai, 1-2 juin 2000).
 5. Voir les deux articles de D. LE GUILLEDOUX, "Un bateau ivre" et "Un pouvoir qui fait peur," publiés dans *Le Monde* du 10 mars 2001, p. 16 et du 11-12 mars 2001, p. 13, sous l’étiquette “La révolte des juges”.
 6. G. TARELLO, "Orientamenti della magistratura, del giurista-interprete e della dottrina sulla funzione politica", in *Politica del diritto*, 1972, p. 461.
 7. Cette locution n’a rien de péjoratif. Au contraire, elle exprime la double nature, imaginative (les récits fondateurs d’une communauté, ses croyances et ses représentations du bien et du juste) et rationnelle (l’ensemble des institutions, des techniques et des logiques), qui caractérise chaque système juridique particulier. Voir, à ce propos, J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, FUSL, 1980.
 8. Ce déséquilibre institutionnel peut être lu comme l’effet d’une conception *moniste* du pouvoir qui a conditionné la doctrine continentale de la séparation des pouvoirs. Celle-ci, en effet, au lieu d’être interprétée comme une séparation de pouvoirs qui sont déjà à l’origine différents et divisés (version anglo-saxonne de la doctrine de la séparation des pouvoirs), est conçue comme la “division d’un pouvoir unique qu’il faut partager, mais qui aura en soi une tendance inexorable à se reconstituer; ce qui permet, tout au plus, une division entre un seul pouvoir souverain et des sous-pouvoirs de celui-ci” (G. AMATO, "Il dilemma del principio maggioritario", in *Quaderni costituzionali*, 1994, p. 175). Rousseau, avec le concept de “volonté générale” représentée par le Parlement, ne fait que changer le titulaire de la souveraineté, mais ses caractéristiques (*unicité* et *exclusivité*) sont les mêmes que celles théorisées par Bodin. A côté du pouvoir suprême du Parlement, expression de la souveraineté populaire - et donc la seule source légitime du droit - il n’y a de place que pour des pouvoirs exécutifs (le gouvernement, mais aussi le pouvoir judiciaire, dont la tâche se réduit à déclarer un droit qui est censé être déjà tout présent dans le texte législatif). A propos de

de *primus inter pares* dans le champ juridico-politique contemporain. En Italie, cette transformation de la fonction de juger a commencé à s'affirmer à partir des années soixante⁹. L'élargissement progressif des marges d'indépendance externe et interne au corps des juges et la prise de conscience des enjeux politiques que l'exercice de la juridiction implique nécessairement ont fait de la magistrature un des protagonistes de la société civile et politique d'aujourd'hui¹⁰. Toutefois, on sait bien comment cette montée en puissance du juge - phénomène propre à toutes les sociétés contemporaines¹¹ et favorisé par le délitement des "parapluies communautaires traditionnels"¹² et par la crise des formes de la représentation politique - a fini par engendrer des aberrations du pouvoir judiciaire, source de graves dysfonctionnements des institutions démocratiques. D'une situation négative de déséquilibre constitutionnel, caractérisé par l'assujettissement de la magistrature au pouvoir politique - et donc par l'inefficacité du contrôle de la légalité du pouvoir - on risque, maintenant, de transiter vers une situation spéculaire de déséquilibre également redoutable, où la position dominante serait détenue par une aristocratie politiquement irresponsable et dépourvue de ressources informatives et technico-institutionnelles pour aborder d'une façon adéquate les problèmes posés par la société d'aujourd'hui. Le péril d'une "dictature de la majorité", dérive inscrite dans le code génétique de toute conception pure de la démocratie, ne ferait que laisser la place aux dangers d'une "tyrannie des minorités"¹³.

Cette inversion des rapports hiérarchiques entre ces deux pouvoirs peut être interprétée, entre autres, comme la manifestation d'une logique oscillatoire plus ample, en grande partie liée à une pensée juridique moniste et fondationnelle, qui plonge ses racines dans le rationalisme moderne et dans le paradigme juridique des Lumières. Celui-ci assumait comme "théorie praticable"¹⁴ la théorie selon laquelle on pouvait individuer et distinguer de façon universelle trois pouvoirs, dont l'exercice pouvait être attribué à trois corps nettement séparés. La représentation en forme de syllogisme de l'activité juridictionnelle et l'idéologie de la magistrature comme un corps qui *peut* exercer une fonction purement technique étaient le corollaire de cet imaginaire juridico-politique. Or, la pensée "simple"- binaire et "arborescente" - qui fonde ce modèle ne semble plus en mesure de maîtriser la complexité croissante et le pluralisme des valeurs à l'œuvre dans la société contemporaine. L'absence, d'une part, d'une épistémologie et

cette interprétation continentale de la théorie de la séparation des pouvoirs, voir aussi G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, 3e éd., Torino, Giappichelli, 1993, p. 31 s. et p. 46 s.

9. Sur ce thème, voir la riche reconstruction d'E. BRUTI LIBERATI, "La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni novanta", in *Storia dell'Italia repubblicana. L'Italia nella crisi mondiale. L'ultimo ventennio*, vol. III, Torino, Einaudi, 1997, p. 142 s. Comp. aussi, pour suivre de plus près l'évolution du débat autour de ce phénomène, S. RODOTA', "Le 'tentazioni' della politica", in *Politica del diritto*, 1972, p. 311 s. et A. GAMBERINI, G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, L. STORTONI, M. ZANOTTI, "Il dibattito sul ruolo della magistratura: prospettive di ricerca nel settore penale", in *Foro italiano*, 1987, V, c. 433 s.
10. Comp., par exemple, ces titres significatifs: A. GARAPON et D. SALAS, *La République pénalisée*, Paris, Hachette Livre, 1996 et *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, sous la direction d'E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI et A. GIASANTI, Milano, Feltrinelli, 1996.
11. Comp. l'étude comparative *The Global Expansion of Judicial Power*, sous la direction de C. N. TATE & T. VALLINDER, New York University Press, 1995.
12. Ph. ROBERT, "Le monopole pénal de l'État", in *Esprit*, décembre 1998, p. 152.
13. A. GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 49. Nous avons traité, de façon plus diffuse, de ces mutations des rapports entre politique et magistrature in "Faut-il récupérer 'aidos' pour délier Sisyphe? A propos du temps clos et instable de la justice pénale italienne", in *L'accélération du temps juridique*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, FUSL, 2000, p. 691 s.
14. G. TARELLO, "Orientamenti della magistratura", *loc. cit.*

d'une mentalité adéquates à la complexité de la réalité et, d'autre part, d'un système institutionnel hybride et polycentrique (*réticulaire*) de *checks and balances*, qui sachent penser et organiser le pluralisme et gérer la récursivité des relations systémiques, semble condamner l'ordre juridique à une instabilité continue, voire à des bouleversements institutionnels sans cesse. D'un point de vue iconographique, la suprématie actuelle de la justice (mais pour combien de temps encore?) n'a fait que renverser la *pyramide* des sources et des compétences (du législateur au juge, voire au parquet; de la loi au jugement, voire à l'ouverture d'une enquête; de la procédure législative à la procédure judiciaire, voire à la "procédure médiatique"), mais la racine pyramidale de la pensée juridique semble continuer à structurer la façon normale de penser et de représenter l'ordre (ou le désordre) du droit.

2. ...et son symbolisme.

Ces mutations des relations entre les différents acteurs du champ pénal ne peuvent que produire des effets sur la physionomie de l'*écriture juridique*. De ce point de vue, le geste de jeter le code aux pieds du représentant du pouvoir politique a une signification hautement symbolique, étant donné l'imaginaire juridique particulier que cette forme d'écriture évoque. Celle-ci, en effet, se fonde sur le privilège accordé aux formes *monistes* d'organisation de la pensée et de la réalité¹⁵. En particulier, l'idée moderne de code véhicule une conception du droit comme une œuvre de raison, cohérente et complète qui, grâce à la clarté et à la précision de son langage, devrait permettre à chaque citoyen de connaître le droit en vigueur et aux juges de déduire du système de ses articles les normes pour la résolution de chaque affaire. Le droit est imaginé comme un système de règles écrites par le haut, de façon générale et abstraite, qui est censé contenir la réponse normative à n'importe quel cas concret. En cas de doute, la maîtrise de la *méthode* juridique offre les moyens techniques pour dévoiler le sens normatif qui serait présent *ab origine*. Du point de vue épistémologique, le code est fondé sur une logique de type linéaire et binaire, caractérisée par une série de dichotomies, comme, par exemple, celle qui sépare la création et l'application du droit, le droit substantiel et le droit procédural, le fait et le droit.

Or, l'acte de jeter le code par ceux qui devraient être, au contraire, les gardiens fidèles de son sens peut être pris comme l'emblème de la crise (de rejet?) de cette conception du droit et du principe qui devrait régler, selon le paradigme officiel, l'écriture du droit pénal: le *principe de la légalité*¹⁶.

15. Comme le souligne D. de BÉCHILLON, "L'imaginaire d'un code", in *Droits*, 1998, n° 27, p. 175 : "le Code, nul n'en doute, doit apparaître comme fondamentalement Un". Outre l'unité, le même auteur indique cinq autres propriétés de l'imaginaire du code: la totalité, la transcendance, la naturalité, la hiérarchie et la corporéité.

16. Un nombre important d'auteurs soulignent l'état actuel de crise du principe de la légalité. Comp., entre autres et avec des accents différents, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1999; M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986; G. FIANDACA, "Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato", in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, 1997, p. 1 s. (notamment, p. 17-18); G. FIANDACA et E. MUSCO, "Perdita di legittimazione del diritto penale?", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 23 s.; M. van de KERCHOVE, "Développements récents et paradoxaux du principe de la légalité criminelle et de ses corollaires essentiels", in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Kluwer, Deurne, 2001, p. 299 s.; M. NOBILI, "Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello Stato - epistemologia", in *Indice penale*, 1999, p. 27 s.; F. PALAZZO, "Riserva di legge e diritto penale moderno", in *Studium Juris*, 1996, p. 276 s.; C. E. PALIERO, "L'autunno del patriarca. Rinnovazione o trasmutazione del diritto penale dei codici?", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 1220 s.; M. SBRICCOLI, "Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale

3. Le portrait officiel de l'écriture du droit pénal...

Le principe de la légalité, selon la configuration qui trouve ses racines dans la pensée juridique des Lumières, est la synthèse de trois sous-principes desquels devrait s'inspirer l'écriture du droit matériel (la "réserve absolue de la loi", la "stricte légalité" et la "non-rétroactivité" de la loi pénale incriminatrice) et d'un corollaire qui devrait fonder le droit procédural (le principe de la "légalité des poursuites"). Les deux premiers sous-principes doivent assurer le monopole législatif de l'écriture du pénal, tandis que le troisième vise à orienter la flèche du temps de ce droit (sa temporalité est conçue comme étant réversible ou irréversible selon la signification *bona* ou *mala* de la norme pour l'auteur de l'infraction). Le corollaire procédural, par contre, est le mécanisme qui garantit la traduction dans les faits du monopole de la loi. L'automatisme du déclenchement des poursuites, qui tolère, en principe, une intermédiation purement technique entre la loi et l'ouverture du procès, et la conception déclarative du *jus dicere* - qui postule une formulation claire et précise de la norme (principe de "stricte légalité") - doivent assurer l'identité entre l'écriture *in abstracto* de l'incrimination et l'écriture *in concreto* de celle-ci. Dans les cas où le droit pénal ne coïncide pas exactement avec la loi, il y a une anomalie qui doit être éliminée ou, au moins, marginalisée. Dans ce cadre, une des tâches principales de la doctrine est précisément celle qui consiste à déceler toutes les impuretés extralégislatives de l'écriture du droit pénal et de les indiquer au législateur afin qu'il puisse purifier les textes de ces fautes lexicales.

Ce modèle scriptural se caractérise aussi par une certaine conception de l'*espace* et du *temps*. L'espace juridique est organisé selon les lois de la perspective classique à un seul point de fuite, celui du législateur vers lequel l'interprète doit tendre afin de pouvoir décrire, de façon objective, le droit en vigueur. Le temps se caractérise par le double registre de la *durée* - en principe illimitée - du texte et de l'*instantanéité* de la création du droit (l'origine de l'écriture juridique se situe à un moment fondateur "t0", la codification, suivie - exceptionnellement - d'autres instants d'écriture qui se succèdent de façon pointilliste et linéaire: entre ces photogrammes normatifs il n'y aurait qu'un temps passif et juridiquement improductif, consacré à la simple application ou exécution du texte).

Ce paradigme devrait assurer - et est censé pouvoir assurer - la *sécurité* juridique, l'*égalité* et la *liberté* face aux excès du pouvoir exécutif et à l'arbitraire des juges. Tant l'écriture du droit que la sauvegarde des valeurs sont pensées de façon *moniste*: l'une et l'autre sont confiées à un seul *auteur* (le législateur), à un seul *instrument* (la loi) et à une seule *procédure d'écriture* (la procédure législative).

4. ...et sa réalité.

Or, l'analyse du champ pénal actuel semble montrer l'existence d'une modalité scripturale différente, caractérisée par une écriture à *plusieurs mains* et par une inversion des attributs de la temporalité du modèle traditionnel. Il apparaît, en effet, qu'aujourd'hui l'écriture du droit pénal (matériel et procédural) suit le registre temporel

italiano (1860-1990)", in *Storia d'Italia*, vol. XIV (*Leggi Diritto Giustizia*), Torino, Einaudi, 1998, p. 551 et K. VOLK, "Diritto penale ed economia", in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1998, p. 479.

de la *durée* (voire du *flux*) et que la vie des textes normatifs relève de la logique de l'*instantanéité*¹⁷.

Quant au premier aspect, le monopole de la loi étatique est érodé par le haut, par le bas et de l'extérieur. L'écriture pénale se présente de plus en plus comme le résultat d'une œuvre pluraliste, à laquelle contribuent la Constitution (dans la forme que l'interprétation de la Cour constitutionnelle lui donne), les sources "régionales" (comme la compétence attribuée, en Belgique, aux Communautés et aux Régions), les actes de l'administration publique, la jurisprudence interne (d'où la "découverte" et la fortune actuelle d'une locution, "droit pénal jurisprudentiel" qui, au sein de la communauté des pénalistes, était considérée, il y a quelques années seulement, comme un véritable oxymore), la jurisprudence européenne (les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de Justice) et les actes - originaires et dérivés - des Communautés européennes. En outre, si on veut analyser en profondeur le droit pénal *in action*, on ne peut pas négliger le rôle joué par les procureurs, mais aussi - *horribile dictu* - par la police, dans la configuration de l'"écriture" réelle du champ pénal¹⁸.

