



HAL
open science

Antigone Busiris Portia, trois images spéculaires de la doctrine

Jean Pascal Chazal

► **To cite this version:**

Jean Pascal Chazal. Antigone Busiris Portia, trois images spéculaires de la doctrine. Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques, 2002, pp.1-43. <hal-01017596>

HAL Id: hal-01017596

<https://sciencespo.hal.science/hal-01017596v1>

Submitted on 2 Jul 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

ANTIGONE, BUSIRIS ET PORTIA, TROIS IMAGES SPECULAIRES DE LA DOCTRINE¹

Jean-Pascal CHAZAL
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

« La faiblesse de notre condition fait que les choses, en leur simplicité et pureté naturelle, ne puissent pas tomber en notre usage. » Montaigne, Essais, II, XX.

Choisir la doctrine comme objet d'étude, alors qu'on en fait partie, est une gageure. La démarche n'est-elle pas scientifiquement disqualifiée puisque le sujet étudiant est à l'intérieur de l'objet étudié, ce qui le prive de la faculté de fournir, sans subir ni produire d'influence, une description exacte et objective ? Vraisemblablement, le docteur qui étudie et décrit la doctrine ne pourra échapper aux assertions ni vraies ni fausses ou vraies et fausses à la fois ; son travail ressemblera donc à une suite de paradoxes de logiques comparables au célèbre paradoxe d'Epiménide. Ce risque inhérent dans tout système auto-référentiel² est particulièrement présent pour la doctrine qui, sur la scène juridique, joue un double rôle : à la fois spectateur et acteur³. Toutefois, l'immersion dans le domaine que l'on tente de connaître est un préalable indispensable à toute compréhension. Or, qui, mieux que le docteur, connaît la doctrine ? Est-il raisonnable, sur la base d'une conception surannée de la science⁴, de se priver par principe de la vision de ce dernier ? Ne voit-on pas qu'une approche radicalement externe ne permet pas d'instaurer une proximité suffisante entre l'observateur et son objet d'étude ?

¹ Cet article doit à François Ost, qui par ses écrits l'a inspiré et par ses amicales incitations lui a permis d'exister, ce qu'il a de meilleur.

² D. Hofstadter, *Gödel Escher Bach, Les Brins d'une Guirlande Eternelle*, Dunod 2000, p.19 et s.

³ F. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, PFUSL. 1987, p.43.

⁴ Sur cette question voir : J.-P. Chazal, *Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique*, APD. 2001, T.45, p.303 ; RIEJ. 2001.46, p.39.

Le problème réside dans le déficit de distance qui découle de la position du docteur par rapport à la doctrine. Il lui est, de ce fait, difficile de porter un regard critique sur celle-ci. Lorsqu'il s'y essaie, il s'expose à un déchaînement passionnel de ses collègues qui, se sentant humiliés, peuvent ne pas apprécier qu'un membre du sérail se permette une analyse distanciée et sans complaisance du corps auquel il appartient⁵. D'un point de vue moins anecdotique, le docteur qui prend la doctrine pour objet d'étude ne peut l'appréhender que de manière fragmentaire et déformée. Son expérience personnelle peut certes l'amener à insister sur des aspects certes importants et méconnus, mais avec le danger de grossir le trait et donc inconsciemment de simplifier, voire caricaturer, une réalité complexe et fuyante. En présence d'un tel phénomène auto-référentiel, d'un méta-discours enchevêtré (discours de la doctrine sur elle-même), faut-il plus que jamais tenter « *d'objectiver le sujet de l'objectivation* » comme le préconise Bourdieu⁶? Cette exigence, par l'honnêteté intellectuelle qu'elle implique, est en elle-même louable. Elle recèle néanmoins une part d'utopique, car jamais une totale objectivation du sujet ne sera possible. « *Ce qui compte ici d'un point de vue « scientifique », c'est justement de détruire le fantôme d'une vérité qui serait indépendante du point de vue de celui qui connaît* »⁷. Assumer ses préjugés c'est avant tout les connaître et prendre conscience que la réalité ne peut être connue que par leur prisme. Ce qui ne signifie pas qu'il faille renoncer à tout effort de lucidité, de distanciation et de réflexivité.

Pour ce faire, encore faut-il comprendre la nécessité de l'interdisciplinarité, « *le droit ne pouvant, sans introduire de nouvelles mystifications, s'expliquer par lui-même* »⁸. Seule cette démarche interdisciplinaire rend possible la création d'une distance féconde entre le juriste et sa matière. Le recours à d'autres sciences, d'autres disciplines, fournit l'occasion d'une rupture épistémologique consistant à desserrer l'étreinte d'une proximité paralysante. L'ouverture du domaine juridique autorise une évasion vers d'autres contrées ce qui, non seulement enrichit la matière, mais également introduit la distance tant recherchée. Certes, l'interdisciplinarité conduit à abandonner toute idée de simplicité dans l'acquisition des connaissances ; mais la complexité de la méthode correspond à la figure labyrinthique du savoir. L'important est, en ne se contentant pas de juxtaposer les savoirs et des concepts, d'adopter de nouveaux points de vue, des regards décentrés qui, revenant sur l'objet juridique par un mouvement circulaire l'éclaire d'un nouveau jour. Pour ce travail de réflexivité, on pense évidemment à l'histoire, la philosophie, la sociologie, l'anthropologie, la psychologie, etc. L'utilisation de la littérature, si elle n'est point inconnue des juristes⁹, étonne davantage.

La démarche n'est point évidente. Quels fruits la science juridique peut-elle cueillir en étudiant les œuvres littéraires ? Ces fictions apportent-elles des informations pertinentes dont

⁵ Voir par exemple l'étude de P. Jestaz et C. Jamin, *L'entité doctrinale française*, Dalloz 1997, Chron. 167, et l'acérée réaction de L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré, *Antithèse de « l'entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine)*, Dalloz 1997, Chron. 229. Sur la tentative de rendre compte du monde dans lequel on est pris, lire P. Bourdieu, *Homo academicus*, Ed. de Minuit 1984, p.15 : « *On sait que les groupes n'aiment guère ceux qui « vendent la mèche », surtout peut-être lorsque la transgression ou la trahison peut se réclamer de leurs valeurs les plus hautes. Les mêmes qui ne manqueraient pas de saluer comme « courageux » ou « lucide » le travail d'objectivation s'il s'appliquait à des groupes étrangers et adverses seront portés à jeter le soupçon sur les déterminants de la lucidité spéciale que revendique l'analyste de son propre groupe* ».

⁶ P. Bourdieu, *Méditations pascaliennes*, Seuil 1997, p.21.

⁷ Gadamer, *La philosophie herméneutique*, trad. franç., PUF. 1996, p.68. « *Une élucidation complète de nos propres questions et intérêts ne peut être réalisée. Il demeure toujours un excédent. Il s'agit dans tous les cas de se soustraire à la naïveté objectiviste et de détruire le fantôme d'une vérité séparé de la perspective de celui qui comprend* », Carsten Dutt, *Herméneutique, Esthétique, Philosophie pratique, Dialogue avec Hans-Georg Gadamer*, trad. franç., Fides 1998, p.37.

