

LE DROIT, ENTRE REVENDICATIONS ÉLITAIRES ET VÉRITÉ HERMÉNEUTIQUE

Paul-Hervé AGOUBLI

Université Félix Houphouët-Boigny, LLITEC (Côte d'Ivoire)

agoubli.paul35@gmail.com

&

Anne-Dominique TÉHÉ

Université Félix Houphouët-Boigny, SCALL (Côte d'Ivoire)

annedominiquetehe@gmail.com

Résumé : Cet article aborde l'herméneutique, une science qui rassemble de nombreuses disciplines à savoir (la théologie, la littérature, la philosophie, l'histoire, le droit...) qu'elle réunit derrière une quête de justification des pratiques actuelles par leur rattachement à une origine, un principe, un attendu (un horizon d'attente). Son usage dans la saisie des phénomènes du présent permet de comprendre la portée des enrichissements mais aussi des délestages responsables de nombreuses disjonctions entre l'idée des choses et leurs manifestations du moment. En questionnant la spécialisation excessive du droit, notamment dans le domaine public, et sous le couvert des attentes de la justice, cette réflexion veut mettre en lumière les transformations sociales et intellectuelles dont le pic s'est observé dans la deuxième moitié du vingtième siècle. Les logiques protectionnistes et productivistes héritées alors des grandes conflagrations font basculer les États dans une volonté d'ordre et de puissance à laquelle le droit va servir de bras séculier. Le droit est partagé dès lors entre les revendications élitaires, marquées par la technicité d'une pratique préemptée sous couvert d'expertise ; et la vérité de la demande herméneutique qui suppose un dialogue ouvert à l'expérience humaine. Cette réflexion vise *in fine* à lire la double trajectoire du droit selon qu'elle repose sur un monopole des élites ou qu'elle est chose du peuple ; elle entend montrer comment l'herméneutique permet de relativiser les excès du juridisme.

Mots clés : Droit, Herméneutique, Histoire, Justice, Littérature.

LAW, BETWEEN ELITIST CLAIMS AND HERMENEUTIC TRUTH

Abstract: This article discusses hermeneutics, a science that brings together numerous disciplines (theology, literature, philosophy, history, law...) which it unites behind a quest for justification of current practices by linking them to an origin, a principle, an expectation (a horizon of expectation). Its use in understanding present-day phenomena allows us to grasp the extent of enrichments but also the divestments responsible for many disjunctions between the idea of things and their current manifestations. By questioning the excessive specialization of law, particularly in the public domain, and under the guise of justice expectations, this reflection aims to

highlight the social and intellectual transformations that peaked in the second half of the twentieth century. The protectionist and productivist logics inherited from the great conflagrations then shift the States into a desire for order and power, to which the law will serve as a secular arm. Law is thus divided between elitist claims, marked by the technicality of a practice monopolized under the guise of expertise, and the truth of hermeneutic demand, which presupposes an open dialogue with human experience. This reflection ultimately aims to read the double trajectory of law, depending on whether it rests on a monopoly of elites or is a matter for the people; it seeks to show how hermeneutics allows for the relativization of the excesses of legalism..

Key words: Hermeneutics, Law, Justice, Literature, History

Introduction

La loi est l'émanation de la souveraineté populaire dans le principe démocratique (F. Wodié, 2018) et dans l'idée républicaine elle-même. Garante du pacte social, elle établit, surtout en régime républicain, la dignité, l'égalité et le pouvoir des citoyens (A. Giovannini, 2018). Le paradoxe arrive lorsque, contre le principe de la souveraineté du peuple entendu comme un fondement juridique, politique et comme une conséquence de l'histoire, le droit est désormais exclusivement dévolu, voire accaparé par une élite d'experts. Sous prétexte de complexité, l'expertise juridique repousse le citoyen loin du champ de la justice dont il n'est plus que l'objet. Le monopole accordé au professionnel du droit sur la production normative est définitivement acté. Il s'en déduit la vérité d'une gouvernance technocratique dans laquelle la loi, considérée comme l'apanage d'un corps spécialisé, prive le peuple d'un attribut essentiel de son pouvoir politique (C. Mossé, 2013).