A propos du temps de l'écriture, la combinaison de plusieurs éléments montre combien la formation du droit pénal se fait de plus en plus en flux. Parmi ces facteurs, on peut rappeler ici le recours croissant à la technique bien connue des normes pénales "en blanc", qui consiste à confier à d'autres normes ou à d'autres auteurs la tâche de compléter l'incrimination ou d'établir la sanction; la reconnaissance que chaque application du droit participe de façon active à la définition du champ sémantique du texte et, donc, continue l'œuvre d'écriture de la norme; le recours - par la Cour constitutionnelle italienne - à la technique des "*sentenze additive di principio*"¹⁹ et, enfin, la tendance actuelle à l'emploi de modes de légiférer qui confient à d'autres auteurs ou diffèrent à d'autres moments la prosécution de l'écriture des normes, témoignant de l'incapacité du législateur contemporain à mettre un point final, au moins *hic et nunc*, à de nombreux textes normatifs²⁰. Quant à l'autre aspect de la temporalité

17. Sur ce passage de l'unité à la multiplicité des auteurs réels du droit pénal et sur l'inversion de sa temporalité, on renvoie à M. VOGLIOTTI, "Les métamorphoses de l'incrimination", *loc. cit.*, § 4 et 5 et aux références bibliographiques qui y sont citées.

18. On fait référence ici aux choix de ne pas donner lieu à des poursuites, empêchant ainsi le droit pénal *in the books* d'être "écrit" *in the facts*, choix effectués par le parquet, mais aussi par la police, en dehors de toute couverture légale dans les pays, comme l'Italie, qui gardent une conception particulièrement stricte du principe de la légalité des poursuites (principe de *l'obbligatorietà dell'azione penale*, art. 112 de la Constitution). A propos de l'existence "d'un véritable pouvoir policier" par lequel, renversant le rapport officiel avec le ministère public établi par le code d'instruction criminelle, la police "contrôle l'accès au système de justice pénale", faisant "des choix et opérant une sélection" selon des critères propres, voir H.-D. BOSLY, "La fonction de police judiciaire: de la dépendance vers l'autonomie?", in *Liber Amicorum José Vanderveeren*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 22.

19. Il s'agit d'une typologie d'arrêts créée récemment par la Cour même, grâce à laquelle le juge se voit assigner le pouvoir créateur de concrétiser - en attendant l'intervention éventuelle du législateur - le principe fixé par la Cour dans ces jugements, afin de rendre une certaine norme compatible avec la Constitution. Dernièrement, ce pouvoir d'écriture a été confié aux juges, même dans le domaine de la procédure pénale (il s'agit de l'arrêt 32/1999, in *La legislazione penale*, 1999, p. 415 s.). Sur ce dispositif de la Cour, voir A. ANZON, "Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale", in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 3199 s. et G. PARODI, "Le sentenze additive di principio", in *Foro italiano*, 1998, V, c. 160 s.

20. A la tendance, maintes fois dénoncée et toujours plus accentuée, de déléguer aux juges (mais aussi aux organes de l'administration publique) la tâche de compléter les lois et d'opérer les choix laissés irrésolus par le législateur, en ayant recours à un langage ambigu et riche d'expressions vagues, il faut ajouter, maintenant, l'affirmation d'une praxis consistant à voter des lois dont on sait déjà, au moment de la votation finale, qu'elles devront faire l'objet d'une nouvelle réécriture par le Parlement même ou par d'autres auteurs. La conception traditionnelle de l'écriture de la norme caractérisée par des moments d'écriture suivis de longs intervalles de pause, semble être mise en cause par une modalité d'écriture caractérisée par la présence d'un

du droit, l'écriture juridique contemporaine est dominée par la logique de l'*urgence*, qui pousse le législateur à écrire et réécrire sans cesse des normes dont la vie semble devenir éphémère²¹.

Dans un tel contexte, l'écriture législative - la seule légitime selon le paradigme officiel - non seulement n'arrive plus à répondre aux attentes de sauvegarde des valeurs de sécurité, de liberté et d'égalité attribuées à cette typologie d'écriture par l'imaginaire des Lumières, mais elle semble devenir de plus en plus une source importante d'insécurité juridique et d'atteintes à l'égalité et à la liberté des citoyens. Si, à l'âge des Lumières, on songeait à mettre le droit à l'abri du pouvoir des juges grâce à l'œuvre rationnelle - complète et cohérente - du code, aujourd'hui il est devenu pressant de mettre le droit à l'abri des excès du législateur²².

5. Les réactions de la communauté juridique : "hypothèses ad hoc" ou "rupture épistémologique"?

Face à cet état de crise du paradigme de la légalité, qui se caractérise par une "séparation" ("*krisis*") toujours plus accrue entre le modèle théorique et la réalité, deux types d'approches peuvent être proposées. La première consiste à interpréter ce décalage comme un phénomène pathologique temporaire, fruit en grande partie d'une conjoncture socio-politique exceptionnelle, de l'incapacité du législateur d'écrire des normes claires et précises ou des complots ou de la volonté de puissance de certains juges qui voudraient se substituer au législateur sur le sommet de la pyramide juridique. Ce diagnostic suggère de faire recours aux instruments conceptuels et techniques du paradigme officiel afin de rétablir la hiérarchie inversée et, ce faisant, l'ordre enfreint. La thérapie principale proposée consistera, donc, à réaffirmer la suprématie de la loi par une refondation du système (à travers, par exemple, une nouvelle codification qui

chantier normatif toujours ouvert, clôturé par de brefs actes d'interruption déterminés par l'irruption d'événements externes à la logique de l'écriture (par exemple la fin de la législature, la lacune résultant d'un arrêt de la Cour constitutionnelle ou d'autres diktat de l'urgence). Un bon exemple de cette façon de légiférer est donné par la récente loi 1er mars 2001, n° 63, qui - après un long *iter* législatif - a été approuvée, avant la fin de la législature, "sans grands enthousiasmes" et, d'après plusieurs déclarations provenant des parlementaires qui ont voté cette loi, "ayant dans l'idée que le prochain Parlement ou la Cour constitutionnelle recolleront bien les morceaux" (D. STASIO, "Il 'giusto processo' taglia il traguardo", in *Il Sole-24 ore*, 15 février 2001, p. 19).

21. Un exemple paradigmatique est représenté par le droit procédural italien, dont l'incohérence et l'instabilité normative impressionnante sont bien synthétisées par ce titre de M. CHIAVARI : "Codice ormai nel caos", in *Il Sole-24 ore*, 15 février 2001, p. 19. On peut lire, de façon plus diffuse, sur la temporalité de la justice pénale italienne et sur le paradigme de l'urgence, M. VOGLIOTTI, "Faut-il récupérer *aidos* pour délier Sisyphe?". À propos du temps clos et instable de la justice pénale italienne", in *L'accélération du temps juridique*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, FUSL, 2000, p. 661 s. En général, sur le registre temporel du droit contemporain et sur le statut toujours inachevé du texte juridique, qui "ne cesse d'être *in process*", en état de gestation perpétuelle, déjà en vigueur et pourtant encore en suspens", voir F. OST, "Le temps virtuel des lois contemporaines ou comment le droit est traité dans la société de l'information", in *Journal des tribunaux*, 1997, n° 5828, p. 55 s.

22. Voir, à ce propos, la proposition de lier le législateur par l'introduction, en droit pénal, d'une "réserve spécifique de code". Toutes les normes pénales devraient être écrites dans un code qui ne pourrait être modifié que par une majorité qualifiée (en ce sens, voir L. FERRAJOLI, "La giustizia penale nella crisi del sistema politico", in *Governo dei giudici, op.cit.*, p. 81). Une telle proposition a été traduite en partie dans l'art. 129 alinéa 4 du projet de révision de la Constitution italienne, approuvé par la "Commission bicamérale" en novembre 1997 ("*Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono*"). Sur cet article, voir M. DONINI, "L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997", in *Critica del diritto*, 1998, p. 95 s.

redonne au code sa position centrale dans le champ pénal) et par une écriture plus précise des normes²³(même constitutionnelles)²⁴ qui, grâce à leur rigidité et à leur complétude, puissent agir comme “limite à l’activité d’enquête” des procureurs²⁵, lier les mains de la Cour constitutionnelle et des juges ordinaires (tant en ce qui concerne l’interprétation des lois qu’à propos de l’évaluation des preuves) et réduire les marges d’écriture confiées aux organes de l’administration publique (l’*idéal* de l’effacement de ces marges n’étant pas considéré comme praticable pour des raisons de réalisme juridique).

Ce type de réponse semble se rapprocher de la stratégie des *hypothèses ad hoc*, par laquelle une communauté scientifique essaie d’apporter des ajustements au paradigme en vigueur pour faire face à des phénomènes qui ne peuvent plus être expliqués ou prévus comme autrefois par ses lois internes²⁶. Au lieu d’essayer d’interpréter ces anomalies comme des signes de la crise du paradigme, elles sont réduites à de simples déformations contingentes du réel qu’il faut redresser moyennant les ressources du paradigme officiel. Cette stratégie, consistant à durcir les formes de ce paradigme afin de lutter avec force contre les anomalies et réaffirmer ainsi l’intégrité des valeurs du paradigme, finit souvent par déterminer des crises de rejet et d’effets pervers, qui engendrent des comportements en dehors ou contre les règles pour réagir à leur rigidité impraticable²⁷.

23. Voir, pour ne citer que l’exemple le plus prestigieux, l’avis du théoricien du droit L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989, p. 558, qui attribue à la “sémantique du langage légal et juridictionnel” la fonction principale de tutelle des garanties pénales. Selon cet auteur (p. 101), “le vague et la présence de jugements de valeurs et d’antinomies dans le langage légal dépendent du caractère obscur et redondant des lois et de leur vocabulaire”. Ces inconvénients “pourraient être réduits, si non éliminés, par une technique législative juste un peu plus conforme au principe de stricte légalité”.

24. Comme par exemple la récente loi constitutionnelle du 23 novembre 1999, n° 2, qui a modifié l’art. 111 de la Constitution italienne, introduisant des normes détaillées, plus adaptées pour un code de procédure pénale que pour une constitution (comp., pour une critique de cette technique législative, M. CHIAVARIO, “Dichiarazioni a carico e contraddittorio tra l’intervento della Consulta e i progetti di riforma costituzionale”, in *La legislazione penale*, 1998, p. 941 s. et V. GREVI, “Dichiarazioni dell’imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 849 s.).

25. T. PADOVANI, “Il crepuscolo della legalità nel processo penale”, in *Indice penale*, 1999, p. 535.

26. Selon la célèbre analyse de T. S. KUHN (*The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago, 1962 et 1970, tr. fr., Paris, Flammarion, 1972), en présence d’anomalies (de dissociations entre la théorie et la réalité), la communauté scientifique ne met pas tout de suite en cause le paradigme traditionnel, mais essaie de concilier le modèle avec la réalité par des intégrations de la théorie, expressément finalisées à résoudre des problèmes particuliers. Ce faisant, le modèle finit par devenir très compliqué, riche d’exceptions qui se multiplient afin de répondre à d’autres discordances qui se forment. La période de la crise du paradigme ouvre la phase dite de la science extraordinaire (qui suit la phase “normale”), caractérisée par une activité fiévreuse de recherche et par la présence de plusieurs théories en compétition qui précèdent la formation d’un nouveau paradigme. Pour notre démarche, le terme de paradigme est employé dans le sens général que Kuhn lui a donné dans la préface à son livre, c’est-à-dire “les découvertes scientifiques universellement reconnues qui, pour un temps, fournissent à un groupe de chercheurs des problèmes-types et des solutions” (p. 10 de l’édition française).

27. Un phénomène de ce genre s’est manifesté, par exemple, quelques années après l’entrée en vigueur (en 1989) du nouveau code de procédure pénale italien qui, s’inspirant du modèle accusatoire, a introduit le principe du contradictoire et de l’oralité de la preuve. Toutefois, la mise en œuvre trop rigide de ce principe - greffé, en outre, sur un corps normatif et institutionnel encore lié, à maints endroits, à la tradition inquisitoire - a engendré une crise de rejet qui, par effet de trois célèbres jugements de la Cour constitutionnelle, prononcés en 1992 et suivis d’une réforme législative d’urgence, a fini par renverser le principe de l’oralité, attribuant la primauté gnoséologique à la phase de l’enquête sur la phase des débats (pour L. PEPINO, “Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria”, in *Questione giustizia*, 1993, p. 282, ce déplacement du barycentre du procès des débats vers l’enquête préliminaire a fait du procès pénal une “gigantesque instruction sommaire”. Comp., pour une critique particulièrement forte de ce renversement des logiques procédurales, P. FERRUA, *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino,

Loin d'améliorer la configuration du droit pénal *in action*, cette démarche consistant à se retrancher derrière les instruments diagnostiques et thérapeutiques du paradigme officiel finit par devenir un "obstacle épistémologique"⁽²⁸⁾ sur la route qui devrait amener, par contre, à une organisation plus satisfaisante du champ pénal. En disant cela, on ne veut pas soutenir que le recours à des outils classiques du paradigme, comme par exemple l'emploi de formes d'orthopédie lexicale pour accroître la sécurité juridique, soit complètement inutile; on voudrait plutôt souligner la stérilité de cette perspective de secours, car elle est conditionnée par une épistémologie qui simplifie, d'une manière qui n'est plus admissible, la complexité des défis que la société pose aujourd'hui au droit. D'ailleurs, en ce qui concerne la sécurité juridique, il faut être conscient du fait que l'effectivité de cette valeur est moins liée à la qualité littéraire des textes qu'aux caractéristiques des interprètes des textes. Or, étant donné le niveau de fragmentation de la société actuelle, qui se reflète dans l'hétérogénéité socio-culturelle de la communauté des juristes, la valeur de la sécurité juridique ne peut que subir des restrictions²⁹. Restrictions qui doivent être interprétées non seulement comme des faits totalement négatifs, mais aussi comme la contrepartie inévitable pour sauvegarder d'autres valeurs également importantes, liées à la démocratie pluraliste.

Il semble préférable, donc, d'interpréter les mutations des formes d'écriture du droit pénal comme l'effet de phénomènes structuraux, c'est-à-dire comme une tentative de répondre à la complexité, à l'instabilité et aux incertitudes de la société contemporaine³⁰. Dans ce cadre, l'écriture à plusieurs mains et en flux ne devrait plus apparaître comme un phénomène pathologique et irrationnel qui doit être étouffé par une réaffirmation forte de la logique du paradigme officiel, mais comme une réalité qui doit être prise au sérieux, évitant de s'arrêter aux effets de surface pour essayer de comprendre les raisons profondes de cette typologie de production du droit. Autrement dit, il semble plus fécond d'adopter une interprétation "charitable" du droit pénal *in action*, qui évite les démonisations inutiles et dangereuses. Comme on l'a vu, la stratégie opposée, consistant à refouler les formes d'écriture du droit qui échappent au cadre théorique du modèle officiel, finit par les laisser opérer de manière clandestine, ce qui ne peut qu'engendrer des effets aberrants. Le pas suivant consistera à formuler l'hypothèse qu'une écriture en flux et pluraliste ne soit pas seulement inévitable aujourd'hui, mais - si elle est gérée par des instruments culturels et techniques adéquats - pourrait se révéler même *vertueuse*.