⁸ F. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, PFUSL. 1987, p.69.

⁹ Ex. : R. A. Posner, *Droit et littérature*, trad. franç. PUF. 1996 ; P. Malaurie, *Droit & Littérature*, Cujas 1997.

le droit peut faire son miel ? Ne vaut-il pas mieux se concentrer sur la réalité juridique ? C'est que la réalité juridique, comme toute réalité, est dans son intégralité hors de portée. Elle ne se donne pas à l'observateur de manière apodictique ; elle ne se perçoit qu'à travers des apories. Qu'il soit docteur, juge ou législateur, le juriste n'est jamais en prise directe avec elle. La connaissance qu'il en a est nécessairement partielle, lacunaire. Pire, il ne peut accéder à elle qu'à travers sa subjectivité. Toute étude de la réalité est, en effet, dépendante d'une pré-compréhension de la réalité. « *Celui qui veut comprendre*, explique Gadamer, *accomplit toujours une projection* »¹⁰. Ce cercle herméneutique qui relie l'objet étudié et la personne qui l'étudie abolit définitivement toute frontière étanche entre l'objet et le sujet. Dès lors, pourquoi ne pas voir dans la fiction littéraire la traduction d'une réalité ? Mieux, comme le disait Bergson, « *L'art n'est sûrement qu'une vision plus directe de la réalité* »¹¹. Il s'agit alors d'envisager l'apport heuristique¹² de la littérature au droit ; de prendre la littérature comme un chemin (*méthodos* : chemin qui mène à un but) vers la connaissance du droit. Dans cette perspective, l'important n'est pas la représentation du droit qui est contenu dans l'œuvre artistique, mais le miroir (*speculum*) que celle-ci présente au juriste pour regarder différemment la matière dont il est le savant. En s'immergeant dans la littérature, le juriste parvient, sans prétendre à l'objectivité, à une distanciation critique qui stimule et enrichit sa vision du droit. La littérature est pour lui un *medium* parmi d'autres qui lui facilite l'accès à des fragments de réalité, à des éclairs de sens. Mais pour cela, il convient de rompre avec la conception romantique de l'œuvre d'art qui voit en celle-ci le produit inséparable du génie qui l'a créée.

L'artiste est un démiurge. Son œuvre, une fois créée, se sépare de lui pour exister en tant que telle, de manière indépendante. Gadamer a relevé l'erreur de Kant, consistant à voir dans le jugement esthétique une dimension radicalement subjective, et montré que l'expérience de l'art est un mode de connaissance *sui generis*, « *une médiation de vérité* »¹³. « *L'esthétique devient ainsi une histoire des conceptions du monde, c'est à dire une histoire de la vérité, telle que l'on peut la voir dans le miroir de l'art* »¹⁴. Il est instructif, pour le juriste, de se prêter à ce jeu de miroir, de réfléchir sur sa matière à l'aide de l'image spéculaire que renvoie la littérature¹⁵. L'étude des œuvres littéraires, dans lesquelles le droit est mis en scène, est sans doute une source intarissable de réflexion distanciée, décentrée et critique sur la matière juridique. A l'instar du lecteur ou du spectateur, le juriste se comprend mieux en vivant cette expérience artistique : « *ce qui fait l'être véritable de l'œuvre d'art, c'est qu'elle devient l'expérience qui métamorphose celui qui la fait* »¹⁶. Ces relations réflexives et quasi-fusionnelles, auteur-œuvre-récepteur (spectateur ou lecteur) forment une médiation

¹⁰ Gadamer, *La philosophie herméneutique*, trad. franç., PUF. 1996, p.76.

¹¹ H. Bergson, *Le rire*, PUF. Quadrige 1999, p.120. « (...) l'art n'a d'autre objet que d'écarter les symboles pratiquement utiles, les généralités conventionnellement et socialement acceptées, enfin tout ce qui nous masque la réalité, pour nous mettre face à face avec la réalité même ».

¹² Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF. 1996, 18^{ème} éd., V^oHeuristique, 1^{er} sens : « qui sert à la découverte ; se dit spécialement : d'une hypothèse dont on ne cherche pas à savoir si elle est vraie ou fausse, mais qu'on adopte seulement à titre provisoire, comme idée directrice dans la recherche des faits ».

¹³ Gadamer, *Vérité et méthode*, Seuil 1996, p.115.

¹⁴ Op. cit., p.116.

¹⁵ *Lettres et lois, le droit au miroir de la littérature*, dir. F. Ost, L. Van Eynde, P. Gérard et M. van de Kerchove, PFUSL. Bruxelles 2001

¹⁶ Gadamer, *Vérité et méthode*, Seuil 1996, p.120. V. aussi p. 114 : « l'expérience esthétique est, elle aussi, une manière de se comprendre ». P. Ricoeur, *Réflexion faite*, Esprit 1995, p.60 : « Se comprendre, pour le lecteur, c'est se comprendre devant le texte et recevoir de lui les conditions d'émergence d'un soi autre que le moi, et que suscite la lecture ».

cognitive¹⁷. La réalité, non sans déformation, se reflète dans l'œuvre d'art et se laisse atteindre, non sans imperfection, par celui qui la regarde et qui lui-même en réfléchit (du latin *reflectere* : courber en arrière) l'image. Cette image n'est donc pas un reflet purement naturel ; elle est aussi en partie le produit d'une construction. C'est pourquoi, ce qui est réfléchi est nécessairement déformé et fragmenté.

Cette démarche mérite d'être recentrée sur l'évolution de l'herméneutique. Classiquement, c'était une discipline auxiliaire qui n'avait qu'un but pragmatique : permettre la compréhension des textes littéraires. Avec Gadamer, l'herméneutique est devenue la base de toutes les sciences de l'esprit ; elle s'est transformée en véritable philosophie de la compréhension du monde. « *La tradition littéraire n'est pas la seule à être esprit aliéné, en quête d'une appropriation nouvelle et plus correcte ; tout ce qui n'est plus dans une relation immédiate à son propre monde et qui ne s'exprime plus en lui et à lui, donc toute tradition, l'art aussi bien que toutes les autres créations spirituelles du passé – droit, religion, philosophie, etc. – tout cela est devenu étranger à son sens originel et dépend de cet esprit de découverte et de médiation auquel avec les Grecs nous donnons le nom d'Hermès, le messager des dieux* »¹⁸.