Inscrite dans l'optique d'une extension des champs d'application du savoir sur le terrain des décisions publiques (M. Finley, 2019), notamment dans les sociétés modernes, les réflexes capacitaires sont légitimés au nom d'une division du travail intellectuel qui fait du droit un domaine réservé. Dès lors, il convient de s'interroger sur le contexte de cette privatisation du droit et de mieux en cerner les implications sociales et herméneutiques d'autant plus qu'elles questionnent le préalable de H. R. Jauss, pour qui : « quiconque comprend l'histoire des concepts comme une histoire des problèmes se trouve constamment aux prises avec la question fondamentale de l'herméneutique historique, à savoir : pourquoi une question donnée s'est-elle posée, pourquoi

a-t-elle suscité une réponse, précisément à tel moment et de telle façon. » (H. R. Jauss, 1982, p.32) L'invitation adressée par l'herméneute littéraire sous l'autorité de l'herméneutique historique se généralise jusqu'aux frontières du juridique, car loin d'être une conséquence naturelle de la complexité croissante des sociétés modernes, la confiscation du droit par une élite répond à des logiques spécifiques qui méritent d'être examinées à la lumière d'une analyse herméneutique. Pourquoi chose de tous, la loi est-elle désormais de plus en plus un domaine réservé ? Quelle logique sociale et politique se déduit de cette transformation intellectuelle dont l'histoire porte les stigmates ? En quoi l'herméneutique, notamment celle du droit est-elle questionnée ?

De telles interrogations nécessitent d'investir d'abord le champ des réquisits propres à chacune des herméneutiques littéraire, historique et juridique pour voir les attendus du droit en deuxième ressort avant de lire le filigrane des transformations institutionnelles à l'œuvre dans la pratique élitiste de la justice.

1. Du sacré à la question du droit : les divers états de l'herméneutique

Le fait herméneutique dérive d'une série d'hypostases générées par les traditions grâce ou à partir desquelles se comprennent les phénomènes ainsi révélés dans la modernité qui les considère bien souvent comme des évidences. De ce point de vue, l'herméneutique se justifie comme une sonde placée dans l'intime ou dans la praxis sociale pour questionner en ses déploiements pluriels le vivant et le fait social. L'interprétation dont elle parle n'est donc pas neutre d'autant plus que dans le couple question/réponse qui la fonde, la compréhension dérivant du stimulus de la question oblige à un retour sur soi et à un examen bien complexe de l'apparence des choses. H. R. Jauss le rappelle à travers « la première question... posée à l'homme... » dans la tradition biblique, à savoir : « Adam où es-tu ? » (*Ibid.*, p.36) Question redondante selon l'herméneute, cette interrogation ironique ne manque pas d'équivocité si on considère entre autres choses la nature des interlocuteurs, Dieu omniscient en l'occurrence. Qu'Adam ne réponde pas directement à la question se justifie par sa compréhension des enjeux réels de l'interrogation qu'il reçoit. Il comprend qu'elle ne porte pas sur sa situation topique parce qu'il se serait dérobé à la vue d'une ubiquité dont il n'ignore rien mais qu'elle l'invite au bilan du respect de ses engagements contractuels.

Ainsi, dans le processus herméneutique, les réponses ne sont pas un simple produit énonciatif déduit du rapport à l'antériorité – de la question – et à l'altérité ou sinon à l'autorité du sujet questionnant ; elles sont le cliché d'un état de l'être, d'un état de la conscience ou encore d'un état de la science du vivant. C'est pourquoi il faut rappeler, dans l'*hermeneutica sacra* par exemple, le fondement piétiste de la démarche interprétative à partir de laquelle la compréhension est possible : « *nisi credideritis non intelligetis*¹ ». (S. Marchand, 2010, p. 32) La compréhension pose en soi une antériorité, un point d'origine à la recherche desquels est invité le sujet. C'est une demande de reconstitution, le retour à une vérité initiale entendue comme une première donc une pré compréhension dont l'on se serait éloigné. Stéphane Marchand en conclut que « Pour comprendre, il faut déjà avoir compris. » (*Ibid.*, p. 29) Dans le fait sacré, où l'herméneutique se révèle au Moyen-Âge dans la problématique de l'approche du texte biblique, la foi fournit les moyens de cette compréhension initiale que la lecture pieuse est censée confirmer. C'est pourquoi, comme le rappelle T. Pavel au sujet de l'herméneutique spéculative défendue par les penseurs romantiques du XIX^e siècle, l'herméneutique est « l'art de lire [qui présuppose] l'adhésion à la foi ».