Deux autres caractères du droit pénal contemporain devraient contribuer à dédramatiser l'hypothèse hétérodoxe, qu'on offre ici à la discussion, d'une typologie d'écriture qui - *sans renoncer aux spécificités plus importantes du droit pénal*³¹ - le

Giappichelli, 1992). En général, sur les effets pervers induits par la rigidité excessive des formes procédurales, lire les remarques d'E. FASSONE, "Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico", in *Questione giustizia*, 1991, p. 116 s.

28. G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, 11e éd., Paris, Vrin, 1980, p. 13 s.

29. Voir, dans cette perspective, M. CORSALE, "Certeza del diritto. Profili teorici", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, p. 4 s.

30. Sur la crise des présupposés juridiques, politiques et épistémologiques de la codification voir F. OST, "Codifier en 1987?", in *Le Journal des procès*, 1987, n° 116, p. 16 s. et, en ce qui concerne plus spécifiquement le droit pénal, G. FIANDACA et E. MUSCO, "Perdita di legittimazione del diritto penale?", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 23 s.

31. Notamment sa nature - de plus en plus bafouée, d'ailleurs - d'*extrema ratio*, qui impose de limiter les frontières de l'écriture législative et judiciaire de ce type de droit. A ce propos, le principe classique de l'interdit de l'analogie *in malam partem* vise, précisément, à donner une forme juridique à cette valeur du *favor libertatis*. Le caractère *flou* (voir, par exemple, L. GIANFORMAGGIO, "Analogia", in *Digesto delle*

rapproche des modalités de production des autres champs juridiques. On fait référence, d'une part, à la tendance du droit pénal contemporain à assumer de plus en plus des fonctions *symboliques* et, donc, à produire de la "censure" plutôt que de la "pénalité matérielle"³² et, de l'autre, au processus de *privatisation* partielle du champ pénal. L'émergence de logiques contractuelles (selon les formes de procédures et de preuves négociées)³³ et l'évolution de la peine vers des fonctions réparatrices du dommage causé à la victime ou à la communauté (travaux d'intérêt général) et vers des fonctions d'interdiction (le retrait du permis de conduire, l'interdiction de fréquenter certains lieux etc.), qui restreignent moins la liberté personnelle, ne peuvent que réduire la distance qui traditionnellement séparait le droit pénal des autres domaines juridiques³⁴.

6. La "rhapsodie juridique".

La démarche proposée ici requiert une sorte de "*renversement gestaltiste*" à la suite duquel les éléments du champ pénal se trouvent organisés selon d'autres critères. Comme l'ont cherché à montrer les psychologues de la *Gestalt*, l'acte de regarder quelque chose n'est pas une activité passive de simple reproduction d'un phénomène, mais plutôt une activité "experte", "riche de théorie"³⁵. De même que dans la célèbre figure du lapin-canard, le changement de la *Gestalt* visuelle fait apparaître une autre réalité qui, en présence de la précédente perspective d'observation, restait cachée. En effet, le rapport entre celui qui regarde et la chose regardée n'est pas un rapport linéaire, mais récursif: la chose produit une représentation visuelle chez l'observateur, lequel, par effet de son regard "expert" ainsi modifié, détermine, à son tour, une "modification" de la réalité. On peut dire qu'après un changement de la *Gestalt* (ou d'un paradigme)³⁶ l'observateur ne se trouve plus dans le même monde qu'auparavant. Or, l'hypothèse de se situer dans une différente perspective théorique devrait permettre de faire émerger de

discipline privatistiche (sez. civile), I, Torino, UTET, 1987, p. 327) de la distinction entre analogie (officiellement interdite) et *interprétation extensive* (normalement considérée admissible) offre au juge une marge d'appréciation pour élargir le champ sémantique de l'incrimination, jusqu'au point où cet élargissement pourrait, vraisemblablement, être accepté par la communauté interprétative. Dans le cas contraire, cette dernière - à travers ses représentants officiels (les juges supérieurs, la Cour constitutionnelle, le législateur, la Cour européenne des droits de l'homme, grâce aussi aux critiques de la doctrine) - aura la possibilité juridique de qualifier l'interprétation du juge comme "analogique" et l'effacer du texte pénal. Il va de soi que le degré d'efficacité et de stabilité de la censure de la communauté interprétative est strictement lié à l'*homogénéité* de celle-ci: une communauté juridique fortement pluraliste et fragmentée difficilement réussira à stabiliser le sens des énoncés normatifs. Le droit pénal, toutefois, possède un dispositif, le principe *in dubio pro reo* (ou *pro libertate*), qui joue, précisément, un rôle stabilisateur de "*definitio finium*", car il doit intervenir comme critère régulateur définitif toutes les fois qu'il y a un dissensus axiologique important dans la communauté interprétative.

32. M. PAVARINI, "Per un diritto penale minimo: 'in the books' o 'in the facts'? Discutendo con Luigi Ferrajoli", in *Dei delitti e delle pene*, 1998, p. 148.

33. L'attribution aux parties et à la victime (dans les procédures de médiation-conciliation) du pouvoir, dans certains cas, de décider des formes du procès, des preuves qui peuvent être utilisées par le juge et de la quantité et de la qualité de la peine, peut être interprétée, d'ailleurs, comme le signe d'un élargissement ultérieur du nombre des auteurs qui jouent un rôle effectif dans l'œuvre de coécriture du droit pénal *réel*.

34. Sur ces deux aspects du droit pénal contemporain on ne peut que renvoyer à ce qu'on a écrit in "Les métamorphoses de l'incrimination", *loc. cit.*, § 6 et 7, et à la bibliographie qui y est citée.

35. Voir, sur ce thème, R. LANFREDINI, "Filosofia della scienza", in *La filosofia*, sous la direction de P. Rossi, Torino, UTET, vol. I, 1995, p. 74 s.

36. L'analogie entre le changement du paradigme et le changement de la *Gestalt* visuelle a été soulignée par N. R. HANSON, *Patterns of Discovery. An Inquiry into the Conceptual Foundation of Science*, Cambridge University Press, 1958, chap. I.

la réalité des phénomènes nouveaux³⁷ et de suggérer des formes différentes de gestion du champ pénal.

On propose de synthétiser cette différente perspective théorique, qui prend au sérieux la modalité d'écriture pluraliste et en flux du droit pénal, par une métaphore littéraire: la *rhapsodie*. L'étymologie de ce mot suggère déjà l'idée de la formation progressive et pluraliste du texte. En effet, elle renvoie à l'action de "coudre ensemble" (du grec *rhaptein*) des "poèmes" (*odai*). Cela fait référence à la coutume littéraire pratiquée en Grèce par les rhapsodes, qui se déplaçaient d'une *agora* à l'autre pour raconter des poèmes tels que l'Iliade ou l'Odyssée, en essayant d'adapter l'histoire aux traditions locales et à l'évolution de la société et des mœurs, sans pour autant altérer l'unité narrative de ces poèmes, qui exprimaient les valeurs de l'homme grec archaïque. Or, d'après l'hypothèse la plus accréditée, l'effort philologique de remonter au "texte originaire" mythique des poèmes homériques serait vain. En réalité on ne devrait pas parler d'un seul texte, mais de plusieurs textes (oraux, mais ensuite aussi écrits) "qui ont convergé, à travers le travail graduel des critiques, notamment alexandrins, dans notre 'Vulgate'". Ces poèmes, donc, ne seraient pas le résultat de l'acte créatif d'un seul aède, mais le produit de phases historiques successives. Plus que d'un auteur unique, donc, il faudrait parler d'une "tradition poétique unique". D'ailleurs, le caractère diachronique de ces compositions trouve un témoignage dans la conservation, les uns à côté des autres, d'usages, faits, objets qui sont caractéristiques de différentes époques, mais constamment adaptés aux nouvelles circonstances afin que l'auditoire pouvait toujours les comprendre. Cette mise à jour continue du passé "prouve la fidélité à l'histoire, mais aussi la nécessité de l'interpréter d'une manière dynamique"³⁸.

Cette métaphore exprime la possibilité d'une forme de cohabitation entre unité et multiplicité alternative au modèle officiel, qui n'arrive à concevoir l'organisation du multiple que d'une façon arborescente, c'est-à-dire postulant un point d'Archimède à partir duquel, par des ramifications successives, le pluralisme peut s'ordonner³⁹. Elle évoque une conception de l'œuvre juridique pénale qui ne consiste plus en un tissu entièrement (ou presque entièrement) confectionné par le haut et par un seul auteur légitime, en vue d'être appliqué à une multiplicité de cas différents. Cette ancienne forme littéraire renvoie, par contre, à l'idée du droit comme *réseau* "cousu", de façon continue, par plusieurs auteurs, ayant des marges créatives différentes, à partir d'une multiplicité diffuse de contextes, par des procédures et des techniques diverses, mais unifié par une même tension unitaire, celle d'écrire l'"*epos*" de la communauté d'appartenance qui, dans notre système juridique, est représenté par les valeurs de la Constitution et par les Chartes internationales des droits de l'homme.

37. Par exemple, la reconnaissance du rôle de co-écrivain joué par la jurisprudence fait "apparaître" le phénomène de la rétroactivité des jugements que le paradigme officiel n'arrivait pas à se représenter et, donc, à se poser comme un problème pertinent, comme en témoigne le long silence gardé sur cette question par la littérature pénaliste de *civil law*. Voir, sur cette problématique et pour des références bibliographiques, M. VOGLIOTTI, "Les métamorphoses de l'incrimination", *loc. cit.*, § 5.

38. A. VENERI, "Omero", in *Dizionario degli scrittori greci e latini*, sous la direction de F. Della Corte, vol. II, Settimo Milanese, Marzorati, 1987, p. 1433-1434. Je remercie M.me Rosaria Fresta pour m'avoir suggéré cette référence bibliographique.

39. Voir, sur le modèle de l'Arbre - fondé sur la "logique binaire", c'est-à-dire "la loi de l'Un qui devient deux, puis deux qui deviennent quatre..." - les pages célèbres de G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Capitalisme et schizophrénie. Mille plateaux*, Paris, Ed. de Minuit, 1980, p. 11 s.

Cette métaphore nous trans-porte (“*meta-pherei*”), nous semble-t-il, dans un lieu théorique qui ouvre une perspective d’analyse de la formation du droit plus générale⁴⁰ et plus adéquate à la complexité de la société contemporaine que celle qui découle de l’image célèbre du “*roman à la chaîne*”, proposée par Dworkin⁴¹. Celle-ci, en effet, reproposant la métaphore de la *chaîne*, chère au rationalisme jusnaturaliste⁴², reste encore liée aux présupposés du paradigme traditionnel, à savoir l’idée d’un commencement précis⁴³ (l’idéal-type d’un code qui fait *tabula rasa* du passé et inaugure une ère nouvelle), la représentation linéaire, à cascade, de la production du droit et une conception de l’écriture de type “héroïque” et solipsiste (le juge-Hercule)⁴⁴. La rhapsodie, au contraire, renvoie - comme on l’a vu - à l’idée d’une écriture en réseau, qui substitue à la conception traditionnelle de l’espace (organisé selon le seul point de vue du législateur: perspective classique à un point de fuite), une conception différente de celui-ci, structuré selon une perspective à *plusieurs points de fuite*, comme dans les œuvres de Cézanne et des Cubistes, où la perspective unique de la Renaissance est radicalement mise en cause⁴⁵.

40. On sait bien que le champ d’application de la métaphore de Dworkin est limité à l’activité des juges lorsqu’il s’agit de résoudre un cas difficile (*hard case*).

41. R. DWORKIN, *A matter of Principle*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1985 (tr. fr. *Une question de principe*, Paris, P.U.F., 1996, p. 199-202).

42. Cette métaphore, qui montre le lien strict d’inférences déductives entre les différentes normes, est assez récurrente dans les pages des juristes de cette époque. Tout l’édifice juridique de Domat, par exemple, a été conçu comme un ordre de normes déduites à partir de deux principes fondamentaux: “toutes les lois ont leur source dans les premiers principes, qui sont les fondements de l’ordre de la société des hommes; et on ne saurait bien entendre la nature et l’usage des différentes espèces de lois, que par la vue de leur *enchaînement* à ces principes” (J. DOMAT, “Préface au traité des lois”, in *Œuvres complètes*, 1re éd. in-octavo, Paris, Louis Tenré, 1822, t. 1er., p. XXIX). Comp., aussi, l’affirmation de Samuel Cocceius, l’auteur du projet de Code général prussien de 1751, selon lequel ce code doit être conçu comme un système de lois dans lequel les différentes parties sont “liées entre elles comme les chaînons d’une chaîne” (cit. par Y. CARTUYVELS, “Éléments pour une approche généalogique du code pénal”, in *Déviance et Société*, 1994, p. 382).

43. On connaît la critique que S. FISH, “Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature”, in *Texas Law Review*, 1982, p. 551 s. (“Le clan des travailleurs à la chaîne: l’interprétation en droit et en littérature”, in *Respecter le sens commun*, tr. par O. Nerhot, Diegem-Paris, Story-Scientia-LGDJ, 1995, p. 35 s.) a adressée à l’idée de Dworkin de prêter au premier écrivain de la chaîne une liberté absolue qui - d’après son premier projet d’essai, ensuite abandonné, mais qui, selon Fish, serait encore sous-jacent à sa métaphore - dégraderait au fur et à mesure que le roman s’écrit, jusqu’au dernier écrivain qui serait obligé de reconnaître “only one good-faith interpretation” (p. 553). La métaphore de la rhapsodie, par contre, indique: 1) qu’il n’y a pas un aède (Homère) qui, de façon complètement libre et solitaire, a créé l’Iliade et l’Odyssée; 2) qu’il n’y a pas, non plus, de simples exécuteurs passifs (les rhapsodes), totalement liés à une œuvre qui serait déjà entièrement définie par le poète (à ce propos, Platon nous dit, dans le *Ion*, que le rhapsode est l’*hermeneus* de la pensée du poète (*aède*), ce qui indique non seulement l’activité de déclamer Homère, mais aussi l’acte de “parler sur Homère” (*Ion*, 536 *cd*), c’est-à-dire le commentateur qui explique et actualise l’épique, l’interprète créateur; d’autre part, l’aède n’est pas entièrement libre, car lui aussi est un *hermeneus*, un interprète-créateur de la volonté des dieux). Cette dialectique entre liberté et contrainte évoque assez bien l’idée que dans l’Etat contemporain (*démocratie constitutionnelle*) les deux figures du paradigme traditionnel - celle de l’exécuteur complètement lié et celle du créateur complètement libre - ont disparu en faveur d’une gamme de figures hybrides, plus ou moins libres ou liées, selon le rôle juridique qu’elles doivent jouer. Voir, sur la figure platonicienne du rhapsode-*hermeneus*, J. PÉPIN, “L’herméneutique ancienne”, in *Poétique*, 1973, n. 3, p. 296 et M. CANTO, “Introduction” à l’*Ion* de Platon, Paris, Flammarion, 1989, p. 33 s.