Paul Ricœur, quant à lui, a caractérisé les relations qui existent entre un texte et la réalité par l'idée de « *vérité métaphorique* ». En s'opposant à l'herméneutique romantique et psychologisante issue de Schleiermacher et de Dilthey, qui privilégie « *la recherche d'une congénialité entre l'âme de l'auteur et celle du lecteur* », Ricœur préconise « *une quête qui s'adresse au monde déployé devant l'œuvre* »¹⁹. « *Dans la mesure, en effet, où le sens d'un texte s'est rendu autonome par rapport à l'intention subjective de son auteur, la question essentielle n'est plus de retrouver, derrière le texte, l'intention perdue, mais de déployer, en quelque sorte devant le texte, le « monde » qu'il ouvre et découvre* »²⁰. Gadamer exprime, avec d'autres mots, la même idée : « *Le sens d'un texte dépasse son auteur, non pas occasionnellement, mais toujours. C'est pourquoi la compréhension est une attitude non pas uniquement reproductive, mais aussi et toujours productive* »²¹. Or, le désir de vérité, qui pousse à rechercher dans tout texte une référence (ou dénotation) au monde, n'est pas l'apanage des énoncés scientifiques. Il existe, dans l'œuvre littéraire, une dénotation de second rang qui surgit des ruines de l'autodestruction du sens littéral : la « *dénotation métaphorique* »²². « *Le discours poétique vise la réalité en mettant en jeu des fictions heuristiques dont la valeur constituante est proportionnelle à la puissance de dénégation* »²³. Ricœur conçoit la métaphore, ou plus exactement la métaphore continuée (ou encore réseau métaphorique), comme l'équivalent, pour le langage poétique, de ce qu'est le modèle pour le langage scientifique. Ce sont des instruments de « *re-description* » de la réalité, selon l'expression de Mary Hesse, qui participent de la logique de la découverte, et non de celle de

¹⁷ Cette inclusion du spectateur dans le phénomène esthétique se trouve dans la définition aristotélicienne de la tragédie (Poétique, 6, 49 b 24). Pour une illustration de la fonction heuristique de l'art, voir W. Shakespeare, Hamlet, Acte III, scène II. Voir aussi La sauvage apprivoisée, où une mise en abîme révèle la finesse de la frontière entre la réalité et la représentation théâtrale.

¹⁸ Gadamer, *Vérité et méthode*, p.184.

¹⁹ P. Ricœur, *La métaphore vive*, Seuil 1975, p.278.

²⁰ P. Ricoeur, *Réflexion faite*, Esprit 1995, p.56 et 57.

²¹ Gadamer, *Vérité et méthode*, p.318. « Une application se produit dans tout comprendre, de sorte que celui qui comprend se retrouve lui-même dans le sens qui a été compris. Il appartient à la chose qu'il comprend », Carsten Dutt, *Herméneutique, Esthétique, Philosophie pratique, Dialogue avec Hans-Georg Gadamer*, trad. franç., Fides 1998, p.39.

²² P. Ricoeur, *La métaphore vive*, p.279.

²³ Op. cit., p.301.

la preuve²⁴. Tous deux visent à re-décrire la réalité par le chemin détourné de la fiction heuristique²⁵. La vérité métaphorique est donc essentiellement « *tensionnelle* » ; tension entre le « est » et le « n'est pas », rappelant ainsi l'exorde habituel des conteurs majorquins : *Aixo era y no era* (Cela était et n'était pas)²⁶. Plus précisément, la vérité métaphorique est tendue entre ce qui n'est pas (littéralement) et ce qui est (métaphoriquement)²⁷. Paradoxe de la copule *est* : « *Être-comme signifie être et ne pas être* »²⁸.

Le concept de réalité, et avec lui celui de vérité, s'en trouvent évidemment affectés²⁹. La fonction cognitive et heuristique de la métaphore implique l'invention (dans le double sens de ce mot : découvrir et créer) de la réalité. Ainsi, l'œuvre poétique se place à l'intersection de trois moments de la *mimésis* (activité mimétique) : en amont de la composition littéraire (configuration) il y a une préfiguration du monde par l'auteur et en aval une refiguration de celui-ci par le lecteur. L'herméneutique a donc pour enjeu de saisir « *le procès concret par lequel la configuration textuelle fait médiation entre la préfiguration du champ pratique et sa refiguration par la réception de l'œuvre* »³⁰. Car celle-ci est à la fois la projection d'une perception du monde et un vecteur d'enrichissement de la vision du monde par l'accroissement de sens et d'être que sa lecture, ou plus largement son expérience, procure.

« *Ce que le discours poétique porte au langage, c'est un monde pré-objectif où nous nous trouvons déjà de naissance, mais aussi dans lequel nous projetons nos possibles les plus propres. Il faut donc ébranler le règne de l'objet, pour laisser être et laisser se dire notre appartenance primordiale à un monde que nous habitons, c'est à dire qui, tout à la fois, nous précède et reçoit l'empreinte de nos œuvres* »³¹. Ce passage semble parfaitement illustré par le dialogue final du roman d'Umberto Eco, *Le nom de la rose*³². Guillaume de Baskerville a démasqué le meurtrier de l'Abbaye, le vieux Jorge, et s'est aperçu, en même temps, que le scénario apocalyptique qui lui a servi à expliquer les morts mystérieuses et à identifier le coupable, est erroné. Pire, son explication suivant laquelle le plan du meurtrier suivait le rythme des sept trompettes de l'Apocalypse de Saint Jean a influencé le coupable qui s'y est conformé. Son jeune secrétaire, Adso de Melk, relève cependant un certain nombre de vérités découvertes par son maître qui les ont conduits à la solution de l'énigme. « *Pourtant il y a bien une vérité, celle que vous avez découverte ce soir, celle à laquelle vous êtes arrivé en interprétant les traces que vous avez lues au cours des jours passés. Jorge l'a emporté, mais vous, vous l'avez emporté sur Jorge car vous avez mis à nu sa trame... - Il n'y a point de trame dit Guillaume, et moi je l'ai découverte par erreur. (...) Je n'ai jamais douté de la vérité des signes, Adso, ils sont la seule chose dont l'homme dispose pour s'orienter dans le monde. Ce que je n'ai pas compris c'est la relation entre les signes. (...) Je me suis comporté en homme obstiné, poursuivant un simulacre d'ordre, quand je devais savoir qu'il n'est point d'ordre dans l'univers. - Mais en imaginant des ordres erronés, vous avez tout de même*

²⁴ P. Ricœur, op. cit., p.302.

²⁵ Op. cit., p.311.

²⁶ Cité par R. Jakobson, *Essais de linguistique générale*, Ed. de Minuit 1963, p.238.

²⁷ Ricœur, op. cit., p.320.

²⁸ Op. cit., p.388.

²⁹ Op. cit., p.399 : « *Finalelement, le dédoublement de la référence et la redescription de la réalité, soumise aux variations imaginatives de la fiction, apparaissent comme des figures spécifiques de distanciation, lorsque ces figures sont réfléchies et réarticulées par le discours spéculatif. Ce qui est donné à penser par la vérité « tensionnelle » de la poésie, c'est la dialectique la plus originare et la plus dissimulée : celle qui règne entre l'expérience d'appartenance dans son ensemble et le pouvoir de distanciation qui ouvre l'espace de la pensée spéculative* ».

³⁰ P. Ricoeur, *Temps et récit*, Seuil 1983, T.I, p.86 et s.

³¹ *La métaphore vive*, op. cit., p.387.