En vérité, l'herméneutique n'a pas pour vocation de fixer un sens unique, univoque ; elle vise plutôt un rapport apaisé au foisonnement des significations provoquées par la polysémie des textes, leur allégorèse parfois, et la multiplicité des pratiques sociales. En contexte religieux par exemple, il est acquis que « la foi n'est pas... une finalité de l'interprétation, mais bien plutôt un réquisit de la compréhension » (*Ibid.*, p. 29). Comme tel, la foi s'entend comme un guide, un garde-fou qui assure le mouvement unidirectionnel vers la vérité du texte. Cette sauvegarde fixée par le fait religieux interroge la pluralité des interprétations et pose devant l'herméneutique le principe d'une éthique de la vérité ou du sens dont doit s'armer en principe l'herméneute. L'interprétation suppose en ce sens un armement éthique, celui du sens ou de la vérité que la rigueur, voire la démarche de l'interprète amène à lui. La prescription augustinienne qui fait par ailleurs du préalable de l'amour la garantie de la conformation aux *agenda* divins (J. Grondin, 2006, p. 11) donc aux exigences morales² doit être rappelée

¹ « Si vous ne croyez pas, vous ne comprendrez pas », Isaïe cité par Stéphane Marchand.

² - Jean Grondin rappelle la structuration des livres saints entrevue par Saint Augustin dans *La genèse au sens littéral*, où ce dernier démontre que les textes sacrés sont organisés autour des

comme une antienne de cette vocation herméneutique : « Aime, et fais ce que tu veux. » De même pourrait-on dire : "Aime la vérité et comprends". Cet attendu éthique opère hors des frontières du religieux au nom du sens qui prend le relai de la vérité (révélée).

Du point de vue profane où la croyance ne fait plus loi, la foi cède de son influence, dans le processus d'interprétation, aux pré-jugements, convictions antérieures, réservoir culturel, savoirs, traditions établies..., qui précèdent la rencontre avec le texte ou le fait social. Dès lors, Heidegger entend l'herméneutique au sens d'une *Auslegung*, c'est-à-dire, selon la traduction de Jean Grondin, comme une « interprétation explicante » (J. Grondin, 2006), celle-ci procédant :

- 1/ [d'] un « pré-acquis » (*Vorhabe*), un horizon à partir duquel elle comprend ;
- 2/ [d'] une « pré-vision » (*Vorsicht*), car elle s'effectue dans une certaine intention ou une certaine visée ;
- 3/ [d'] une « pré-saisie » (*Vorgriff*) puisqu'elle se déploie au sein d'une conceptualité qui anticipe sur ce qu'il y a à comprendre et qui n'est peut-être pas innocente.

On voit bien ici que l'interprétation est un révélateur, non point premièrement du sens d'une pratique ou d'un texte, mais *a priori* d'une somme de latences qui habitent l'acte, voire l'intention considérés. Si par sa matérialité première, le texte ou le fait social s'appréhende du point de vue d'un agencement phénoménal, paradigmatique et syntagmatique apparent – dans le cas de la littérature –, l'herméneutique le découvre également dans le souterrain d'une encre sympathique qui se réfracte continuellement. Interpréter s'entend de ce point de vue au double sens de l'extranéité et de l'*ipséité* : d'une part, il met en perspective l'acte d'explicitation d'un contenu énonciatif tangible, extérieur à soi ; d'autre part, il dévoile une somme de virtualités qui s'actualisent au fil de la lecture et de l'observation. Deux sens obvie et conjectural sont dès lors sans cesse concurrents, avec chacun leur propriété.

L'acte de préhension dont procèdent les herméneutiques tient le texte – texte de loi, texte littéraire, histoire, etc., – pour le fruit d'une unité inscrite derrière le fait structural ou la manifestation de l'objet. Cette quête même distingue les sciences de l'esprit dont la cartographie est dressée par Wilhelm Dilthey pour qui il y a

« vérités éternelles qui sont inculquées (*aeterna*), [des] faits qui sont racontés (*facta*), [des] événements à venir (*futura*), [des] règles d'actions (*agenda*) [prescrites] ».

Dans la nature du groupe des sciences [de l'esprit], ... une tendance... à réduire la dimension physique des processus au simple rôle de conditions, de moyens de la compréhension. Il s'agit de l'orientation vers la réflexion, du mouvement de la compréhension comme allant du dehors au-dedans. Cette tendance utilise chaque extériorisation de la vie pour saisir l'intériorité d'où elle procède. (W. Dilthey, 1988, p. 33)

Il y a de fait, dans les sciences de l'esprit ("l'histoire" ; "l'économie politique" ; "les sciences juridiques et politiques" ; "la science de la religion" ; "l'étude de la littérature et de la poésie" ; "des arts plastiques et de la musique" ; "des visions philosophiques du monde des systèmes" ; et "la psychologie"), une tendance à rechercher une provenance des choses, leur impulsion première, l'endroit pré-phénoménal où elles ont été avant de retrouver la terre où elles sont devenues. L'herméneutique est donc l'espace où se rencontrent toutes ces vocations, c'est une science de l'interprétation expérimentée dans le sacré – *hermeneutica sacra* – et qui se déploie dans diverses disciplines scientifiques telles que la littérature, la philosophie, le droit, l'histoire... Dans tous ces domaines, la science herméneutique a une demande particulière. Celle de l'histoire consiste dans le mot de Jauss rappelé *supra*³.