44. Voir, à ce propos, la critique de J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1992, tr. par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, *Droit et démocratie: entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 244 s. qui reproche à Dworkin d’être resté prisonnier - malgré ses intentions - d’une approche monologique, antérieure au “tournant pragmatique” (la figure idéalisée du juge qui, seul, se consacre à l’œuvre cyclopéenne de reconstruction de l’ordre juridique en vue de dégager la “*right answer*”).

45. La Renaissance avait représenté l’espace comme une “boîte” dans laquelle les objets et les figures prenaient leur place, réduisant par ordre leurs dimensions au fur et mesure qu’ils se rapprochaient de l’unique point de

Un dispositif juridique qui traduit assez bien cette conception de l'espace est celui de "*marge d'appréciation*", souvent présent dans la topologie de la Cour européenne des droits de l'homme. Au moyen de cette variable floue, la Cour distingue les domaines réservés à sa propre compétence de ceux qui sont laissés au législateur et aux juridictions des pays membres, lorsqu'elle estime que les organes internes, pour différentes raisons (d'ordre pratique, culturel, religieux, éthique, politique...) "se trouvent mieux placés qu'elle"⁴⁶ pour aborder certaines questions.

7. Les vertus d'un modèle d'écriture pluraliste du droit.

Le renversement gestaltiste, exprimé par cette métaphore, invite le juriste à concevoir le phénomène de l'écriture pluraliste du droit pénal comme une ressource utile - qui demande l'élaboration d'une pensée différente et la mise au point d'instruments adéquats - plutôt que comme une anomalie ou un danger qui doivent être éliminés ou marginalisés sans conteste. Ce changement de perspective visuelle présuppose, entre autres, de refuser les deux postulats mytho-logiques de *notre* paradigme de la légalité, qui conditionnent encore en profondeur notre approche spontanée au droit pénal: le préjugé négatif à l'égard du pouvoir judiciaire⁴⁷ et la

fuite sur le fond. Cézanne, par contre, considérait l'espace comme un élément flou, où l'on perd l'unicité du point de vue. Ici, l'objet naît par la somme de différents actes perceptifs qui s'organisent dans un ensemble. Par exemple, dans le tableau "*Table de cuisine*" (1889), le pot et le panier sont représentés par des perspectives différentes et contradictoires entre elles, ainsi que le plan du fond du tableau, qui n'est pas parallèle au plan de la table, et le plancher de la chambre qui monte rapidement. Cette conception de l'espace, conçue comme une réaction au *descriptivisme* du XIXe siècle, sera radicalisée par le cubisme de Picasso et Braque. Comp., sur cette conception de l'espace, *Storia dell'arte italiana*, sous la direction de C. Bertelli, G. Briganti, A. Giuliano, vol. 4, Milano, Mondadori, 1987, p. 203-204 et 290-291.

46. CEDH, arrêt *Larissis et autres c. Grèce* du 24 février 1998, § 53. Le caractère mobile et flou de ce principe est rendu plus précis par l'établissement - de la part de la Cour - d'une pluralité de critères qui orientent ses décisions. Le système juridique italien tirerait un grand bénéfice (en termes de justice et de célérité) si la Cour de cassation faisait vraiment sienne cette perspective multiple, en laissant une marge d'appréciation majeure aux juridictions inférieures, lorsqu'il s'agit de vérifier, par le moyen du contrôle de la motivation, l'établissement des faits (notamment les choix des règles d'expérience) opéré par les juges de fond, *mieux placés qu'elle* pour ce genre de questions (la critique de cette tendance de la Cour à déborder de ses limites est un ancien *leit-motiv* de la doctrine italienne; récemment, ce thème a été repris par le premier président de la Cour de cassation de l'époque, F. Zucconi Galli Fonseca, qui - par le moyen d'une lettre envoyée le 10 mars 1999 à ses collègues de la Cour - dénonçait fermement cette pratique. La lettre peut être lue dans la revue *Il Foro italiano*, 1999, V, cc. 215-216.

47. Ce présupposé inspire, par exemple, les réflexions sur la légitimité du pouvoir judiciaire de L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989, p. 556 s. D'après Ferrajoli, le pouvoir judiciaire est légitime seulement lorsqu'il exerce une fonction purement cognitive. Or, poursuit cet auteur, le pouvoir judiciaire - même dans les systèmes les meilleurs - n'exerce jamais une simple fonction cognitive, car il possède toujours un pouvoir discrétionnaire (en ce qui concerne l'interprétation de la loi, l'évaluation des preuves et la détermination de la peine). Sa fonction, donc, "est aussi, en quelque sorte, potestative". Ce qui l'amène à conclure que "l'activité juridictionnelle [...] est politiquement illégitime et se configure comme un résidu de l'absolutisme" (p. 557). Dans ce cadre, le pouvoir du juge n'est légitime que lorsqu'il exerce une fonction purement intellectuelle (en cohérence, par ailleurs, avec une conception néopositiviste de la connaissance qui relègue les jugements de valeur dans le domaine de l'irrationnel et de la subjectivité). Ce qui revient à dire que ce pouvoir est légitime seulement à la condition qu'il n'existe pas: il est admissible seulement s'il est "nul", pour reprendre l'expression célèbre de Ch. MONTESQUIEU, (1748), "De l'esprit des lois", in *Oeuvres complètes*. Paris, Gallimard, 1951, vol. II, XI, 6, p. 401. Or, cette façon de penser le problème de la légitimité du pouvoir juridictionnel doit être mise en question à la suite de l'affirmation, dans l'ordre juridique contemporain, de la *démocratie constitutionnelle*. Cette forme hybride de gouvernement constitue une tentative de recomposer la fracture moderne entre le principe de la souveraineté, le "peuple souverain" (qui garde en soi une potentielle dérive autoritaire, une *hybris* incontournable) et les raisons du constitutionnalisme, qui expriment l'exigence - paradoxale dans une perspective moniste - de limiter le pouvoir *souverain*, c'est-à-dire de limiter celui qui a été conçu, précisément, comme n'ayant pas de limites (celui qui est *au-dessus* de tous les autres, du latin médiéval "*superanus*", "supérieur"). La nature

confiance dans la loi, en tant qu'expression de la volonté générale⁴⁸. A ce propos, une aide pour opérer cette mutation de mentalité devrait provenir du constat que ni les garanties substantielles (la confiance dans la sagesse et la rationalité du Législateur⁴⁹ ou dans la nature générale et abstraite de la loi) ni les garanties procédurales du paradigme de la légalité (la publicité, la représentation des minorités et les autres vertus attribuées à la formation parlementaire du droit)⁵⁰ ont su garder ses promesses de liberté, sécurité, égalité et transparence.

Les limites d'une perspective moniste en ce qui concerne la formation du droit (*un* auteur, *une* technique graphique, *une* procédure) devraient pousser le juriste à faire l'hypothèse qu'une approche synergique de la question de l'écriture juridique est en mesure d'aborder d'une façon plus satisfaisante les exigences de garantie et d'efficience du système, exigences qui sont strictement entrelacées, malgré la tendance usuelle à les séparer, en accord avec le registre binaire de la pensée arborescente. Autrement dit, il faudrait essayer d'interpréter les marges d'écriture judiciaire du droit⁵¹ non seulement comme un moyen de suppléer aux impuissances du législateur actuel (le juge qui fait mal ce que le législateur pourrait mieux faire), mais aussi comme une typologie d'écriture dont le législateur, dans certains cas, n'est pas bien équipé (le juge fait mieux ce que le législateur ferait en pire). Comme le suggère G. Zagrebelsky, il faut s'accoutumer à l'idée que dans les démocraties constitutionnelles contemporaines "le droit n'est pas objet de propriété d'un seul, mais doit être objet des soins de plusieurs"⁵².

En effet, cette modalité multicontextuelle de formation du droit semble être plus en syntonie avec notre forme de vie constitutionnelle - la démocratie pluraliste - et avec la complexité du champ pénal actuel. En ce qui concerne le premier aspect, la perspective d'une écriture intégrée du droit devrait permettre une représentation plus

constitutionnelle de cette forme de gouvernement fonde la légitimité du pouvoir judiciaire, auquel est attribué la fonction de "représenter" et de faire respecter les valeurs de la Constitution, même contre la volonté de la majorité. Si le fondement du pouvoir du législateur est le principe démocratique, pour les juges la source de leur légitimité est représentée par la protection des droits, à travers une certaine procédure publique et dialogique et par une décision motivée. La formule de la démocratie constitutionnelle relève d'une logique de la complexité, "incompréhensible à la lumière de la tradition moderne, qui avait toujours obligé tout le monde à se positionner *d'un côté ou de l'autre*: avec le peuple souverain [...] ou avec la constitution comme limite" (M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 161). Voir, pour une conception similaire de la légitimité du pouvoir judiciaire dans une société démocratique, M. CAPPELLETTI, "Des juges législateurs?" (1984), tr. fr. in *Le pouvoir des juges*, Presses Universitaires d'Aix Marseille Paris, Economica, 1990, p. 87 s. et S. SENESE, "Democrazia, sovranità popolare e giurisdizione", in *Questione giustizia*, 1987, p. 429 s.

48. Comp., sur cette dimension symbolique de la légalité, C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Leipzig-München, Duncker & Humblot, 1932 (trad. it. in *Le categorie del "politico"*, sous la direction de G. Miglio et P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, p. 226 s.) et J. CHEVALLIER, "La dimension symbolique du principe de légalité", in *Revue du droit public et de la science politique*, 1990, p. 1651 s.

49. Sur ce présupposé opérationnel de la dogmatique juridique, voir F. OST, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur", in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, sous la direction de M. van de Kerchove, Bruxelles, FUSL, 1978, p. 97 s.

50. Voir, pour une telle remarque, dans le cadre d'une analyse consacrée à la crise du principe de la légalité en matière pénale, F. PALAZZO, "Riserva di legge e diritto penale moderno", in *Studium Juris*, 1996, p. 276 s.

51. L'emploi de cette locution au lieu de la formule canonique de droit jurisprudentiel (qui, selon l'usage courant, désigne l'écriture du juge) vise à mettre en lumière la matrice pluraliste de ce type de droit, qui n'est pas le produit d'un auteur monopoliste, mais le résultat d'un travail à plusieurs mains (celles des avocats de l'accusé, de la partie civile et des associations constituées dans le procès pour représenter les intérêts lésés, des procureurs, des experts, des *amici curiae*), réglementé par les formes dialogiques de la procédure judiciaire.

52. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 213.

riche de la multiplicité des valeurs présentes dans la société contemporaine. Par exemple, le contexte judiciaire d'écriture peut donner une visibilité et fournir une protection à des intérêts minoritaires ou diffus qui n'arrivent pas - ou pas encore - à s'exprimer dans les formes politiques traditionnelles⁵³. Quant à la question de la complexité de la réalité, la possibilité de se prévaloir d'un éventail d'instruments et de procédures d'écriture propres aux différents auteurs, qui possèdent des connaissances spécifiques et peuvent aborder les problèmes à partir d'une pluralité de contextes spatio-temporels, ne peut que représenter une ressource importante pour aborder la difficulté ou l'instabilité de certaines matières qui requièrent des savoirs particuliers et des temps d'intervention différents⁵⁴. L'articulation de plusieurs niveaux - généraux et locaux - devrait permettre de mieux maîtriser la complexité de l'information circulante parmi les différentes situations problématiques et de composer l'enchevêtrement des intérêts en jeu, qui ne peut pas être entièrement ordonné, d'une façon satisfaisante, à l'échelle, générale et abstraite, de la loi. En outre, en présence de biens nouveaux qui ne se sont pas encore consolidés - par l'absence d'un consensus suffisamment général sur les valeurs en jeu ou par les incertitudes de la science - l'écriture judiciaire possède des vertus qui la rendent, en principe, plus adéquate. En effet, le caractère contextuel et local de cette forme d'écriture peut garantir l'élaboration d'une solution satisfaisante *hic et nunc*, en laissant au débat démocratique le temps nécessaire pour rejoindre un accord sur les grands principes⁵⁵.

En outre, en présence d'une réalité changeante et fragmentée, une modalité de production du droit de type pyramidal risque d'accroître l'instabilité du système et, donc, l'insécurité juridique, car la nécessité d'adapter le droit aux modifications et aux particularités de la réalité engendre des oscillations, et souvent des bouleversements, de tout le système. Par contre, une écriture diffuse, qui se développe sur plusieurs niveaux et avec des marges d'appréciation différentes, devrait assurer une meilleure gestion du changement et une plus grande sécurité⁵⁶. Bien sûr, pour que cette typologie de formation du droit soit praticable, outre un changement de mentalité (de la *Gestalt*) et certaines réformes institutionnelles qui introduisent un système efficace de contrôles réciproques, il faut changer la manière de concevoir l'écriture de la loi. Celle-ci ne devrait plus être conçue comme *un* texte qui doit tendre à concentrer en soi toute la régulation de son objet, mais - plus modestement - comme une *partie* (certes, particulièrement significative) du texte, qui se pense, dès le début, comme un *projet*

53. Voir, à ce propos, les observations de S. RODOTA', "Le 'tentazioni' della politica", *loc. cit.*, p. 316 s. Par exemple, en Italie, le problème de la sauvegarde des intérêts des travailleurs, des consommateurs ou de l'environnement a commencé à être abordé par les juges, à travers l'utilisation - souvent de façon analogique - d'infractions pensées pour la protection d'autres intérêts.

54. A ce propos, F. PALAZZO, "Riserva di legge", *loc. cit.*, p. 277 s., explique l'augmentation des marges d'écriture du droit pénal attribuées aux organes de l'administration publique par la double nécessité technique de faire recours à des savoirs spécifiques ainsi que de l'impossibilité de résoudre *a priori* la complexité des intérêts en conflit.

55. Le problème de l'euthanasie est un bon exemple de ce mode d'emploi de l'écriture judiciaire.

56. Dans la même perspective, G. MARANINI, "Presentazione" in P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, Giuffrè, 1967, p. VI-VII, soulignait qu'une structure monolithique et hiérarchisée de la justice, contrairement aux apparences, rend le droit instable et incertain, car il suffit d'une oscillation du sommet de la pyramide judiciaire ou du détenteur du pouvoir politique pour que non seulement des détails d'une certaine norme soient modifiés, mais aussi des normes ou des principes fondamentaux soient brusquement bouleversés. Par contre, "de l'effort diffus du vaste et libre corps judiciaire se dégagent des directives de grande stabilité".

sémantique conscient de la nécessité de l'*aide* du temps et d'autres auteurs pour pouvoir espérer une régulation suffisamment juste de la réalité⁵⁷.