³² Trad. J-N. Schifano, Grasset, 1985, p.496 et 497.

trouvé quelque chose... - Tu as dit là une chose très belle, Adso, je te remercie. L'ordre que notre esprit imagine est comme un filet, ou une échelle, que l'on construit pour atteindre quelque chose. Mais après, on doit jeter l'échelle, car l'on découvre que, si même elle servait, elle était dénuée de sens. (...) Les seules vérités qui servent sont des instruments à jeter ».

Il ne faut pas voir, dans ce passage, un éloge de l'erreur féconde, mais plutôt une invitation à l'humilité et à l'ouverture d'esprit car, dans le monde labyrinthique du savoir, les signes de la vérité gisent n'importe où, y compris là où l'on s'y attend le moins. Ainsi, dans *Le nom de la rose*, on meurt en lisant un livre qu'il est possible de connaître sans jamais l'avoir lu ; les indices sont puisés dans les Ecritures Saintes, dans la bouche d'un cadavre ou dans le décryptage d'un message permettant d'accéder au-delà d'un miroir ; la clef de l'énigme policière est un livre perdu consacré au rire, le deuxième livre de la Poétique d'Aristote consacré à la comédie, dont les pages ont été enduites de poison. La métaphore est celle de la dimension expérimentale (au sens gadamérien du terme³³) et de l'interdisciplinarité de la connaissance : c'est l'idée que le savoir n'est pas clos, mais ouvert ; qu'une discipline est mue par une force centrifuge qui la propulse vers d'autres domaines avec lesquels elle s'interpénètre ; que le savoir s'acquière par un « *processus de fusion des horizons* »³⁴. Dès lors, il est possible de trouver dans les œuvres littéraires les reflets signifiants d'une réalité chatoyante. « *Contrairement à la tradition du Cogito et à la prétention du sujet de se connaître lui-même par intuition immédiate, il faut dire que nous ne nous comprenons que par le grand détour des signes de l'humanité déposés dans les œuvres de culture* »³⁵. Voilà qui donne raison à l'opinion quelque peu provocatrice de Gadamer : « *la fécondité de la connaissance en sciences humaines s'apparente beaucoup plus à l'intuition d'un artiste qu'à l'esprit méthodique d'une recherche* »³⁶.

Outre, la fécondité de la démarche, étudier la doctrine par le prisme de la littérature évite d'exacerber les passions et de froisser les susceptibilités. Non seulement le détour par la fiction a pour effet d'introduire une distance enrichissante, mais il autorise l'appréhension paisible d'un certain nombre de problèmes délicats. Puisque cette méthode interdisciplinaire n'a pas pour prétention de rendre compte de manière neutre et péremptoire de la réalité dans toute son intégrité – mais uniquement d'en saisir des morceaux – elle devrait éviter les réflexes d'autodéfense des membres d'un corps qui se sentirait agresser par des attaques *ad hominem*. Ce souci n'est pas motivé par la crainte d'un phénomène de rejet ou d'excommunication, mais par celui de ne pas polluer le débat par des considérations personnelles et circonstancielles. Seule la distance conférée par l'histoire permet d'individualiser les jugements sans sombrer dans de vaines polémiques ; en son absence le risque de partialité et d'analyse réductrice, et donc d'injustice, est effrayant. Ainsi, les personnages de théâtre choisis pour servir de miroir à la réflexion doctrinale sur la doctrine ne doivent être pris que comme des reconstructions irréelles qui nous instruisent sur la réalité ; toute ressemblance avec des personnes vivantes étant fortuite ou s'expliquant par l'imagination caustique du lecteur.

³³ *Vérité et méthode*, p.378 : « *La dialectique de l'expérience trouve son achèvement propre, non dans la clôture d'un savoir, mais dans l'ouverture à l'expérience que libère l'expérience elle-même* ».

³⁴ Gadamer, *Vérité et méthode*, p.327 et s. « *Acquérir un horizon signifie toujours apprendre à voir au-delà de ce qui est près, trop près, non pour en détourner le regard, mais pour mieux le voir, dans un ensemble plus vaste et dans des proportions plus juste* ».

³⁵ P. Ricoeur, *Du texte à l'action*, Points 1986, p.130.

³⁶ *La philosophie herméneutique*, trad. J. Grondin, PUF. 1996, p.64.

La présente étude se propose donc de construire une réflexion sur la doctrine juridique en se servant de trois figures de la littérature, ou plus exactement du théâtre : Antigone, dans la tragédie éponyme de Sophocle, Busiris, personnage secondaire apparaissant dans *La guerre de Troie n'aura pas lieu* de Jean Giraudoux, et Portia, protagoniste de la comédie de William Shakespeare *Le marchand de Venise*. Il ne s'agit pas de proposer une nouvelle interprétation de ces œuvres, mais d'en extraire un suc nourricier pour alimenter la réflexion juridique sur la doctrine. Chacun de ces trois personnages est un miroir qui renvoie un reflet de la réalité complexe et insaisissable dans sa globalité. Aucune de ces images, forcément déformées – ou plus exactement re-figurées par une lecture juridique –, ne représente, à elle seule, la réalité, mais toutes y participent à un plus ou moindre degré. Toutes révèlent, pour partie, ce qu'est la doctrine juridique, mais aucune ne prétend l'appréhender intégralement. D'ailleurs, le présent travail n'a pas l'ambition de présenter une étude exhaustive sur la doctrine ni d'atteindre son ontologie. Il faut d'emblée reconnaître que certaines questions cruciales ne seront pas ici posées, telle que celle de savoir si la doctrine est une entité, une collection d'individualités ou plutôt un « *champ* » dans lequel luttes et ententes se mélangent intimement³⁷. L'une des limites du présent travail réside donc dans l'impossibilité d'appréhender la dimension plurale de la doctrine. Il s'agit seulement de tenter d'en saisir quelques facettes sans esprit de système ni volonté de démontrer la pertinence d'une définition stipulative et personnelle de la doctrine. Pour éviter tout carcan de ce type, la doctrine sera ici entendue dans son sens le plus large à savoir comme toute activité réflexive et discursive dont l'objet est de dire le droit sans *imperium*, c'est à dire sans pouvoir imposer par la force son opinion.

Plus particulièrement, les trois images littéraires choisies fournissent l'occasion de réfléchir sur les rapports entre le juriste et la loi, quelle qu'en soit l'origine (politique, internationale ou conventionnelle), entre le docteur et le pouvoir politique avec lequel il se frotte. Chacune de ces figures permet de saisir un type de relation possible entre la doctrine et le pouvoir : l'opposition radicale, l'instrumentalisation complaisante et la duplicité habile. Comme la vérité métaphorique que l'on se propose de rechercher est invention, c'est à dire à la fois découverte et création, il ne faut pas considérer le présent travail comme une pure description, même morcelée, de la réalité. Le jugement de valeur est, qu'on le veuille ou non, partie intégrante de toute recherche. Lorsqu'on réfléchit à ce qu'est la doctrine, on pense aussi nécessairement à ce qu'elle devrait être ou à ce qu'elle ne devrait pas être.