Cette inclination suppose l'existence d'un réquisit attaché aux objets historiques et intellectuels dont le droit est partie. Le préalable jaussien est d'autant plus pertinent que faisant écho à la réflexion de Wilhelm Dilthey, il tient la prise en compte des demandes originelles des phénomènes pour le meilleur point d'attache dans le projet de leur compréhension. Cette manière de saisir et de comprendre va à la quête d'une totalité incluant les divers états de l'objet considéré en le reconnectant à une primitivité. La révolution intellectuelle provoquée par la rencontre entre la philologie et l'herméneutique ainsi que l'a rappelé Thomas Pavel montre de quelle importance est ce procédé. Selon T. Pavel, en effet, l'éclairage des textes anciens et sacrés, leur compréhension doit beaucoup à cette immersion. Son récit des transformations philosophiques favorisées par le XVI^e siècle est d'un grand éclairage pour mesurer les apports de cette volonté de sens à la modernité alors en gestation. La révélation herméneutique se manifeste à l'intersection de la révolution luthérienne visant la démocratisation de la lecture du texte biblique et de l'émergence de la philologie qui tient le texte pour objet d'étude. T. Pavel révèle donc que « l'accès public à la Bible promu

³ - Voir introduction.

par Luther arrive pratiquement en même temps que la lecture philologique des manuscrits hébreux » (H. R. Jauss, 1982). Cette rencontre produit des effets gnoséologiques décisifs puisqu'elle permet « aux spécialistes de se rendre compte que ces manuscrits, tout comme ceux des ouvrages laïcs grecs et latins, étaient les témoins d'une multiplicité de traditions, de moments historiques et d'états de langue » (*Ibid.*).

Le rapport entre le texte et les traditions qui l'ont généré est ainsi clairement mis en évidence. Une approche désincarnée du texte ne permet pas d'en saisir la terre native et le sens. Cela établit la pertinence de la connexité entre le mot et la chose ; entre les pratiques et leurs réquisits. Il en va ainsi du droit qui ne saurait être un enchaînement de normes désincarnées.

2. L'herméneutique juridique, la demande du droit

Comme l'herméneutique littéraire, présupposant un horizon d'attente, et l'herméneutique historique, attachée à la reconstitution du sens premier, l'herméneutique juridique porte en soi un réquisit censé guider la pratique de la justice et la production, voire l'interprétation de la loi. Il y a dans le rapport à la loi un pré-jugement attendu qui fait prévaloir le psychologique sur le somatique ; l'idée (de la loi) sur la matière (le texte). Ce principe rappelé dans le propos de Jürgen Habermas à savoir que « dans la positivité du droit se reflètent aussi les contingences de (son) contexte d'apparition⁴ » incite à une écoute plus attentive de l'environnement du corps matériel de la loi. Plus radicalement, F. Wodié théorise la nécessité d'une soumission absolue de la légalité à la légitimité de sorte que la souveraineté populaire reste toujours le moteur de la justice et de l'exercice du pouvoir. Il écrit à ce propos que

... L'État de droit ne l'est effectivement pour les citoyens que par leur volonté servie par une capacité de résistance à toutes formes d'abus. En cela, le devoir d'obéissance au droit suppose le droit, voire le devoir de désobéissance, afin que la légalité reste soumise à la légitimité, en n'étant jamais qu'un moyen ! (F. Wodié, 2018, p. 18)

Une telle idée de la loi, évoluant dans la proximité de la société ou placée sous son contrôle, tempère les excès d'un positivisme sans limite travaillé par des revendications corporatistes de plus en plus offensives. Les craintes d'un basculement intégral du fait légal dans le giron d'une expertise juridique ont de tout temps donné lieu à de nombreuses mises en garde sur les excès d'un

⁴ - cité par Pierre Pierron dans « Une herméneutique en contexte : le droit », *Methodos*, 2013.

formalisme forcené dommageable à la justice. celles de Victor Hugo dénonçant la caricature legaliste qui consiste à faire prévaloir la lettre de la loi – "les sources formelles" – sur l'Esprit – "les sources réelles"⁵ – vibre dans les inquiétudes modernes d'un ravalement continu de l'éthique du droit derrière l'efficacité des moyens juridiques mobilisés dans le cadre d'une instance ou de l'application de la loi dans le domaine politique ou du droit international. Il faut donc à cette exigence d'efficacité ou à cette obligation de résultat une expertise qui complexifie sans cesse la matière du droit et la réserve par voie de conséquence à un corps d'élite dont elle devient la chasse gardée.