Une conception similaire de l'écriture juridique, qui refuse l'équation moderne *droit pénal = loi*, est proposée par la Cour européenne des droits de l'homme. Depuis des années cette Cour considère la notion de "loi", prévue dans l'intitulé de l'art. 7 de la Convention européenne ("pas de peine sans loi"), comme englobant "à la fois le droit écrit et le droit non écrit"⁵⁸, "le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle"⁵⁹. En vertu de cette redéfinition du principe de la légalité, les juges de Strasbourg considèrent que l'écriture judiciaire du droit a pour fonction de "compléter" l'écriture législative du droit, même pénal⁶⁰. En effet, note la Cour, de "nombreuses lois se servent par la force des choses de formules plus ou moins floues, afin d'éviter une rigidité excessive et de pouvoir s'adapter aux changements de

57. Cette perspective requiert aussi de repenser la structure et la fonction du *code* dans une société complexe. Il semble qu'aujourd'hui celui-ci doit se confronter avec le paradoxe suivant: pour garder - ou reconquérir - son rôle-guide de source *leader*, pour être "*fort*", le code doit s'*affaiblir*, doit renoncer à l'*hybris* de l'omniscience qui l'a tenu au baptême (M. CERUTI, "La *hybris* dell'onniscienza e la sfida della complessità", in *La sfida della complessità*, sous la dir. de G. Bocchi et M. Ceruti, Milano, Feltrinelli, 1985, p. 25 s.). À ce propos, F. PALAZZO, "Tra aspirazioni e chimere, la ricodificazione del diritto penale italiano", in *Diritto penale e processo*, 1999, p. 272-273, avance l'hypothèse que la survie de l'idée de code est subordonnée à la "transfiguration de la méthodologie et du style de la codification". Au lieu de l'image "monolithique" du code "classique", comme un "corps normatif cohérent, systématique et fondamentalement clos", il faudrait s'orienter vers un style "différent, moins ambitieux et parfait, mais plus réaliste". On pourrait donc penser, selon cet auteur, à un code conçu comme un "programme législatif formé par des propositions synthétiques, mais suffisamment expressives des lignes de discipline"; un programme "en quelque sorte progressif et graduel", qui requiert une logique différente, caractérisée par "l'utilisation pondérée et raisonnable des principes et des critères de valeur" (comp. aussi, dans la même perspective, F. OST, "Codifier en 1987?", *loc. cit.*, p. 23 et, à propos du code de procédure pénale, la proposition de M. CHIAVARIO, "Cinque anni dopo...", in *Commento al codice di procedura penale. Secondo aggiornamento*, sous la direction de M. Chiavario, Torino, UTET, 1993, p. 28-29, d'accepter une "cohabitation réelle et une intégration" entre sources non paritaires et, dans ce cadre, de réhabiliter le "droit prétorien", considéré comme un programme d'action des différents bureaux "pour les problèmes de détail"). Le fait d'assumer cette conception gradualiste du code, au moment de sa rédaction, devrait permettre une meilleure maîtrise de l'écriture rhapsodique du droit qui est déjà à l'œuvre dans la réalité, comme en témoigne - d'une façon particulièrement évidente - le nouveau code de procédure pénale italien, mais aussi le code pénal de 1930, dont la partie générale est le résultat de l'écriture synergique du législateur, de la jurisprudence - constitutionnelle et ordinaire - et de la doctrine, comme le note F. PALAZZO, "Legge penale", *loc. cit.*, p. 357. En outre, il faut renoncer à la tentation de concevoir le code comme un "monument isolé", oubliant qu'il est un "élément d'un ensemble élargi à d'autres disciplines sanctionnatrices que le droit pénal et ouvert à d'autres influences que le droit national" (M. DELMAS-MARTY, "Nouveau code pénal. Avant-propos", in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1993, p. 440. C'est justement à partir de cette conception "réticulaire" que cet auteur reproche au nouveau code pénal français d'être un code "trop inscrit dans le présent", caractérisé par "l'oubli du contexte" qui témoigne "d'une véritable myopie du législateur, refusant de voir que l'environnement juridique a changé et qu'une codification pour le XXI^e siècle ne se conçoit pas sur le modèle du début XIX^e siècle"). La même "perspective polycentrique" inspire l'idée récemment reproposée par G. FIANDACA, "In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare", in *Diritto penale e processo*, 2001, p. 141, qui plaide pour la renonciation au paradigme moniste, à travers lequel a été toujours pensé le code, au profit d'un "programme de microcodifications", d'un "ensemble de petits codes" dans lequel organiser "un certain nombre de matières qui, jusqu'à maintenant, se trouvent dispersées de manière désordonnée dans la législation hors code". Pour des approches similaires à la question du code, inspirées de la même épistémologie de la complexité, comp. aussi C. E. PALIERO, "L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 1220 s. et M. DONINI, "La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato 'costituyente' per la riforma del codice. (Riflessioni a margine di una ricerca)", in *Indice penale*, 2000, p. 657 s.

58. Arrêt *Wingrove c. Royaume Uni*, du 25 novembre 1996, § 40.

59. Arrêt *Cantoni c. France*, du 15 novembre 1996, § 29.

60. Comp., entre autres, les arrêts *Müller et autres c. Suisse*, du 24 mai 1988, § 29 et *Kokkinakis c. Grèce*, du 25 mai 1993, § 40.

situation". Etant donné cette *nécessaire* incomplétude des lois, la fonction confiée aux juridictions "sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne"⁶¹. Ce passage de la décision de la Cour semble confirmer l'hypothèse que la sécurité juridique est un bien "plus diffus que ce qu'on pense habituellement", si l'on adopte - au lieu de la conception moderne de la sécurité juridique (c'est-à-dire l'idée qu'elle doit être "assurée uniquement sur le terrain abstrait de la source législative")⁶² - une conception plus complexe de celle-ci (qui prenne en compte la perspective diachronique et les phénomènes de décentralisation et de pluralisme de la production du droit). La jurisprudence, donc, en dépit du cliché moderne qui semble la considérer sans appel comme une source d'insécurité, devrait être considérée comme une instance qui pourrait jouer, en coopération avec le législateur, un rôle important de réduction de l'incertitude⁶³.

8. La "force-faible" du réseau.

D'un point de vue épistémologique, le renversement gestaltiste promu par la métaphore de la rhapsodie déplace l'accent des propriétés *substantielles* vers les propriétés *relationnelles*⁶⁴.

Dans la métaphore de la pyramide, qui constitue la charpente logique du paradigme traditionnel de la légalité, les relations entre les différents éléments du système possèdent un statut secondaire. Elles sont conçues simplement comme des véhicules pour la transmission des *substances* d'un niveau supérieur à un niveau inférieur. Le primat épistémologique est attribué à ces dernières. Ici, les relations ne sont, finalement, que des courroies de transmission qui requièrent des compétences techniques pour leur gestion correcte et qui ne doivent pas laisser des sédiments sémantiques sur les surfaces des substances. Celles-ci sont considérées comme des êtres qui doivent être définis, dans la forme la plus complète possible, avant que le jeu

61. *Cantoni c. France, cit.*, §§ 31 et 31.

62. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, pp. 426 et 423.

63. A ce propos, E. GRANDE, "Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?", in *Politica del diritto*, 1996, p. 477 observe que cette approche, typique des systèmes de *common law*, qui reconnaissent à la jurisprudence le rôle de co-producteur du droit (même pénal), "ne diminue pas, mais au contraire, augmente le taux de garantie offert à l'individu par le système". Egalement, A. CADOPPI, *Il valore del precedente, op. cit.*, p. 112, constate, à la suite d'une comparaison entre le système italien et un système de *common law* "pur" comme le système écossais, que - paradoxalement - le principe de la sécurité juridique est plus respecté en Ecosse qu'en Italie, "patrie du "mythe" de la légalité". *Contra*, pour un retour à une interprétation stricte du principe de la légalité criminelle, voir R. KOERING-JOULIN, "Pour un retour à une interprétation stricte... du principe de la légalité criminelle (à propos de l'article 7, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme)", in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1995, p. 247 s. Pour en revenir encore un instant à la jurisprudence des juges européens, il faut peut-être encore préciser, que cette redéfinition du principe de la légalité, après une période pendant laquelle la Cour semblait distinguer entre systèmes de *common law* et de *civil law* (arrêts *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979 et *Malone c. Royaume-Uni* du 2 août 1984), a été étendue sans hésitation à tous les pays membres du Conseil de l'Europe, à partir de la fin des années quatre-vingts (voir, par exemple, les arrêts *Kruslin c. France* et *Huvig c. France* du 24 avril 1990). La fonction épistémologique du droit comparé se montre ici dans toute sa plénitude. En effet, la rencontre entre les deux différentes traditions, sur un espace juridique commun, a mis la Cour dans les conditions d'amorcer le processus de changement de la *Gestalt* visuelle, ce qui lui a permis de mieux comprendre et gérer les systèmes de droit continental.

64. Sur la "nature relationnelle" du phénomène juridique (et sur la centralité de notions comme *praxis, contexte, communauté interprétative, pluralisme, raisonnable*) voir G. ZACCARIA, "Complessità della ragione giuridica", in *Region pratica*, 1993, p. 89 s.

relationnel ne commence. Dans cette perspective, le problème fondamental du paradigme consiste dans la formation de la substance la plus prestigieuse: la loi. Les efforts majeurs de la science juridique sont dirigés vers les aspects *syntactiques* et *sémantiques* du texte législatif. Une poétique du “*labor limae*” inspire l’œuvre des juristes, à la recherche de la “loi parfaite”⁶⁵, dont le sens serait si évident qu’il pourrait se passer du travail “dangereux” de l’interprétation.

Au contraire, dans une épistémologie *réticulaire*, comme celle de la rhapsodie, le concept fondamental est celui de “*connexion*”. Il indique le moment “où se constitue l’identité des êtres qui entrent dans un certain rapport”. Cette identité peut être considérée comme la “trace des rapports dans lesquels [elle] a été prise au gré de déplacements”. Les qualités de ces êtres, en effet, sont le résultat de la rencontre d’un faisceau de relations. C’est “dans l’*interaction*” où ils font “l’objet d’interprétations, que ces qualités sont investies de signification”⁶⁶.

Contrairement à la nature fondamentalement passive et “redondante” des relations dans le modèle arborescent, ici les signifiés ne préexistent pas complètement au jeu des relations, mais se constituent dans les connexions entre les *nœuds* du réseau. L’attention du juriste, qui avant était presque entièrement absorbée par les aspects syntactiques et sémantiques du texte, se dirige maintenant vers la dimension *pragmatique* du langage. Ce déplacement du barycentre sémiotique engendre une mutation du cadre problématique. En effet, si le sens se forme par sédimentations successives, par effet de l’interaction d’une pluralité d’auteurs différents, le problème fondamental du paradigme n’est plus celui de rechercher la forme la plus parfaite des textes, mais celui de maîtriser de la façon la plus satisfaisante possible l’écriture pluraliste et en flux du droit pénal. Dans ce cadre, la justice de l’ordre juridique n’est plus tant liée à la “beauté” de ses textes normatifs (précision, clarté, complétude) qu’aux qualités du jeu relationnel qui doit tendre à être “juste”, c’est-à-dire capable de ne laisser ni trop, ni trop peu, de “jeu” entre les différents nœuds du réseau⁶⁷. Ce dernier, en valorisant la dimension *horizontale* du champ juridique, pose au juriste le problème d’imaginer des dispositifs logico-institutionnels de gestion des rapports entre les composantes du système juridique (normes, instituts, auteurs) plus complexes que les dispositifs traditionnels de type rigidement *vertical*. Locutions paradoxales comme “réseaux hiérarchisés” ou “hiérarchies enchevêtrées”⁶⁸ expriment l’exigence de concevoir des formes

65. Sur cet idéal de la “loi parfaite” voir F. OST, “L’amour de la loi parfaite”, in *L’amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Presses de l’Université Laval, L’Harmattan, 1996, p. 53 s.

66. L. BOLTANSKI & E. CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999, p. 219, 220 et 223. Sur l’emploi du modèle du réseau pour représenter la structure du droit contemporain, comp. F. VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, Giappichelli, 1987, p. 376 s. et, récemment, dans les pages de cette revue, F. OST & M. van de KERCHOVE, “De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?”, in *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 2000, p. 1 s. Pour une référence à ce modèle en droit pénal, comp. aussi Y. CARTUYVELS, “Proximus, ou la tentation du temps pénal contemporain”, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1999, p. 59-60, G. FIANDACA & E. MUSCO, “Perdita di legittimazione del diritto penale?”, *loc. cit.*, p. 27 et J. FAGET, *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Toulouse, Erès, 1992, p. 164 s., qui, toutefois, en s’inspirant de la célèbre métaphore du “rhizome” de G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Capitalisme et schizophrénie. Mille plateaux*, *op. cit.*, - préfère parler de *rhizome pénal*.

67. Pour un développement systématique de l’analogie du droit et du “jeu”, défini comme “mouvement dans un cadre” (p. 6), voir M. van de KERCHOVE et F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992.

68. C’est la locution par laquelle D. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach: an Eternal Golden Braid*, New York, Basic Books, 1979 (tr. fr. *Gödel, Escher, Bach. Les brins d’une Guirlande Eternelle*, Paris, Inter-Éditions, 1985) tente de donner une forme logique aux relations récursives à l’œuvre dans tous les systèmes complexes, qui brouillent la linéarité apparente des hiérarchies. La hiérarchie enchevêtrée - ou “boucle étrange” - est définie comme “interaction entre des niveaux dans laquelle le niveau supérieur redescend vers

relationnelles qui sachent hybrider la nature horizontale et coopérative (mais, en puissance, anarchique) du réseau avec la nature verticale - sans laquelle le droit continue à ne pas pouvoir être conçu - et hiérarchique (mais, en puissance, autocratique) de la pyramide.

8.1. Les mutations des notions de fondement...

Le renversement gestaltiste entraîne aussi la notion de *fondement*. Celui-ci n'est plus considéré comme un socle rassurant sur lequel repose toute l'œuvre juridique (un point d'Archimède, le texte de la loi, qui soutient l'édifice du droit pénal). Au lieu de cette conception moniste et statique du fondement, la rhapsodie promeut l'idée d'un fondement réticulaire, dynamique et pluraliste. Dans ce cadre, le concept de "solidité" du fondement change. Selon le modèle de la pyramide, le fondement est autant plus solide qu'il est compact, avec peu de pores (lacunes, termes vagues...) qui le fragilisent. Dans la rhapsodie, au contraire, la solidité du fondement dépend surtout de la nature des relations, de leur *quantité* et de leur *qualité*. Si la limite de la chaîne est d'être forte comme son chaînon le plus faible, la force du réseau est liée notamment à la fréquence des relations ("plus la trame est serrée, plus le tissu sera résistant")⁶⁹ et au principe de "rupture assignifiante" ("contre les coupures trop signifiantes qui séparent les structures, ou en traversent une", le réseau "peut être rompu, brisé en un endroit quelconque, il reprend suivant telle ou telle de ses lignes et suivant d'autres lignes")⁷⁰. Il faut, donc, apprêter des mécanismes qui valorisent et intensifient la circulation des flux d'information dans le réseau⁷¹, afin de favoriser les contrôles réciproques et de promouvoir, ainsi, des formes plus diffuses de responsabilité. Quant à la qualité des relations, il faut accroître, notamment, la *transparence*⁷² des connexions entre les nœuds.

le niveau inférieur et l'influence tout en étant lui-même en même temps déterminé par le niveau inférieur" (p. 799).