I – ANTIGONE, OU LA DOCTRINE ANTAGONISTE

La notoriété de l'Antigone de Sophocle dispense de préambule. On sait que la fille aînée d'Édipe s'oppose à la décision de son oncle Créon, laquelle interdit d'enterrer le cadavre de son frère Polynice qui a trahi la cité de Thèbes. Le nœud de la tragédie est donc de nature juridique. La loi est-elle injuste ? Est-il permis de l'outrepasser ? Le débat prend rapidement une tournure que l'on peut qualifier, non sans anachronisme, de doctrinale. Le problème de droit est posé par Antigone elle-même dès le début de la pièce lors du dialogue inaugural avec sa sœur Ismène (1 à 99)³⁸. La loi de Créon, qui interdit sous peine de mort d'ensevelir Polynice, est impuissante à rompre le lien fraternel, à séparer les proches. Certes, le problème

³⁷ Comp. P. Bourdieu, *Homo academicus*, Ed. de Minuit, 1984 ; *Méditations pascaliennes*, Seuil 1997 ; *Science de la science et réflexivité*, Raisons d'agir 2001, p.91 et s.

³⁸ Le texte utilisé est la traduction de J. Grosjean, *Tragiques grecs, Eschyle Sophocle*, La Pléiade, Gallimard, 1967, p.564.

n'est pas exclusivement juridique ; il est surtout moral. Mais, c'est la caractéristique de nombreux problèmes juridiques que d'irradier d'autres domaines. Au surplus, Antigone ne va pas se contenter de braver l'interdit en se fondant sur des considérations morales, familiales ou sentimentales. Elle argumente juridiquement pour faire prévaloir sa position, incarnant ainsi une figure possible de la doctrine : une doctrine qui combat pour le droit³⁹ ou pour ce qu'elle pense que le droit est ; une doctrine qui fait face au pouvoir, qui n'hésite pas à lutter contre lui.

Dans cette lutte Antigone assume une des fonctions traditionnelles et essentielles de la doctrine : la quête du juste (A). Pour cela, elle tente de mettre en œuvre la méthode dialectique qui, faute d'un interlocuteur ouvert au débat loyal est contrariée (B). Enfin, Antigone incarne une doctrine qui revendique la plus grande indépendance statutaire possible par rapport au pouvoir politique, au prix d'encourir la destruction (C).

A – LA QUÊTE DU JUSTE

Par l'idée de justice (*Diké*) qui l'anime, Antigone renvoie une image de la doctrine ; celle qui recherche la solution juste aux problèmes qui lui sont soumis. Cette attitude est présente dès les premières répliques, Antigone s'indignant de la disparité de sort réservé à ses deux frères morts : « *Est-ce que Créon n'accorde pas l'honneur d'une tombe à l'un de nos frères alors qu'il en prive l'autre ?* » (21-22). Cette rupture d'égalité est-elle contraire à la justice ? Ce n'est pas sûr. Certes, Aristote enseignera, dans le livre V de l'*Ethique à Nicomaque*, que la justice est ce qui est égal. C'est probablement déjà l'opinion dominante des Grecs à l'époque de Sophocle, compte tenu de la place accordée à la juste mesure, ainsi qu'à son contraire l'*hubris*, dans la tragédie. Mais, dans la pensée grecque, la justice consiste à ne traiter également que les choses égales⁴⁰. Or, Étéocle et Polynice ne peuvent être placés socialement sur le même plan ; l'un a défendu Thèbes, l'autre l'a assaillie ; l'un est un patriote résistant, l'autre un traître. C'est d'ailleurs la raison que Créon donne lui-même devant l'assemblée des sages pour expliquer la première décision de son règne : « *Je n'honorerai jamais les mauvais à la place des justes ; mais ceux qui sont dévoués à l'Etat, je les honorerai, qu'ils soient vivants ou morts* » (207-210). On comprend que dans le cœur d'Antigone, ses deux frères sont pareillement aimés et qu'elle souhaite pour leur corps un traitement honorable et identique. Mais, juridiquement l'argument n'a aucune portée. Antigone le sait et ne l'invoquera pas devant son oncle, préférant un raisonnement plus juridique. Ce qui lui permettra de contrer aisément l'offensive rhétorique de Créon, qui lui fera remarquer que « *le bon et le méchant n'ont pas un droit égal* » (520), en lui rétorquant « *Qui sait si ce principe est admis sous la terre ?* » (521) ; signifiant par là que le débat ainsi posé ne concerne pas le monde des vivants.

Dans le célèbre face à face entre Créon et Antigone, celle-ci commence par reconnaître que la loi enfreinte était publique et qu'elle ne pouvait donc l'ignorer (448). La controverse ne portera donc pas sur la forme, mais uniquement sur le fond. Antigone assume donc son action illégale, car en réalité, elle ne l'est point. « *Je ne pense pas que toi, mortel, tu puisses passer outre aux lois (nomima) non écrites et immuables des dieux. Elles n'existent d'aujourd'hui ni d'hier mais de toujours ; personne ne sait quand elles sont apparues* » (453-457)⁴¹. Pour

³⁹ Voir C. Atias, *Une doctrine de combat pour un droit menacé*, in Mélanges Mouly Litec 1998, T.I, p.13.

⁴⁰ *Ethique à Nicomaque*, V, 6.

⁴¹ Le terme *nomima* utilisé par Antigone renvoie aux traditions, aux usages anciens.

comprendre ce passage, il faut se garder de quelques erreurs d'interprétation. Antigone n'oppose pas la morale ou la religion à la décision de Créon. Si tel était le cas, les deux protagonistes ne pourraient dialoguer sur le même plan ; non seulement il n'y aurait pas de discussion possible entre eux, mais surtout Créon n'aurait pas interprété le discours de sa nièce comme une négation de son pouvoir. En outre, il ne faut pas se méprendre sur la façon dont Antigone disqualifie la décision de Créon. Elle reconnaît, comme les autres personnages⁴² – et pas seulement Créon : « *Et ainsi tu as osé passer outre à mes lois ?* » (449) –, qu'il s'agit d'une loi. Mais ce n'est une loi qu'au sens formel.