Cette nouveauté est la conséquence d'une conviction moderne associant la gouvernance aux capacités intellectuelles attachées à certaines sciences, en l'occurrence le droit, l'économie, la science-politique, etc. Or il n'en a pas toujours été ainsi comme le démontre M. Finley à propos du rôle du peuple dans la démocratie. M. Finley rappelle en effet, au nom des thèses de la démocratie classique, l'exercice populaire du droit. Plus exactement il enseigne que :

Pour parler en termes plus conformes à l'usage en matière constitutionnelle, le peuple possédait non seulement l'éligibilité nécessaire pour occuper les charges et le droit d'élire les magistrats, mais aussi le droit de décider en tous les domaines de la politique de l'Etat et le droit de juger, constitué en tribunal, de toutes les causes importantes, civiles et criminelles, publiques et privées. (M. Finley, 2019, p. 72)

Cette vérité de l'Antiquité classique est confirmée par C. Mossé qui la situe dans le cadre d'une contestation de l'Aréopage athénien par le *démos* au IV^e siècle avant notre ère.

...c'est en 462/1, révèle-t-il, qu'allait s'imposer la réforme la plus importante : la dépossession de l'Aréopage d'une partie de ses pouvoirs judiciaires au bénéfice des tribunaux populaires de l'Héliée (...) cette mesure [est] importante, puisqu'elle remettait entre les mains des juges tirés au sort parmi tous les Athéniens de trente ans le soin de veiller à l'application des lois. (C. Mossé, 2013, p. 19)

Contre l'expertise du droit célébrée dans les sociétés modernes prévaut dans l'Antiquité et à la fin du Moyen-Âge, voire jusqu'au classicisme, si on considère les thèses du jusrationalisme, une éthique de la loi et un amour de la justice. Cet armement moral suffisait jusqu'alors à la pratique du droit ce

⁵ - *Ibid.*

qui change avec l'exacerbation du principe capacitaire d'aujourd'hui⁶. De fait, sous l'impulsion d'une logique managériale, la gouvernance s'exprime désormais dans la demande d'un retrait des peuples de la chose publique au nom d'une division du travail intellectuel qu'exigerait la complexité des sociétés modernes. Partout sonne l'heure technocratique y compris dans les domaines de la loi jusque-là chose du peuple puisque « la justice est rendue au nom du peuple » ; « la souveraineté appartient au peuple » et que « nul n'est censé ignorer la loi ».

La technicité rappelée du droit a pour incidence de ravalier le citoyen derrière la vérité de la gouvernance représentative et la sécurité inspirée par l'activité de plus en plus hégémonique d'un corps expéditionnaire du droit à qui appartiendrait seul le pouvoir et la capacité de manipuler une matière aussi sensible, aussi volatile : la loi.

C'est sous cette injonction que disparaît le réquisit de l'herméneutique juridique avec son postulat d'une lecture conjointe de la structure et du sédiment de l'objet légal : la lettre et l'esprit de la loi ; couple qui fait de la première – la lettre – le site où s'origine la vérité du droit – l'esprit. C'est pourquoi, pour les tenants de la démocratie classique, comme l'apprend M. Finley, les fonctions de gouvernement doivent déboucher sur l'éducation des masses en même temps que sur l'universalisation de la culture nécessaire à la compréhension des enjeux sociaux, ceux du droit compris.

L'observation de John Stuart Mill sur les possibilités offertes par les institutions démocratiques dans le raffinement général telle que la démonstration en a été faite sur les terrains athénien et états-unien, donne de croire que l'éthique l'emporte sur la technique dès lors que les affaires publiques sont ouvertes à la multitude. M. Finley restitue le propos de Mill qui observe que :

Presque tous les voyageurs... sont frappés par le fait que tout Américain est dans un certain sens à la fois patriote, un homme dont l'intelligence est cultivée, et M. de Tocqueville a démontré combien ces qualités sont étroitement liées à leurs institutions démocratiques. Une diffusion aussi grande des goûts, des idées et des sentiments qui appartiennent aux

⁶ - Moses Finley conteste cette revendication à l'œuvre depuis l'Antiquité. Il rappelle les obstacles qui se sont toujours dressés devant les tentatives de préemption de l'exercice de la souveraineté. Pour lui, « Les techniciens, en particulier dans le domaine militaire, ont de tous temps exercé une influence, et de tous temps ont essayé de l'étendre, mais aujourd'hui comme autrefois, les décisions publiques sont prises par des dirigeants politiques. Même la venue de « l'ère des organisateurs » (« Managerial revolution ») n'a pas changé ce fait fondamental de la vie politique. », in *Démocratie antique, démocratie moderne*, Op. Cit., p. 61.