69. F. VIOLA, *Autorità e ordine*, op. cit., p. 377.

70. G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Capitalisme et schizophrénie*, op. cit., p. 16.

71. Par exemple, le *document final* de l'Assemblée générale de la Cassation (approuvé à l'unanimité le 23/4/1999) a reconnu que la circulation de l'information parmi les nombreux juges de la Cassation italienne constitue une condition fondamentale pour améliorer la cohérence de la jurisprudence de la Cour. D'après ce document (et d'après une lettre du 13/6/1994 du premier président de la Cassation), la réduction des conflits de jurisprudence parmi les "*sezioni*" de la Cour et entre les "*sezioni semplici*" et les "*Sezioni Unite*" ne peut que passer aussi par une amélioration et une intensification des rapports à l'intérieur des différentes chambres de la Cour et entre l'*Ufficio del Massimario* et ces mêmes chambres (assurant une plus grande efficacité aux "informations de décision"), afin d'éviter les conflits involontaires de jurisprudence, mais afin, aussi, d'essayer de les prévenir grâce à "des échanges fréquents d'opinion et à des réunions périodiques dans lesquelles on peut discuter des problèmes interprétatifs les plus importants et controversés" (lettre du premier président F. ZUCCONI GALLI FONSECA à ses collègues, in A. ESPOSITO & G. ROMEO, *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione (142 casi di contrasto nel quadriennio 1991-1994)*, Padova, Cedam, 1995, p. 47). Le document final et les autres actes de l'Assemblée générale sont publiés in *Foro italiano*, 1999, V, c. 161 s.

72. On fait référence, notamment, à l'importance de *motiver* les jugements, sans cacher le choix de valeur effectif et la marge d'appréciation employée, derrière la mystification de l'application purement technique de la Loi ou de la Méthode juridique (voir, à ce propos, M. CAPPELLETTI, "Des juges législateurs?", *loc. cit.*, p. 111-112, selon lequel "la fiction du juge, disant simplement ce qu'est un droit préétabli, peut avoir été utile à d'autres époques, dans des sociétés moins évoluées et moins ouvertes au progrès"; aujourd'hui, au contraire, "les avantages de cette fiction sont devenus de beaucoup moindres que ses désavantages". En effet, si l'on veut empêcher que les choix opérés par les juges "soient faits de façon purement subjective, et faire qu'ils engagent davantage la responsabilité de ceux qui les font et soient aussi, dès lors, plus démocratiques, il ne doit pas être permis de les dissimuler en ayant recours à des prétentions de logique ou des artifices de

8.2. ...de limite...

L'idée de *limite* change elle aussi. Elle n'est plus pensée à travers l'image de frontières rigides et imperméables qui délimitent des territoires considérés comme autonomes. La ligne qui sépare ce qui doit entrer dans le champ sémantique d'une norme de ce qui doit rester dehors devient floue comme dans les dessins d'Escher. Le concept euclidien de "surface", avec ses deux domaines bien séparés, le *recto* et le *verso*, cède sa place à des structures topologiques paradoxales, comme la bande de Möbius, où le passage de l'intérieur à l'extérieur du ruban advient sans solution de continuité⁷³. Ces mutations de la topologie du droit dissolvent l'espoir de trouver des dispositifs ou des algorithmes qui puissent épuiser *a priori* la définition de la limite. Celle-ci perd la nature d'un objet qui devrait déjà être tout présent avant le commencement du jeu, pour assumer la nature de *projet* qui, pour devenir, demande la collaboration active et responsable de tous les acteurs du champ juridique. La limite, donc, plus qu'être définie, *se définit* dans le temps et dans l'espace comme la résultante (jamais définitivement stable)⁷⁴ du jeu récursif des relations dans le réseau.

Ce changement de statut engendre des répercussions évidentes sur la façon, par exemple, de concevoir le problème des *limites de l'interprétation* et des *limites au pouvoir des procureurs* en ce qui concerne l'exercice de l'action pénale. Quant au premier aspect, à l'approche traditionnelle statique, de type moniste et aprioriste, qui cherche les limites fondamentalement dans le texte (de la loi ou du précédent obligatoire, peu importe ici) et dans la Méthode interprétative, se substitue une approche dynamique, de type pluraliste et récursif. Dans cette perspective, la limite se définit, dialectiquement, à travers les relations récursives entre le "texte", le "co-texte" ("*verbal environment*") - qui renvoie à l'ensemble des relations intratextuelles et intertextuelles - et le "contexte" ("*situational environment*"), qui représente la composante extratextuelle et se réfère, plus particulièrement, "*to extensional semantics (possible worlds, etc.) and to pragmatics (production, reception, interpretation of the text)*"⁷⁵; entre l'horizon du *passé* (la tradition interprétative dans laquelle la nouvelle interprétation doit s'inscrire) et l'horizon de l'*avenir* (la représentation, de la part de

langage"). Cette pratique de la transparence, d'autant plus nécessaire lorsqu'il s'agit de modifier le cours de la jurisprudence, devrait aussi produire l'effet vertueux de susciter la *prudence*, la *retenue* et le sens de *responsabilité* du décideur. Pour une critique sévère du style opaque et déresponsabilisant des motivations de la Cour de Cassation française, voir déjà A. TOUFFAIT & A. TUNC, "Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de Cassation", in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1974, p. 489 s. Sur ce thème voir aussi les observations d'A. BANCAUD, "Considérations sur une 'pieuse hypocrisie': la forme des arrêts de la Cour de Cassation", in *Droit et Société*, 1987, p. 373 s.

73. On peut lire, plus diffusément, sur ce modèle, par lequel on a tenté de représenter les relations complexes entre le fait et le droit, M. VOGLIOTTI, "La bande de Möbius: un modèle pour penser les rapports entre le fait et le droit", in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1997, p. 103 s.

74. Comme le souligne U. ECO, "L'antiporfirio", in *Il pensiero debole* (1983), sous la dir. de P. A. Rovatti et G. Vattimo, II éd., Milano, Feltrinelli, 1988, p. 75 et 77, "on ne peut jamais avoir une représentation définitive et close" du réseau. Celle-ci n'est jamais "globale, mais toujours locale: elle est fournie à l'occasion de certains contextes et circonstances". Celui qui parcourt le réseau doit donc "apprendre à corriger de façon continue l'image qu'il s'en fait, aussi bien l'image concrète d'une de ses sections (locales), que l'image régulatrice et hypothétique concernant sa structure globale (inconnaisable)".

75. C. SEGRE, "Co-text and Context", in Th. A. Sebeok (ed.), *Encyclopedic Dictionary of Semiotics*, Berlin, Mouton, vol. I, 1986, p. 151. Pour une approche multicontextuelle du thème de l'interprétation - qu'on ne peut pas développer ici - voir, récemment, B. PASTORE, "Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica", in *Significato letterale e interpretazione del diritto*, sous la direction de V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2000, p. 148 s.

l'interprète, d'une décision "juste", qui puisse être acceptée par la communauté interprétative comme la prosécution légitime de la rhapsodie juridique, en conformité avec le canevas axiologique de la Constitution); entre l'*interprète* et la *communauté interprétative* (qui, par le réseau de ses différentes composantes et de ses différentes formes de contrôle, assure un fondement *intersubjectif* et public à l'activité interprétative).

En ce qui concerne, par contre, la question de l'action pénale, l'accent est déplacé d'une conception statique et rigide - véhiculée, de façon évidente, par le principe italien de l'*obbligatorietà dell'azione penale*⁷⁶ - qui définit nettement et *a priori* les compétences des différents auteurs⁷⁷, à une conception dynamique, qui pense les limites au pouvoir des procureurs d'une façon raisonnable, pluraliste, synergique et flexible⁷⁸. On pense, notamment à un système complexe articulé sur *différents niveaux* interconnectés. Tout d'abord, un niveau *général* à échelle nationale (qui sera intégrée, tôt ou tard, par une dimension supranationale européenne), qu'on peut concevoir sous la forme de *guidelines* qui fixent des priorités de politique criminelle (rédigées, par exemple, par le Gouvernement et soumises à l'approbation du Parlement). Une loi constitutionnelle pourrait indiquer un certain nombre de matières (santé, environnement, criminalité organisée, corruption...), soustraites au pouvoir d'appréciation des organes compétents pour l'élaboration des *guidelines*. Ensuite, il faudrait prévoir un niveau *local* qui, sous forme d'édits prétoriens, laisse une marge d'appréciation aux différents parquets pour adapter les directives générales aux particularités régionales (à son tour, le niveau local pourrait être élargi - envisageant des formes de coordinations du type, par exemple, du "collège des procureurs généraux" institué en Belgique par la loi du 4 mars 1997⁷⁹ - et rétréci, en ouvrant la définition locale aux observations *in itinere* des "*sostituti procuratori*", sur la base de leur expérience quotidienne)⁸⁰. L'interaction entre ces divers niveaux devrait être contrôlée par des instances, à leur tour, opérant à différentes échelles. Par exemple, en Italie, on pourrait envisager le contrôle, de la part de la Cour constitutionnelle, de la compatibilité

76. Le principe constitutionnel de l'*obbligatorietà dell'azione penale* a joué, en Italie, un rôle important dans le renforcement de l'indépendance de la magistrature. Toutefois, à la preuve des faits, la rigidité de ce principe - expression d'une pensée hiérarchique (qui ne tient pas suffisamment compte de la complexité de la réalité, notamment du phénomène des "boucles étranges") et binaire (ou "*obbligatorietà*" ou simple "opportunité" de l'action pénale) - ne pouvait qu'engendrer des effets pervers. Pensée comme une limite forte aux pressions du pouvoir politique et à l'arbitraire des procureurs, afin d'assurer l'égalité des citoyens devant la loi et la traduction dans les faits du principe de la légalité, l'*obbligatorietà* n'a pas empêché la production de véritables renversements des buts envisagés. En effet, l'impossibilité (mais aussi l'*inutilité*) pratique de poursuivre toutes les infractions a attribué aux procureurs généraux un pouvoir incontrôlé de choix des infractions à poursuivre, liant, de fait, les sorts du principe de la légalité à la vertu des représentants du ministère public. Ainsi, un principe qui aurait dû assurer le triomphe de la Loi sur les hommes, réduits à des simples exécuteurs matériels, a fini par confier la réalité de l'action pénale dans les mains des hommes. Ce grand pouvoir dans le choix ne peut qu'exposer les procureurs à de fortes pressions externes, en dehors de tout cadre légal, mais aussi internes à l'organisation judiciaire, étant donné la possibilité, par le chef du bureau, d'enterrer - de manière formellement légale - des affaires "délicates" au profit d'affaires de routine.

77. Parmi ces compétences, l'obligation, par le parquet, de poursuivre *toutes* les *notitiae criminis* et la soustraction au Gouvernement et au Parlement du pouvoir d'orienter la politique criminelle, réduite à la création *in abstracto* de l'incrimination par la loi.

78. Voir, notamment, pour une approche similaire, M. CHIAVARIO, "Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà (1993)", in Id., *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, Cedam, 1995, p. 118 s.

79. Voir, à ce propos, M. van de KERCHOVE et F. OST, "De la pyramide au réseau", *loc. cit.*, p. 52 s. et la bibliographie qui y est rappelée.

80. Comp., par exemple, pour une telle prévision, la circulaire du procureur de la République du tribunal de Turin du 27 mai 1999, in *Questione giustizia*, 2000, p. 181.

des directives générales avec la loi constitutionnelle et la Constitution (notamment en relation avec le respect du principe de proportionnalité - “*ragionevolezza*” - compte tenu des priorités axiologiques de la Charte; en précisant que ce contrôle devrait être exercé de façon très prudente et respectueuse de la compétence des organes représentatifs en matière de politique criminelle, en conformité avec l’art. 28 de la loi 11/3/1953, n. 87). Ensuite, il faudrait un organe qui contrôle l’œuvre de spécification des directives opérée par les parquets (pour cette tâche, on pourrait penser, par exemple, au Conseil Supérieur de la Magistrature). Enfin, au niveau des affaires particulières, on pourrait envisager des mécanismes de contrôle activés par la victime ou par des associations qui protègent l’intérêt lésé par l’infraction, telles des formes d’action privée subsidiaire (qui évidemment devraient rencontrer, à leur tour, des limites, pour éviter des abus)⁸¹.

8.3. ...et d’autorité.

”

L’épistémologie du réseau, qui sous-tend la métaphore de la rhapsodie, invite aussi à repenser la figure de l’*autorité*. Dans le modèle de la pyramide, l’autorité est strictement liée à la *position* qu’elle occupe dans la hiérarchie du pouvoir. C’est par la force intrinsèque de ses actes (force qui provient du haut, par l’effet d’une investiture officielle) que l’autorité assure le respect de l’ordre hiérarchique. Au lieu de cette conception “statique” et “substantielle” de l’autorité, le réseau promeut une conception “dynamique” et “relationnelle”. Dans cette perspective, plus qu’*être*, l’autorité *devient*, se fait sur le champ. Ne bénéficiant pas d’une sorte de rente de position qui assure le maintien de sa place dans la hiérarchie, elle doit faire toujours un effort pour garder son rôle d’autorité. Ce rôle sera d’autant plus important qu’elle sera en mesure de faire converger sur elle les connexions les plus nombreuses et d’engendrer le plus grand nombre de transformations au sein du réseau⁸². Pour ce faire, le simple statut formel de supérieur hiérarchique ne lui suffit plus. Ses qualités “hiératiques” n’arrivent plus à l’*accroître* par elles-mêmes (“autorité” vient du latin “*augere*”, qui signifie, justement, accroître). Elle doit, en bonne partie, *s’accroître*, grâce aux qualités “matérielles” (intellectuelles, éthiques, techniques...) de ses propres actes et par le soin qu’elle prend pour *justifier*, de façon transparente, l’exercice de son pouvoir. Dans une démocratie constitutionnelle, il n’existe plus aucune autorité qui puisse vanter un titre particulier de légitimité, la dispensant du devoir de justifier les actes singuliers d’exercice de son pouvoir. Même la loi est soumise à un test toujours plus exigeant de proportionnalité, qui oblige le législateur à être *raisonnable*, à toujours fournir des *raisons* (soumises aux contrôles exercés par les juges ordinaires - à travers le métabolisme normal de l’interprétation et, notamment, par la proposition des questions de légitimité constitutionnelle -, par la Cour constitutionnelle et, par des voies différentes, par les deux juges européens). Dans la langue italienne, il y a un mot, “*autorevolezza*”, qui

81. Une démarche de ce genre (introduite pour la première fois, en Italie, de façon prétorienne et embryonnaire par les circulaires du 8 mars 1989 du procureur général de Turin et du 16 novembre 1990 du procureur de la République auprès de la “*Pretura*” de Turin, in *Cassazione penale*, 1989, p. 1615 s. et 1991, p. 362 s.) semble avoir rencontré, dernièrement, aussi un peu de faveur auprès du législateur (il s’agit de l’art. 227 du décret législatif 19/2/1998, n. 51, qui, de façon transitoire - “afin d’assurer la définition rapide des procès pendants à la date d’entrée en vigueur” du décret sur le “*giudice unico*”, par lequel on a unifié les juridictions de première instance - a introduit des “critères de priorité” pour une gestion raisonnable et transparente de l’action pénale. Voir, sur cette réforme, le commentaire de L. BRESCIANI, in *La legislazione penale*, 1998, p. 474 s.).