La controverse se cristallise sur le contenu de la loi, car selon Antigone, il ne traduit pas la justice, mais contrarie les coutumes de la cité (*nomima*). La référence à Zeus et aux dieux infernaux n'est qu'un appui rhétorique au soutien de la thèse défendue. Comme souvent chez Sophocle les dieux ne sont pas agissants, ils restent extérieurs à la tragédie. L'art tragique de Sophocle est plus anthropocentrique que « *théosphérique* »⁴³. C'est donc une erreur de qualifier les lois non écrites et immuables invoquées par Antigone de lois d'ordre religieux⁴⁴. Ce sont des lois ressortissant à l'ordre juridique, à la Justice. Antigone invoque *Diké* (451) qui représente la justice comme savoir juridique et droit coutumier⁴⁵. Mais, alors que la loi de Créon n'est que le pur produit de sa volonté – le Coryphée proclame : « *Ainsi qu'il te plaît, fils de Ménécée, tu désignes les ennemis et les amis de l'Etat. Et tu peux bien sans doute imposer ta loi tant aux morts qu'à nous les vivants* » (211-214) – les lois non écrites puisent à la source des rapports sociaux, des traditions. Le combat n'oppose donc pas un volontarisme princier à un volontarisme divin, mais l'arbitraire d'une loi à la coutume d'une cité. D'ailleurs, ce ne sont pas les dieux qui se manifestent contre La loi de Créon, c'est le peuple, perturbé qu'il est par le chamboulement de ses habitudes funéraires. C'est d'abord Hémon, le fils de Créon, qui s'en fait l'écho : « *Moi ton fils, je suis là pour épier tout ce qu'on dit, ce qu'on fait ou ce qu'on trouve à blâmer, car ton visage effraie l'homme du peuple et il tait ce que tu n'aurais pas plaisir à entendre. Il m'est donné à moi d'écouter dans l'ombre comme la ville se lamente sur cette jeune fille. (...) Telle est l'obscur rumeur qui monte sans bruit* » (688-700). « *Créon : Est-ce une conduite d'honorer le désordre ? Hémon : Je ne demande pas qu'on honore le crime. Créon : N'est-ce pas cette maladie qui la tient ? Hémon : Le peuple de Thèbes ne le pense pas. Créon : Faut-il que le peuple me dicte mon rôle ?* » (730-734). Puis, Tirésias se fit également le messager du désordre causé dans la cité par l'injuste interdit. Après avoir raconté des faits surnaturels troublants, le devin expliqua : « *Les signes sont muets et mon art impuissant. Or c'est par ta faute que la ville est malade* » (1053-1054). Rien de surprenant dans ce mélange de dérèglements naturels et sociaux, car la cité fait partie intégrante de la nature⁴⁶. C'est pourquoi le Chœur dit : « *Bientôt comme avant et pour toujours prévaudra cette loi qu'aucun excès n'entre dans la vie humaine sans la perte* » (611-614).

Antigone est donc le reflet d'une doctrine proche de la réalité sociale et des traditions. On pense à l'école historique allemande. Von Savigny, dans son ouvrage *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* (1814) écrit : « *tout droit est engendré de la manière que le langage courant qualifie de coutumière, c'est à dire qu'il est produit d'abord*

⁴² J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, Les belles lettres 2001 (1^{ère} éd. 1971), p.29 et 30 ; S. Caporal, *Le thème de la loi dans l'Antigone de Sophocle*, in *Pensée politique et loi*, PUAM. 2000, p.231.

⁴³ R. Dreyfus, *Introduction générale*, in *Tragiques grecs* précité, p.XLIX.

⁴⁴ Contra : de Romilly, op. cit., p.31.

⁴⁵ P. Robert, *Diké et Thémis*, in *L'amour des lois*, L'Harmattan 1996, p.3. Comp. E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, 2, Ed. de minuit, 1969, p.107.

⁴⁶ Aristote, *Politiques*, I, 2, 1252 b.

par l'usage et l'opinion du peuple, puis par la jurisprudence. Et il est ainsi partout par des forces internes, silencieuses, non par l'arbitraire d'un législateur »⁴⁷. Son enseignement insiste donc sur l'idée que le droit est avant tout l'expression historique de la culture d'un peuple. Le paradoxe est que Portalis s'est exprimé dans des termes voisins : « *Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices. On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace. Les générations, en se succédant, se mêlent, s'entrelacent et se confondent. Un législateur isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre, s'il n'observait avec soin les rapports naturels qui lient toujours, plus ou moins, le présent au passé, et l'avenir au présent, et qui font qu'un peuple, à moins qu'il ne soit exterminé, ou qu'il tombe dans une dégradation pire que l'anéantissement, ne cesse jamais, jusqu'à un certain point, de se ressembler à lui-même* »⁴⁸.

La doctrine a donc pour mission de révéler, d'informer, le droit naturel, celui qui gît dans les faits, celui que recèle les rapports sociaux traditionnels. Elle est, ou croit être, l'organe par lequel s'exprime la conscience populaire. L'histoire d'un peuple, d'une cité, est un laboratoire : « *Interrogeant l'histoire ; elle est la physique expérimentale de la législation. Elle nous apprend qu'on a respecté partout les maximes anciennes, comme étant le résultat d'une longue suite d'observations* »⁴⁹. Le pouvoir politique a donc tort lorsqu'il s'abstrait de la réalité sociale, lorsqu'il légifère en restant sourd au discours doctrinal. Le rôle de la doctrine est d'être un médiateur entre le législateur et la tradition, entre la volonté du prince et la science juridique. Il est de décoder la réalité sociale, directement inaccessible dans sa complétude et sa complexité, et de transmettre la teneur des principes juridiques qui structurent le savoir juridique afin que les lois édictées soient adaptées, ajustées aux besoins du corps social⁵⁰. Où l'on comprend, d'une part, que l'histoire et la sociologie sont inhérentes au travail doctrinal et, d'autre part, que ce travail est indispensable à toute activité législative. « *Ainsi apparaît bien le double travail du juriste : travail vraiment scientifique, découvrir sous les faits sociaux la règle de droit ; travail d'art technique, préparer la règle coutumière ou écrite, règle constructive tendant à déterminer la portée et à garantir la réalisation de la norme* »⁵¹. En cas de coupure entre doctrine et législation, les lois produites perdent en qualité et augmentent en quantité, le législateur oubliant que tout le droit ne se trouve pas dans les lois. Le système subit alors une inévitable entropie.

Mais, l'entropie n'est pas le seul effet pervers de ce solipsisme politique. La tragédie de Sophocle en pointe un autre : la loi injuste. Face à un droit menacé de l'intérieur, dans son essence même, la doctrine, à l'image d'Antigone, se doit de combattre. L'interdiction de Créon n'est pas une loi, ou plutôt n'a de loi que le nom, parce qu'elle est injuste, disproportionnée, démesurée. On comprend qu'un traître ne reçoive pas les honneurs dus à un héros, mais il est excessif de lui refuser un enterrement « *en sorte que, cadavre sans sépulture, il soit la proie qu'oiseaux et chiens déchirent* » (205-206). Antigone se sent donc injustement condamnée pour avoir accompli un acte juste ou, plus exactement, pour avoir osé braver le pouvoir en critiquant la loi qu'il a édictée : « *je vous en prends tous à témoins : comme sans les pleurs de mes proches et sous le coup de quelles lois je m'en vais à la cave*

⁴⁷ Cité par N. Rouland, *Introduction historique au droit*, PUF. 1998, n°125.

⁴⁸ Loqué, I, 272.

⁴⁹ Portalis, *Exposé général*, Loqué, I, 324

⁵⁰ Atias, *La mission de la doctrine universitaire en droit privé*, JCP. 1980 I 2999, n°4.

⁵¹ Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd. 1927, T.I, §15, p.162.

sépulcrale de la tombe étonnante » (846-849). Dans sa bouche, l'injustice de la loi suffit à discréditer la sentence qui en est l'application et qui la frappe.