esprits cultivés, ne s'est jamais vue et n'a jamais passé pour possible ailleurs. (M. Finley, 2019, p. 80)

Il en sera de l'Américain comme il en a été de l'Athénien chez qui l'observation similaire peut être faite. J. S. Mill conclut par conséquent que : « Malgré les défauts du système social et des idées morales de l'Antiquité, la pratique des *discatéria* (jurys) et de l'*Ecclesia* (assemblée) élevait le niveau intellectuel d'un simple citoyen d'Athènes bien au-dessus de ce qu'on a jamais atteint dans aucune autre agglomération d'hommes, antique ou moderne. » (*Ibid.*)

L'universalisation de la "science" du droit par la pratique quotidienne et populaire de la justice remplit de nombreuses fonctions au nombre desquelles la promotion du patriotisme, de la participation citoyenne et de la transparence dans la gestion de la cité. On peut dès lors interroger cette inflexion relativement récente qui consiste à "élitariser" l'expression de la justice dans le tourbillon capacitaire des sociétés modernes.

3. La question élitare

Ramené au triomphe de la « domination légale-rationnelle » – fait de la loi positive – sur la « domination traditionnelle » – justifiée par la coutume – et la « domination charismatique » – adossée à l'hégémon – (M. Weber, 1921), le ravalement du citoyen s'inscrirait dans la trajectoire d'un conjointement du droit à l'organisation de l'État. Faisant et organisant l'État-moderne, la loi devient donc un domaine réservé. Ainsi, plus l'histoire s'écrit plus la règle de la loi d'airain de l'oligarchie gagne le terrain de la légalité et impose à la justice les règles de groupes privés. Pour moderne qu'elle soit, la logique de cette phagocytose de la loi se retrouve dans le rapport entre le décryptage des auspices et la dévolution du pouvoir à Rome. En un mot, qui détient la capacité de lire les auspices détient le pouvoir. Là encore les ressources de l'herméneutique permettent de dresser cet état de permanence dans les usages sociaux surtout quand il s'agit de l'exercice du pouvoir : la manipulation de la loi d'aujourd'hui équivaut au décryptage des auspices d'hier. A. Giovannini en livre un vibrant témoignage rappelant le point de bascule politique figurant dans la lutte des classes ayant opposé plébéiens et patriciens aux premières heures de la construction de la république romaine. Il révèle fort à propos que :

Les deux premiers siècles de la République furent surtout marqués par la lutte des classes opposant les plébéiens aux patriciens, lutte à la fois

sociale et politique, sociale parce que la plèbe était surtout constituée de citoyens pauvres qui aspiraient à une amélioration de leur condition matérielle, politique parce que les plébéiens les plus riches, qui n'avaient pas les auspices, revendiquaient une participation aux magistratures et aux prêtrises et voulaient donner un pouvoir réel aux assemblées de la Plèbe. (A. Giovannini, p. 95)

Comme on le voit, c'est par les auspices, comme ce sera par la loi, qu'on a part au pouvoir. Mais que sont les auspices ? ni plus ni moins, dans le contexte ancien, que la matière constitutionnelle chargée de gérer et d'ordonner les affaires de la cité. Leurs décrets s'imposent de sorte que « ... rien ne se faisait à Rome, dans le domaine des affaires publiques tant civils que militaires, sans la consultation de la volonté des dieux par l'intermédiaire des auspices... » (*Ibid.*, p. 103) Une autorité augurale se déduit de cet exercice particulier du droit qui se cache, pour mieux se légitimer, derrière l'invocation du suprasensible. Dévolu à l'oligarchie de l'époque, le collège des augures ne recrute que dans la classe patricienne censée posséder le pouvoir de l'interprétation qui ne repose en réalité que sur une longue jurisprudence valant constitution. De fait, comme le précise A. Giovannini : « les avis de droit des augures n'étaient pas des interprétations arbitraires des signes célestes, mais des avis relevant du droit constitutionnel (*ius publicum*). Les augures étaient donc les gardiens de la constitution, comme le sont les cours constitutionnelles dans de nombreux Etats modernes. » (*Ibid.*)