82. Je suis redevable de cette idée à François Ost.

exprime cette idée d'un pouvoir qui, pour se faire respecter, recourt principalement à son *prestige*, sans avoir besoin d'employer la force ou la menace d'une sanction.

Cette conception de l'autorité entraîne des répercussions significatives sur la manière de penser, par exemple, le problème de la *sécurité juridique*. Au lieu de s'attarder⁸³ à chercher cette valeur au niveau de l'autorité-*"potestas"* à travers le renforcement des limites "statiques" et hiérarchiques (augmentation de la rigidité des textes normatifs, introduction du précédent obligatoire⁸⁴ ou d'une sorte de question préjudicielle de légalité)⁸⁵, cette autre dimension de l'autorité suggère de promouvoir la sécurité en agissant notamment sur le plan de l'autorité-*"autorevolezza"*. Pour ce faire, il faut mettre les organes décisionnels (en particulier, les Cours suprêmes) dans les conditions de pouvoir élaborer des décisions de *qualité*, capables d'orienter la jurisprudence des juges du fond pour leur clarté-transparence, leur prestige et leur force de persuasion.

Dans une perspective similaire, plusieurs solutions ont été proposées - à la suite aussi des élaborations de la doctrine⁸⁶ - à l'occasion de l'Assemblée générale de la Cour de cassation italienne du 23 avril 1999 et dans la lettre de F. Zuconi Galli Fonseca du 13 juin 1994, déjà citées à la note 71. On peut rappeler ici les propositions suivantes: réduire le nombre des recours, en les empêchant contre certains types de jugements et en introduisant des filtres efficaces (en 1998 les recours pénaux étaient 49.389, dont 46.006 définis par les différentes chambres de la Cour; ce nombre si élevé de jugements ne peut qu'affecter leur qualité); renforcer les *rappports* de collaboration

83. Ne pas s'attarder ne signifie pas "renoncer". Il est peut-être opportun de souligner de façon explicite que le changement de perspective induit par le renversement gestaltiste, proposé au cours de cet essai-programme, n'entend pas renoncer, ici comme ailleurs, aux ressources de la perspective traditionnelle, lorsqu'elles peuvent enrichir la perception de l'objet juridique et fournir des instruments utiles pour une meilleure régulation de celui-ci. La fécondité d'une métaphore est de faire émerger des propriétés cachées, non de cacher des propriétés qui avaient déjà été dévoilées.

84. On fait référence à la proposition, récemment formulée par A. CADOPPI, *Il valore del precedente...*, *op. cit.*, pp. 256 et 301 s., d'introduire le précédent obligatoire - ne fût-ce que dans une version tempérée ou "relative" - dans le système pénal italien. Cet auteur considère une telle réforme comme la "route principale" pour réduire les conflits de jurisprudence et "assurer la sécurité juridique". Or, bien qu'il faille reconnaître à cette proposition, richement argumentée, le mérite de se situer au niveau de la *law in action* et d'accepter le rôle de la jurisprudence de co-écrivain du droit pénal, elle semble encore trop liée à la logique pyramidale du paradigme traditionnel. Les limites aux conflits de jurisprudence sont pensées, principalement, dans un cadre de relations hiérarchiques et repérées dans la sémantique et la syntactique d'un *texte* (le jugement, ici, au lieu de la loi). Comme le témoigne l'expérience anglo-américaine et comme le reconnaît même A. Cadoppi (p. 294 s.), le précédent obligatoire n'arrive pas à empêcher que l'*art of distinguishing* de l'interprète trouve des passages pour contourner le champ sémantique du précédent. En effet, il ne semble pas que militent des raisons convaincantes pour supposer que la liberté de l'interprète soit réduite d'une façon majeure par le lien à la sémantique du précédent que par le lien à celle de la loi. En outre, cette obligation de se conformer, même à contrecœur, au précédent pousse les juges qui veulent lui échapper à concevoir des motivations opaques et hypocrites, finalisées à cacher derrière la façade du respect formel du précédent la réalité d'un revirement effectif (d'ailleurs, comme nous le rappelle I. RORIVE, "La rupture de la House of Lords avec un strict principe du *stare decisis* dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique", in *L'accélération du temps juridique*, *op. cit.*, p. 801 s., l'un des effets positifs du *Practice Statement* du 1966, par lequel la *House of Lords* anglaise a décidé de se délier de ses propres précédents, a été celui d'une plus grande transparence des motivations, sans que cette décision n'ait engendré des conséquences négatives sur la stabilité de sa jurisprudence).

85. Sur cette proposition, suggérée par G. CONTENUTO, "Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale", in *Foro italiano*, 1988, V, c. 489 s., de créer un organe nouveau à qui confier la fonction autoritaire de gardien des frontières de la loi, on renvoie aux observations critiques exposées in "Les métamorphoses de l'incrimination", *loc. cit.*, note 25.

86. Voir, par exemple, les douze contributions "Per la Corte di cassazione", publiées dans la revue *Il foro italiano*, 1987, V, c. 206 s.

parmi les conseillers afin d'induire en eux la conscience de faire partie d'un corps unitaire et d'essayer, de telle façon, de *prévenir* les conflits (cette mesure a été considérée comme "la base de tous les remèdes" par Zucconi Galli Fonseca, dans la *Lettera*, cit., p. 47); faire en sorte que tous les conseillers connaissent effectivement la jurisprudence de la Cour; concevoir un système de sélection des juges qui soit plus conforme à la spécificité du travail de la Cassation; ouvrir cette cour à des juristes externes à la corporation des magistrats, pour bénéficier de mentalités et de compétences différentes, comme le prévoit l'art. 106 de la Constitution; promouvoir le professionnalisme des juges, en valorisant, par exemple, la compétence acquise durant leur travail chez l'*Ufficio del Massimario*; assurer une période plus longue de permanence des juges auprès de la Cassation; réduire le nombre des avocats qui peuvent plaider devant cette Cour (environ 27.000 en Italie, face à moins de 100 en France); modifier le style des motivations (trop formaliste et théorique). Toujours dans le même but de renforcer l'*autorevolezza* des décisions, certains auteurs⁸⁷ dénoncent l'abus du recours aux "*Sezioni Unite*", qui serait effectué, par les autres chambres de la Cour, même lorsque les conflits ne sont pas encore suffisamment mûrs ou en relation à des questions marginales. Le fait d'obliger les "*Sezioni Unite*" à trancher des questions nouvelles, ou encore hautement controversées, finirait par engendrer des conflits au sein même de cette Cour, avec des conséquences négatives sur son prestige et sur son autorité. En outre, il est évident qu'un obstacle important sur ce terrain est représenté par le nombre trop élevé des juges de la Cassation italienne (en 1998, il y avait 135 conseillers et 20 présidents seulement pour les six chambres pénales), qui ne peut que rendre plus difficile la réalisation du but de l'uniformité tendancielle de la jurisprudence, étant donné que le pluralisme interprétatif est directement proportionnel à la *quantité* et à la *mobilité* des interprètes (la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, par exemple, avec ses quinze juges qui restent en charge neuf ans, est forcément plus homogène). Ce faisceau de remèdes, pour qu'il puisse fonctionner, devrait être supporté par un facteur d'ordre "*culturel*" lié, notamment, à la conscience du rôle exercé par la jurisprudence (particulièrement celle de légitimité) dans l'œuvre d'écriture rhapsodique du droit pénal. Une fois refusée l'équation droit pénal = loi, le juge doit être conscient que la protection de la sécurité juridique est subordonnée au respect de la *loi interprétée*, pour laquelle il doit avoir la même attention que celle qu'il devrait réserver à la loi⁽⁸⁸⁾. Il en découle, partant, que le juge qui veut s'éloigner de la jurisprudence précédente (c'est-à-dire, qui veut *modifier le droit pénal*) doit expliquer avec grand soin et de façon transparente les raisons importantes qui l'ont déterminé à faire prévaloir les considérations liées au changement sur les considérations liées à la stabilité. Au moyen de cette texture argumentative, le juge devrait montrer que la rupture locale du tissu juridique se justifie par le but d'introduire dans la rhapsodie juridique une cohérence de degré supérieur. Ce faisant, la rupture pourrait se révéler un moyen de coudre une page qui améliore l'œuvre juridique globale, en lui donnant un contenu plus conforme à l'idée de justice exprimée par la communauté au nom de laquelle il prononce sa décision.

87. Par exemple, A. ESPOSITO & G. ROMEO, *I mutamenti*, op. cit., p. 32 s.

88. Comp., dans la même direction, la recommandation de Zucconi Galli Fonseca (*Lettera*, cit., p. 48-49) de "renforcer la culture et le soin" du précédent, objectif qui passe, par exemple, par la valorisation des décisions de principe auxquelles les juges devraient se limiter à faire référence *per relationem* lorsqu'ils n'entendent pas s'en écarter.

8.4. La réhabilitation de la figure humaine dans le droit et le rôle central de la "paideia".

La conception du droit (pluraliste, hybride, dynamique et ouverte), véhiculée par la métaphore de la rhapsodie, doit se confronter avec la perte des points d'encrage sûrs et rassurants, vantés par l'épistémologie de type arborescent qui est à la base du modèle officiel. Ce modèle, on l'a vu, se fonde sur la possibilité de faire fonctionner le droit par l'enchaînement de ses lois internes et de le connaître grâce à une méthode capable de saisir le sens normatif indépendamment de la contingence des contextes et de la subjectivité des interprètes. Au contraire, une conception de l'écriture du droit en réseau ne peut plus se prévaloir d'un système de règles et de critères qui définisse nettement, *a priori* et par le haut, les compétences des différents auteurs. Le phénomène des hiérarchies enchevêtrées montre que l'entité réglée participe toujours, en partie, à la détermination des règles de sa propre régulation. Ce rapport récursif entre le passé de la règle et le présent de son application suggère que la dimension effective des marges d'écriture dépend non seulement des règles du droit (axe "vertical"), mais aussi de la quantité et de la qualité des relations qui se nouent entre les nœuds du réseau (axe "horizontal"). D'où la nécessité d'un tissu institutionnel et organisationnel qui assure un système efficace et transparent de contrôles réciproques, pour contenir l'œuvre des interprètes de codétermination de la règle. Or, ce caractère hybride de l'écriture juridique suggère aussi que la nature des connexions - par lesquelles le droit se forme - est strictement liée à la qualité des *nœuds* du réseau, c'est-à-dire à la qualité des *hommes* qui sont connectés au réseau juridique.

Le renversement gestaltiste promu par la métaphore de la rhapsodie fait émerger, donc, une présence gênante que le droit moderne avait essayé de refouler ou de marginaliser au maximum, lui assignant une fonction passive, purement technique, au service de la logique interne du droit⁸⁹. Dans un tel cadre, l'attention du juriste était concentrée sur le problème de la *formation de la loi*, plutôt que sur le thème de la *formation de l'homme de loi*, car le rôle que celui-ci était appelé à jouer dans l'ordre juridique était considéré comme secondaire, simple instrument pour permettre au système normatif de produire ses effets dans la réalité. Cette dévalorisation et ce refoulement de la figure humaine dans le domaine juridique trouve ses racines dans une *anthropologie négative* par effet de laquelle, au fond, les règles ne sont pas conçues pour les hommes, mais contre eux⁹⁰. Cette méfiance à l'égard des hommes pousse le système à concevoir des normes rigides, en mesure de réduire, voire d'anéantir, les marges d'appréciation laissées à ses destinataires. Toutefois, cette stratégie se révèle - et ne peut que se révéler - largement inefficace, car le caractère d'inflexibilité et de rigueur qu'on attribue à la norme la rend inadaptée à réguler la complexité de la réalité. Dès lors, la manifestation, au moment de l'application, de l'impuissance de la règle, conçue, au contraire, comme toute-puissante, finit par engendrer une pratique souterraine d'arrangements pragmatiques de la norme, pratique qui doit rester cachée pour sauver la majesté et la force symbolique de la Loi, auxquelles notre tradition subordonne la survivance du droit tout entier. D'où le paradoxe d'un système qui repose

89. Le fait "humain" de l'écriture de la loi était considéré soit comme une problématique qui relevait du politique et non du droit soit comme une "réalité irréelle", refoulée par les dispositifs de "désubjectivisation" du droit, tels, par exemple, le mythe du législateur rationnel et, dans les systèmes démocratiques, la fiction de la représentation, qui pouvait faire croire à un gouvernement complètement autonome du peuple souverain grâce à l'instrument des représentants, simple *longa manus* de la volonté générale.

90. Voir, en ce sens, A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, op. cit., p. 253.

“sur la méfiance vis-à-vis des personnes”, mais qui - vu l’inapplicabilité de ses règles - “ne tient en fait que grâce aux vertus de ces mêmes personnes”⁹¹.

Il semble préférable, donc, d’accepter sans mystifications la fragilité du fondement épistémologique du droit pour essayer d’élaborer un dispositif régulateur hybride - qui dépasse la dichotomie traditionnelle du “gouvernement des lois” et du “gouvernement des hommes”⁹² - en mesure de gérer de la manière la plus satisfaisante cette présence inévitable de l’homme dans le corps du droit. Ce changement d’attitude oblige le droit contemporain à renoncer à l’*hybris* de la Raison juridique moderne et à faire œuvre, par conséquent, de modestie. Il doit privilégier la vertu de la “*mitezza*”⁹³, symbolisée par la balance, sur la vertu traditionnelle de la force, symbolisée par le glaive. Cette mutation de l’*areté* du droit doit passer par l’admission de l’incomplétude de son système et par l’acceptation de l’aide de l’homme pour que le système juridique puisse fonctionner d’une façon satisfaisante. La reconnaissance de cette “nouvelle” présence dans le domaine juridique oblige le juriste à refonder toute la *paideia* juridique, que le droit moderne avait réduite à une sorte de propédeutique au rapport correct avec la loi, pour injecter dans le juriste la valeur de la *fidélité* et de la *passivité* devant le Texte. L’écriture en réseau du droit requiert, au contraire, une *paideia* différente qui fournisse aux juristes (juges, avocats, auteurs de doctrine...) les instruments adéquats pour faire face aux défis nouveaux posés par l’instabilité et le pluralisme de la société actuelle.