On retrouve ici ce qui deviendra une antienne de la rhétorique : le conflit entre la loi écrite et la justice. Aristote se réfère à Antigone, mais seulement pour fournir des arguments pour plaider contre ou pour la loi écrite⁵². Thomas d'Aquin ira plus loin en affirmant qu'une loi injuste n'est pas une loi, mais une corruption de la loi⁵³. Il s'agit donc d'une conception finaliste de la loi ; celle-ci n'étant qu'un instrument, qu'un guide permettant d'accéder plus aisément à la solution juste. Paradoxe une fois encore, le réalisme sociologique de Duguit rejoint, d'une certaine manière, le droit naturel thomiste. En effet, Duguit soutient que la loi écrite, qui n'est qu'un mode d'expression de la règle de droit – elle-même faisant partie de la norme sociale – de sorte qu'on ne doit point obéissance à une loi qui s'en écarte : « *la loi ne peut être obligatoire que si elle formule une norme juridique antérieure à elle et créée par la conscience même de ceux auxquels elle s'adresse* »⁵⁴. Le juge doit donc l'écarter, et le moins que la doctrine puisse faire c'est de la dénoncer et de la combattre. Duguit considère que la loi écrite n'est, pour le juriste qu'un simple document dont il doit dire si elle correspond ou non au droit véritable. Haute ambition pour la doctrine qui, dans sa fonction de recherche du juste, domine la loi, laquelle se voit ravalier au rang de simple moyen. Bien évidemment le rôle ainsi octroyé à la doctrine est conditionné par la conception du droit que l'on retient : non pas la connaissance et l'application des normes en vigueur, mais comme disait Celse l'art du bon et de l'équitable. Il correspond également à l'utilisation d'une méthode spécifique et exigeante qui, si elle est déployée avec rigueur et franchise, exposer le docteur au risque de contredire de manière frontale le pouvoir politique.

B – LA DIALECTIQUE CONTRARIEE

La révolte d'Antigone contre la loi injuste appelle la *disputatio*. Ce en quoi le personnage d'Antigone peut, sans artifice, incarner la doctrine juridique ou plutôt une espèce de doctrine : celle qui manie la dialectique pour accomplir son œuvre. En effet, Antigone ne se contente pas d'agir subrepticement pour ensevelir son frère. Elle entend pratiquer au grand jour : « *mais crie-le. Comme je te détesterai de te taire si tu ne le proclames pas à tous !* » dit-elle à Ismène qui l'assurait de sa discrétion quant à son projet funeste (86-87). Antigone n'est donc pas seulement motivée par des impératifs religieux et fraternels, sa psychologie exige un débat, un procès de l'interdit scélérat. A l'extrême, l'enjeu n'est pas tant la sépulture de Polynice – le nom de celui-ci n'étant jamais cité aux fameux vers 450 et s. – que le jugement de la loi. Antigone ne cherche ni à cacher son acte, ni à éluder l'application de la loi en prétendant qu'elle ne la connaissait pas. D'ailleurs, Créon, qui est vraisemblablement ennuyé d'avoir à condamner à mort sa nièce et sa future belle-fille, lui offre une échappatoire : « *Quant à toi, dis-moi d'un mot, sans phrase, savais-tu la défense que j'avais proclamée ?* » (446-447). Mais Antigone a besoin d'un débat sur le fond dans lequel elle pourra invoquer ses arguments, car l'essentiel est de montrer l'iniquité de la loi de son oncle. Elle refuse donc fièrement et courageusement le compromis biaisé que celui-ci lui suggère : « *Oui, comment l'ignorer ? elle était publique* » (448).

⁵² *Rhétorique*, I, 15, 1375 b.

⁵³ *Somme théologique*, I-II, Q.95, art.2 et II-II, Q.60, art.5.

⁵⁴ Duguit, op. cit. T.I, §16, p.171. Sur l'admission d'un droit de résistance à l'oppression : op. cit., T.III, §.101.

Mais la discussion, qu'Antigone aimerait dialectique, tourne court. La défense de l'interdit, par Créon lui-même, est timide. Tout juste avance-t-il l'argument de la différence de mérite entre les deux frères. Mais, sans doute est-il persuadé de la faiblesse de sa position : à partir du moment où Antigone a décidé de braver publiquement son pouvoir, à travers la controverse qu'elle tente d'instaurer à propos du caractère injuste de la loi édictée, sa seule et unique préoccupation est de ne pas céder, de se montrer inflexible. Car l'interdit, qui est la première décision politique du nouveau souverain de Thèbes, est en quelque sorte l'acte fondateur de son règne. Ne dit-il pas lui-même avant de proclamer l'interdit : « *On ne peut connaître l'âme, les sentiments, les intentions d'un homme avant qu'on l'ait vu exercer le pouvoir et donner des lois* » (175-177) ? Or, pour affirmer son autorité et tester l'obéissance de ses sujets, il édicte une prohibition excessive, démesurée, inepte. La réponse du Coryphée n'est pas innocente qui se range au plaisir du roi : « *Ainsi qu'il te plaît, fils de Ménécée* » (211). Conscient du risque qui menace son pouvoir naissant, Créon a voulu que sa décision reçoive l'aval de l'assemblée des anciens de Thèbes. Puis, son premier souci est l'effectivité de sa volonté : « *Maintenant pour veiller à cet édit ...* » (215). C'est pourquoi il décide de sanctionner une éventuelle infraction d'une peine disproportionnée : la mort. Enfin, lorsqu'il apprend la violation de son interdit, il soupçonne un complot du peuple : « *depuis quelque temps, des citoyens me supportent mal, murmurent contre moi, hochent la tête à la dérobée. Ils ne tiennent pas la nuque comme il faut sous le joug, ils ne m'acceptent pas* » (289-292).

On comprend alors mieux pourquoi Créon s'obstine à condamner Antigone, malgré la noblesse de ses intentions. L'assise de son pouvoir est ébranlée par la violation de sa première volonté de monarque régnant sur Thèbes. A la limite, l'acte de rébellion d'Antigone est moins dangereux que son attitude, que sa contestation officielle et argumentée. « *Elle savait bien qu'elle bravade c'était que de passer outre aux lois établies. Après quoi ce fut une seconde bravade que de s'en vanter et de s'en réjouir* » (480-484) éructe Créon. D'où sa position très défensive qui va consister tout au long de la pièce à justifier davantage le maintien de la sanction que l'acte dont elle est l'application. Le problème du pouvoir omnipotent face à la contradiction est abordé par préterition dans la réplique suivante : « *Antigone : Veux-tu plus que ma mort, maintenant que tu m'as prise ? Créon : Moi ? Rien d'autre ; si j'ai cela, j'ai tout.* » (497-498). La dialectique se déplace donc sur un autre plan. Il ne fait de doute pour personne que la décision de Créon est injuste⁵⁵, car contraire aux lois non écrites de la cité et des dieux. Mais, qui peut porter cette accusation devant le pouvoir politique duquel elle émane ? Ce pouvoir, qu'il soit tyrannique ou démocratique, peut-il accepter de rabattre une loi injuste sans se discréditer ? Peut-il, doit-il reconnaître son erreur ? Or, dans cette dialectique, la doctrine a un rôle à jouer. Les juristes, que les Romains appelaient prêtres de justice⁵⁶, possèdent la science qui permet de distinguer le juste de l'injuste. Leur voix font donc autorité dans le débat. Dans la Grèce antique, il n'existait pas de caste de jurisconsultes, c'est pourquoi l'un d'eux n'est pas l'organe qui fait entendre cette voix dans la pièce de Sophocle. Toutefois, Antigone en est la préfiguration. Elle est le personnage qui dit le droit, contre un pouvoir qui, à l'instar de Zeus dans le Prométhée Eschyle (403-404), veut faire passer pour loi ce qui n'est que caprice politique.