Les remises en cause de cet état d'inégalité par les tribuns de la Plèbe tendent à universaliser la pratique de la loi en même temps que se crée et se renforce la République. En clair, dans l'appropriation par tous de la chose publique siège aussi une appropriation par tous de la loi manifestement. Par conséquent, les revendications élitaristes du droit, son accaparement sous l'*alibi* capacitaire posent problème, en principe ; posent problème en ce principe d'universalisation et d'ouverture qui nourrit l'idée républicaine. Il en va de ce tropisme comme d'un projet de capture de l'État par des groupes privés au nom de compétences intellectuelles et de capacités techniques. Pour Condorcet il est évident que : « Deux classes ont presque partout exercé sur le peuple un empire dont l'instruction seule peut le préserver, ce sont les gens de loi et les prêtres ; les uns s'emparent de sa conscience, les autres de ses affaires. » (C. Kintzler, 2022, p. 245)

L'exclusivisme dont il est question désormais procède d'une tradition intellectuelle allant de Platon à S. Lipset jusqu'à J. Schumpeter. Moses Finely en rend compte en restituant que

Platon et Lipset voudraient tous deux abandonner la politique à des experts, le premier à des philosophes rigoureusement formés, qui après avoir appréhendé la vérité, seraient ensuite guidés par elle de façon absolue ; le second à des hommes politiques professionnels (ou à des hommes politiques agissant en accord avec la bureaucratie) qui seraient guidés par leurs compétences dans l'art du possible, et périodiquement contrôlés au moyen d'élections, procédé démocratique qui donne le choix au peuple entre des groupes d'experts en concurrence et, dans cette mesure une part au contrôle. (M. Finley, 2019, p. 51)

À l'activité du peuple réclamée autrefois dans les agoras, à la Pnyx (Claude Mossé) et à travers l'*isegoria*, les *dyscateria* et l'*Ecclesia* (Moses Finley), se substitue désormais une demande de retrait, voire d'apathie des masses populaires jouant dans tous les domaines de la vie publique. La justification la plus courante de cette assignation réside dans l'impossibilité postule-t-on d'appliquer la démocratie directe à cause des grandes transformations démographiques de la plupart des sociétés modernes. Toutefois, la raison principale de cette relégation consiste dans la présomption d'incompétence du *démos* moderne. Il semble sur ce terrain que s'exprimerait alors un abandon des visées de la démocratie classique dont le projet résidait dans une universalisation de la culture obtenue par la participation citoyenne. John Stuart Mill affirme à cet effet que la démocratie classique

était « inspirée par un but extrêmement ambitieux, l'éducation d'un peuple tout entier jusqu'à ce que les capacités intellectuelles, affectives et morales atteignent leur maximum de développement et que les gens s'unissent, librement et activement, en une communauté authentique. Outre ce but général magnifique, la théorie démocratique classique intègre aussi une stratégie élaborée pour la poursuite de ce but, l'utilisation de l'activité politique et des fonctions gouvernementales dans l'intention d'éduquer le peuple. Gouverner [devait être pensait-on] un effort continu pour l'éducation des masses. » (*Ibid.*, p. 80)

La problématique de la participation citoyenne est d'abord celle de l'éducation des masses à quoi semble avoir renoncé la gouvernance moderne. Ce renoncement lui-même se vérifie dans une transformation paradigmatique dans laquelle l'universel fait place au capacitaire, l'éthique à l'expertise, la vertu aux vices du pragmatisme. Dans cette lente inversion des normes se sera joué l'effacement de tout le fond doctrinal qui accompagnait jusqu'au préhumanisme l'expression de la loi, à savoir celle d'un fond axiologique lestant le droit d'une idée de la justice dont le socle, dans la perspective de la paix sociale, devait rester attaché à l'*æquitas*. Celle-ci, « l'équité légale [est le] ... principe selon lequel la loi doit parfois être complétée ou corrigée en faisant appel à la justice naturelle. » (Q. Skinner, 2003, p. 27) A propos de l'*æquitas*, T.

D'Aquin écrit, dans la *Somme théologique*, qu'il s'agit « de la qualité qui permet de modérer la lettre de la loi⁷ ». Elle désigne aussi selon Q. Skinner « l'idée de loyauté entre des individus, par opposition à la méchanceté, la trahison ou l'acte de nuire. » (*Ibid.*)

Ces considérations montrent que dans le principe ancien, ou disons originel, ce qui produit le droit, c'est un principe directeur allant toujours dans le sens de la sureté communautaire. D'ailleurs, l'étymon *æqus* qui prête sa racine au mot le dit si bien en tant qu'il est utilisé comme synonyme du mot *planus* désignant quant à lui « quelque chose de plat, de nivelé, de lisse. » (*Ibid.*)