8.5. L’éthique de l’*aidos* ou la “*temperantia*” dans la rhapsodie.

Le déplacement de l’accent du pôle de la loi au pôle de l’homme de loi finit par assigner, parmi les priorités de l’agenda juridique, une position de premier plan à la question, largement négligée par notre tradition, de l’éthique du juriste et de la *déontologie*⁹⁴. Une fois acceptée l’idée que le droit ne peut pas “établir par ses seules forces les conditions de sa propre portée, c’est-à-dire de se fermer en soi-même”⁹⁵, il n’est plus possible de cacher ou de minimiser le fait que le système juridique a besoin, pour survivre, du secours d’une certaine *intentio* éthique de ses auteurs. *Intentio* que la *paideia* juridique et les normes déontologiques doivent essayer de promouvoir.

La position opposée, qui - partant de l’inaptitude de la sémantique et de la syntactique des normes à déterminer la conduite des individus et à limiter le pouvoir de l’interprète - confie à l’interaction “stratégique” et égoïste des acteurs les sorts effectifs

91. L. ENGEL et A. GARAPON, “La fonction publique saisie par le droit”, in *Esprit*, 1997, n. 10, p. 106-107.

92. Sur cette dychotomie, comp. N. BOBBIO, “Governo degli uomini o governo delle leggi?” (1983), in *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, p. 148 s.

93. Comp., pour cette formule, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, op. cit.

94. A la différence des cultures juridiques continentales - caractérisées par la prédominance du courant positiviste, par une conception technique et passive de l’activité du juge et par la suprématie de la doctrine sur la jurisprudence - il existe aux Etats-Unis une importante tradition de recherche et une vaste littérature sur les différents aspects de la *legal ethics*. Voir, pour un aperçu, l’introduction et les textes rassemblés par A. DONDI, *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 1993.

95. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, op. cit., p. 185. On peut dire que le drame du droit, comme celui de n’importe quel système, est le suivant: la volonté de tracer, par lui seul, ses frontières et l’impuissance de le faire sans une aide de l’extérieur. Une science du droit à la hauteur de la complexité de son objet devrait empêcher que ce drame finisse par le déchirer, en tempérant l’*hybris* “monologique” du droit, mais aussi en empêchant que les logiques des autres sous-systèmes finissent par le coloniser et le dénaturer.

de l'écriture du droit⁹⁶, finit par fonder le système juridique sur le socle dangereux et fragile de la méfiance réciproque. Dans une telle perspective, par exemple, la motivation des juges ne serait qu'un "procédé pour tenter *d'enfermer* les autres organes dans une logique, dont ils ne pourront *pas s'échapper*". Ici, le devoir de cohérence serait dicté "seulement par la *nécessité*" : le juge "est poussé à la cohérence parce que c'est le seul moyen dont il dispose pour tenter de *lier* les autres"⁹⁷. Cette représentation du fonctionnement du système juridique avalise, au fond, une conception du droit fondée sur l'*hybris* de ses acteurs, à laquelle on ne fait qu'opposer des limites relevant d'une pure logique stratégique "du rapport des forces"⁹⁸.

Or, cette logique de la suspicion, qui, malgré sa profession de réalisme, ne représente d'ailleurs qu'une partie de la réalité psychologique des acteurs juridiques, n'est pas en mesure d'instituer durablement la société. En effet, lorsque cette approche antagoniste et méfiante vis-à-vis des rapports juridiques devient dominante, les dispositifs régulateurs du droit finissent par dévoiler, juste au moment où ils devraient faire preuve de force, toute leur impuissance. Confronté à des situations limites, le système juridique semble suggérer que sa survie quotidienne est strictement liée à la condition qu'au moins une partie de ses acteurs assimile le *sens de la limite*, le *self-restraint*. Comme le souligne P. Martens, "le système n'est praticable que si chaque pouvoir met de la proportion dans ses méthodes, si, sans aucunement renoncer à leur droit de critique, ceux qui souffrent des décisions des juges pratiquent eux-mêmes la contestation mesurée"⁹⁹. Autrement dit, il semble que le bon fonctionnement du droit soit soumis à la condition que la majorité des ses auteurs renonce spontanément à aller jusqu'au bout du chemin que les voies légales lui permettraient formellement de parcourir. Dans cette perspective s'inscrit la logique et la fortune actuelle du principe de la *proportionnalité* qui, à travers ses différentes variantes¹⁰⁰, "apparaît comme le régulateur de l'équilibre démocratique". C'est ce principe "qui doit dissuader, à la fois, le citoyen d'abuser de ses droits, l'administration d'excéder ses pouvoirs, le législateur d'abîmer les libertés, le juge d'exaspérer son contrôle, le politique d'exacerber ses rancœurs, le professeur d'exagérer ses critiques, le journaliste d'échauffer les esprits"¹⁰¹. Le crépuscule de la légalité (*rectius*, d'une *certaine façon* d'entendre le principe de la légalité) a donc fait émerger, du fond du droit, une figure dont le paradigme traditionnel semblait pouvoir se passer, mais qui paraît, au contraire, toujours plus importante (*même si elle reste toujours plus inactuelle*) pour l'avenir du droit, c'est-à-dire la figure d'un homme "*gravis*" et responsable qui, conscient de la

96. Voir, par exemple, M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 343 s. et ID., "Réplique à Denys de Béchillon", in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1994, p. 267 s.

97. M. TROPER, *Pour une théorie juridique*, op. cit., p. 344 (c'est nous qui soulignons).

98. M. TROPER, "Réplique...", loc. cit., p. 274.

99. P. MARTENS, "L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité", in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 65-66.

100. Comp., par exemple, le principe de "*ragionevolezza*" qui, au sein du système constitutionnel italien, "codifie un minimum d'éthique civile et politique" et montre que "la constitution comme processus d'intégration vit de la prudence de tous ses organes" (G. LUTHER, "Ragionevolezza (delle leggi)", in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, UTET, 1997, XII, p. 347). Ce principe permet à la Cour "de se rendre compte des limites [...] non seulement des lois, mais aussi de ses propres jugements" (*ibidem*, p. 343), empêchant que la nature hybride de la "*démocratie constitutionnelle*" dégénère vers la radicalisation d'une seule de ses deux composantes. Voir aussi, à propos de l'exigence d'un tel équilibre institutionnel, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, op. cit., p. 212-213.

101. P. MARTENS, "L'irrésistible...", loc. cit., p. 66.

fragilité intime (de la “*légèreté*”) du droit et privé des illusions de la mythologie juridique moderne, sache chercher les limites *aussi* en lui-même¹⁰².

Ailleurs, on a proposé de synthétiser cette exigence incontournable d’une *intentio* éthique dans le droit par le mot grec “*aidos*”¹⁰³. Plus particulièrement, on faisait référence au mythe du don de “*dike*” et “*aidos*”, fait par Zeus aux hommes et rappelé par le sophiste Protagoras dans le dialogue de Platon qui porte le même nom. Ce mythe raconte que l’espèce humaine, démunie de l’art politique, risquait de périr. Pour éviter cette fin, Zeus envoya Hermès apporter à l’humanité *dike* et *aidos* “pour constituer l’ordre (*kosmos*) des cités et les liens d’amitié (*philia*) qui rassemblent les hommes”¹⁰⁴.

Ce récit montre que la survivance de la communauté politique est liée à deux facteurs également fondamentaux: *dike*, qu’on peut traduire par justice “telle qu’elle se manifeste avant tout dans le jugement - par suite dans la condamnation, dans l’exécution - et aussi par référence implicite et explicite à un autre terme, quelque chose comme le *jus strictum*”¹⁰⁵, mais aussi *aidos*, dont la richesse sémantique ne peut pas être rendue par un seul mot. En effet, *aidos* “signifie aussi bien le sentiment de l’honneur, de la dignité que la pudeur, la retenue, la honte, la crainte respectueuse”¹⁰⁶. Plus particulièrement, selon L. Gernet, ce mot “désigne un sentiment de respect ou de retenue qui se rapproche au moins de la révérence religieuse - qui, en fait, peut avoir pour objet la divinité - mais qui vaut essentiellement dans l’ordre des relations humaines où il commande certaines abstentions ou certaines attitudes vis-à-vis d’un parent, d’un être d’une éminente dignité, d’un suppliant...; sentiment à la fois social et moral puisque l’*aidos* est à la fois soucieuse de l’opinion publique dont elle apparaît souvent comme la contrepartie et préoccupée, dans un sens volontiers aristocratique, de ce que le sujet se doit à lui-même”. Or, dans le mythe de Protagoras, poursuit-il, *dike* et *aidos* sont les principes régulateurs des rapports entre les hommes “où, *en dehors même de l’observation de la règle pour elle-même*, il faut faire place à un sentiment *plus intime, plus personnel*, mais dont la vie même du droit ne laisse pas de participer”¹⁰⁷.

On comprend peut-être mieux la signification d’*aidos* si on l’oppose à celle d’*hybris*. Cette dernière renvoie à la tendance, transposée en forme littéraire dans la tragédie grecque, à refuser sa propre condition humaine, à dépasser ses propres limites.

102. Comp., pour une approche similaire, mais qui apparaît trop radicale, car elle semble négliger l’importance du rôle joué aussi par *les autres formes de limites*, G. ALPA, “Interpretare il diritto: dal realismo alle regole deontologiche”, in *Diritto, giustizia e interpretazione*, sous la direction de J. Derrida et G. Vattimo, Bari, Laterza, 1998, p. 211, pour lequel “la seule limite à l’arbitraire est le *self-restraint* de l’interprète” (au contraire, on l’a vu, selon notre “épistémologie réticulaire”, le problème de la limite se décline toujours sur un registre pluriel). Voir aussi, à propos du problème des limites de la compétence de la Cour constitutionnelle italienne vis-à-vis de la sphère réservée à la compétence du législateur, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 161, d’après lequel, étant donné l’impossibilité d’objectiver les critères pour tracer *a priori* les confins de la compétence de la Cour, il ne reste, en définitive, qu’à faire appel à la perception, de la part de cette dernière, du sens de son rôle institutionnel et, le cas échéant, au “*self-restraint* de la justice constitutionnelle à l’égard de la liberté du processus politique”. Un appel similaire à la prudence et à l’auto-limitation provient aussi d’A. BARAK, *Judicial Discretion* (1989), tr. it., Milano, Giuffrè, 1995, p. 197 et 202.

103. M. VOGLIOTTI, “Faut-il récupérer *aidos* pour délier Sisyphe?”, *loc. cit.*, p. 702 s.

104. PLATON, *Protagoras*, tr. par F. Ildefonse, Paris, Flammarion, 1997, p. 87 (322 c).

105. L. GERNET (1951), “Droit et prédroit en Grèce ancienne”, in *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, Librairie F. Maspero, 1968, p. 181.

106. F. ILDEFONSE, “Sur l’*aidós* et la *díke*”, in *Protagoras, op. cit.*, p. 231.

107. L. GERNET, “Droit et prédroit...”, *loc. cit.*, p. 181 (c’est nous qui soulignons).

L'*aidos*, au contraire, consiste en un habitus éthique caractérisé par l'introjection du sens de la limite, de l'auto-limitation¹⁰⁸. Signifiant "modestie" elle renvoie au "rapport à soi", tandis que comprise comme "respect pour autrui" elle vise au "rapport à l'autre"¹⁰⁹. Or, sa nature relationnelle - caractérisée par un dispositif hybridant qui impose au Droit et à chaque auteur juridique de tourner le regard à la fois sur soi-même et sur l'autre - fait de l'*aidos* le principe régulateur idéal de la rhapsodie.

Pour notre démarche il est aussi intéressant de noter que Zeus, dans le mythe de Protagoras, ne donne pas la loi aux hommes. Comme le souligne F. Ildefonse, "donner la loi n'eût en rien changé la situation des hommes: il fallait leur donner *le rapport à la loi*, et un certain rapport positif et affectif à l'égard de la loi". *Dike* et *aidos* sont ainsi "les conditions affectives et sociales de la solidarité civique et politique parce qu'elles apparaissent comme les *garde-fous* qui préservent de tout débordement passionnel"¹¹⁰. Dans cette perspective, les deux concepts se montrent étroitement liés pour exprimer l'idée d'une "moralité publique", du "respect des règles du jeu public": l'*aidos* n'est "que la motivation à respecter la *dike*, et la *dike* n'a de force que pour autant que chacun éprouve l'*aidos*"¹¹¹. Cette combinaison mise en lumière par le mythe - combinaison qui signifie, pour B. Cassin, "quelque chose déjà d'une justice *as fairness*, où s'entendrait certes non équité, mais le *fair-play*"¹¹² - illustre bien, nous semble-t-il, notre hypothèse relative à la nécessité de restituer à l'éthique son rôle fondamental dans l'économie du droit.

9. La "fragilité forte" du droit.

La condition du droit contemporain - qui n'a pas encore cessé de faire le deuil de l'optimisme juridique de la modernité et qui se voit maintenant obligé de reconnaître sa dette quotidienne vis-à-vis de l'éthique - ne devrait pas projeter une ombre de pessimisme sur son avenir. Le déclin du paradigme traditionnel ne signifie pas la condamnation inévitable du droit à la faiblesse et à l'impuissance, qui finirait par livrer le système juridique à un état d'insécurité et de relativisme radical. Le droit n'a pas, pour autant, perdu sa vocation et sa capacité d'instituer le social. Au contraire, nous avons essayé de montrer que la reconnaissance de la *fragilité* de son épistémologie et l'acceptation de la *modestie* de son axiologie semblent constituer la véritable force de ce droit en réseau. On a vu, d'ailleurs, qu'un paradigme trop exigeant, qui demande trop à ses forces, ne perd pas seulement sa capacité de représenter la réalité, mais, comme une cage trop stricte, finit par déformer la réalité, par lui faire prendre des formes aberrantes, sources d'instabilité et d'insécurité.

Notre hypothèse, donc, est que le fait d'assumer la fragilité du fondement du droit (et du *droit pénal aussi*) - et d'en tirer toutes les conséquences au niveau de la pensée et de l'action - peut rendre la vie des habitants de *ce droit* en réseau moins incertaine que

108. Comme le note F. WOLFF, *Socrate*, Paris, PUF, 1985, p. 88, note 2, "l'*aidos*, c'est en quelque sorte l'œil du témoin quand on est sans témoin - le témoin intériorisé".

109. Voir, pour cette double signification, S. GERAGOTIS, "Justice et pudeur chez Protagoras", in *Revue de philosophie ancienne*, 1995, p. 194 (c'est nous qui soulignons). "Respect" vient du latin "*respicere*" qui signifie "regarder en arrière": c'est justement l'attitude prudentielle que devrait posséder chaque acteur juridique pour éviter d'abuser de ses droits et d'excéder dans l'exercice de ses pouvoirs.

110. F. ILDEFONSE, "Sur l'*aidós* et la *díke*", *op. cit.*, p. 237 (c'est nous qui soulignons).

111. B. CASSIN, *L'effet sophistique*, Paris, Gallimard, 1995, p. 219.

112. *Ibidem*.

dans d'autres modèles du droit plus prétentieux et, seulement en apparence, plus solides.

Comme dans la ville d'*Octavie*, les écrivains de la rhapsodie juridique savent (doivent savoir) "*que la résistance de leur filet a une limite*".