Ainsi, contre l'expertise du droit se sera exprimé pendant longtemps un amour, voire une dilection de la justice valant comme repère absolu. La scolastique le tenait pour sa part du reste du propos sacré comme une injonction divine à laquelle se conformer : « *Diligite iusticiam qui iudicatis terram* ⁸. » Cet amour réclamé de la justice élit potentiellement le commun à la pratique du droit tant ce qui est réclamé ce n'est pas l'expertise mais la dilection. La présence du peuple, son attachement à la loi est un rempart contre l'inhumanité et le vice de sorte que V. Hugo pouvait espérer : « Ce sentiment qui est le granit de la conscience humaine, le droit, le voilà, le rocher sur lequel viennent échouer et se briser les hypocrisies, les mauvais desseins, les mauvaises lois, les mauvais gouvernements. » (Pierre Pierron, 2013)

Conclusion

Au total, doit-on l'admettre, le droit est inscrit dans la conscience humaine ; attribut de Dieu, il est aussi un attribut de l'humain en général. Une telle postulation oblige à concilier deux états : l'expertise juridique et le sentiment de justice normalement contigus dans le corps individuel ou collectif qui fait et rend la justice. De cette sorte s'inverse la logique pour que la dilection prime sur la capacité, l'éthique sur l'expertise. Un état zéro du droit en émerge sur duquel s'est organisée la société démocratique, *open society* l'a-t-on dite également. L'ouverture de ou à la gestion publique est aussi une ouverture de ou à l'expression de la loi à laquelle, faut-il le rappeler, on est soumis parce qu'on y a consenti. On est soumis à la loi parce qu'on y a participé directement de manière référendaire ou indirectement de manière législative. En aucune

⁷ - *ibid.*

⁸ - « Aimez la justice vous qui jugez la terre » Livre de la Sagesse 1 : 1.

façon, dans le principe en tout cas, la loi ne s'impose par elle-même et du simple fait qu'elle est la loi. Ainsi s'exprime le fait légal en la légitimité qui le fonde en propre et que ne peut supplanter ni remplacer la matérialité du texte qui ne saurait s'affranchir de la conscience qui l'établit ou qui est censé le faire. Or la demande d'apathie ou de retrait des peuples qui s'exprime de plus en plus y compris dans les États réputés démocratiques tant à remettre en cause cette logique ancienne sous prétexte de science du droit. Il y a donc clairement manifestée ici, au bout de l'apathie souhaitée des peuples, une aboulie des États ayant renoncé à leur vocation première, celle d'œuvrer à une adhésion naturelle au commerce social par l'universalisation, voire la démocratisation des savoirs. Gouverner, comme le pensaient les théoriciens de la démocratie classique, ne viserait plus l'inclusion par l'éducation à la chose commune mais l'exclusion pour défaut de culture et faute d'appartenance. Le dévoiement du droit, si on réfléchit à partir des prescriptions de l'herméneutique juridique, est acté. Il fait dériver le droit loin de son continent originel pour l'installer dans un nouveau monde politique. L'expertise étant désormais la règle, c'est l'*oligo* qui siège en majesté.

Références bibliographiques

- CORLAN-IOAN, Simona et GOROVEI Dominica (Dir.), 2023, *Un continent en mouvement. Régimes politiques et élections en Afrique*, EDITURA UNIVERSITAȚII DIN BUCUREȘTI, BUCAREST.
- DILTHEY, Wilhelm, 1988, *L'édification du monde historique dans les sciences de l'esprit*, Paris, Les Éditions du cerf.
- FINLEY, Moses, 2019, [première édition, 1976], *Démocratie antique, démocratie moderne*, Paris, Editions Payot & Rivages,.
- GIOVANNINI, Adalberto, 2018 [première édition 2015], *Les institutions de la République romaine des origines à la mort d'Auguste*, Schwabe Verlag Basel, Bâle.
- GRONDIN, Jean, 2006, *L'herméneutique*, Paris, Presses Universitaires de France.
- KINTZLER, Catherine, 2022, *Condorcet, l'instruction publique et la naissance du citoyen*, Paris, Minerve.

JAUSS, Hans Robert, 2017, [première édition trad. française 1998], *Pour une herméneutique littéraire*, Paris, Gallimard.

MOSSE, Claude, 2013, *Regards sur la démocratie Athénienne*, Paris, Perrin.

SKINNER, QUENTIN, 2003, *L'ARTISTE EN PHILOSOPHE POLITIQUE*, Ambrogio Lorenzetti, Trad. ROSINE CHRISTIN, PARIS, ÉDITIONS RAISON D'AGIR.

WOLTING, Patrick (Dir.), 2010, *L'interprétation*, Paris, Librairie Philosophique, J. VRIN.

WODIE, Francis, 2018, *Le conseil constitutionnel : 2010-2015, regard(s) croisé(s)*, Abidjan, CERAP Éditions.

<https://doi.org/10.4000/methodos.3040>