Pour des raisons inhérentes à la trame théâtrale, Antigone ne pouvait être le seul personnage à soutenir la cause de la justice. La dialectique devient donc polyphonique. Hémon, sorte de double raisonnable d'Antigone, avec laquelle il finira par fusionner dans la mort, prône à son

⁵⁵ Cependant Platon (Les lois, X, 909,c) préconise, à titre de sanction contre les impies, de laisser leur cadavre sans sépulture et hors des frontières. Sur les divers cas dans lesquels les cadavres des traîtres n'ont pas été ensevelis, voir G. Steiner, *Les Antigones*, trad. franç. Gallimard 1986, p.130.

⁵⁶ D. 1, 1, 1, 1.

père la mesure, l'humilité et préconise le compromis : « *Ne te mets pourtant pas dans l'esprit que soit seul bon ton avis et rien d'autre, car celui qui croît être seul sage et avoir âme et langage exceptionnels, on le trouve vide si on regarde de près. Pour un homme, fût-il savant, il n'est pas honteux de s'instruire et de ne pas trop s'entêter* » (705-711). La réponse de Créon, qui ne supporte pas cet appel à la réflexion et à la discussion, est cinglante : « *Misérable ! Quand tu viens juger ton père ? Hémon : Parce que je te vois faillir à la justice. Créon : Je suis en faute quand je fais respecter mon pouvoir ?* » (742-744). La dialectique entre la justice et le pouvoir est ici à son paroxysme, même si le discours d'Hémon a une coloration nettement plus politique que celui de sa fiancée. Mais Créon reste enfermé dans son solipsisme politique. Tout au plus consent-il à expliquer à son fils les raisons de son entêtement en se référant à la nécessité de l'ordre social et de l'obéissance au chef quel que soit le mérite de ses décisions : « *Quiconque viole effrontément les lois et pense donner des ordres au pouvoir ne risque pas de recevoir de moi des louanges. Le chef que s'est donné la ville, il faut l'écouter dans le détail, dans ce qui est juste ou non. Je suis certain qu'un homme saura bien commander s'il a consenti à bien obéir et si, dans la tourmente de la bataille, il a gardé son rang en brave et loyal soldat. Il n'est pas de plus grand mal que l'anarchie ; elle perd les cités (...)* » (663-673). Cet argumentaire ressemble à celui qu'Aristote propose dans sa Rhétorique lorsqu'il s'agit, pour un plaideur, de contrer la tactique de son adversaire consistant à soutenir que la loi écrite invoquée est injuste parce que contraire aux lois non écrites : « *chercher à être plus sage que les lois est précisément ce qui est interdit dans les lois qu'on cite* »⁵⁷.

Puis c'est au tour de l'aveugle Tirésias de porter la contradiction : « *Il arrive à tout homme de faillir mais celui qui, tombé dans le mal, veut, après la faute, s'en guérir et non s'y entêter n'est sot ni malheureux. La présomption est une maladresse condamnable. Pardonne au mort, ne pourfends pas un cadavre. Quelle vaillance y a-t-il à retuer un mort ? Mon conseil est bon et bienveillant. C'est un plaisir d'entendre un bon conseil quand il est profitable* » (1024-1032). Acculé Créon en est réduit à des attaques *ad hominem* qui le ridiculisent. Antigone n'est qu'une femme – « *(...) moi vivant, une femme ne commandera pas.* » (525) –, son fils est une « *âme impure soumise à la femme* » (756) et Tirésias un devin corrompu qui veut faire du tort (1035-1059). En se déroband ainsi au débat dialectique, Créon biaise les règles du jeu. Il refuse de soumettre à l'épreuve de la dispute les vrais arguments qui étayaient sa décision obstinée. Ce n'est qu'à la fin, une fois que Tirésias a révélé les terribles oracles sur sa famille – « *Alors, à ton tour, sache bien qu'il n'est plus guère de course où le soleil fera courir son char avant que tu aies fourni aux morts un mort issu de tes entrailles* » (1604-1067) – qu'il lâche désespéré : « *Céder est terrible* » (1096). Terrible pour l'orgueilleux tyran qu'il est, mais aussi pour l'ordre de la cité qui ne peut qu'être perturbé par une désobéissance aux lois demeurée impunie. Finalement l'échec de Créon est triple : non seulement sa loi a été enfreinte et il se déconsidère en revenant sur une position qu'il avait défendue avec acharnement, mais surtout cette rétractation tardive et contrainte ne peut que cause l'émoi et le désordre dans la cité de Thèbes. Mais il s'incline devant une crainte qui le dépasse et le terrasse, celle de la fatalité d'un avenir sombre et implacable : « *Oh ! qu'avec peine je renonce à ma volonté, mais on ne peut pas lutter contre le destin* » (1105-1106). Il accepte alors d'entendre le conseil du Choryphée : « *Il faut de la prudence, fils de Ménécée* » (1098). Cette vertu de prudence, qui lui a fait tant défaut, est précisément celle que le juriste met en œuvre et qui est la marque de sa science : la *jurisprudencia*.

⁵⁷ Rhétorique, I, 15, 1375 b.

La dialectique oppose donc la justice à l'ordre. Certes, le chaos est une cause indubitable d'injustice et il ne peut exister de justice véritable sans un minimum d'ordre. Mais faut-il aller jusqu'à préférer une injustice plutôt que d'admettre qu'une loi ne soit pas respectée ? Car enfin, il n'est pas évident que la violation d'une loi cause nécessairement du désordre. D'ailleurs, dans la pièce de Sophocle, c'est l'obstination de Créon à vouloir faire respecter la loi qui est source de désordre. Le nouveau chef des Thébains aurait été mieux inspiré d'écouter les arguments avancés par Antigone, Hémon et Tirésias et de refuser d'infliger à une sœur atterrée par le chagrin un châtement injuste. Son pouvoir n'aurait-il pas été conforté par cette preuve de sagesse et de tolérance ? Au surplus, l'ordre social est-il une valeur en soi ? N'y a-t-il pas une part d'utopie et de vanité à croire à la perfection de l'ordre établi ? N'est-ce pas faire preuve de l'*hubris* tant redoutée que de sacrifier la justice sur l'autel de l'ordre et de la sécurité juridique ? Ce sont, en somme, les questions posées au pouvoir politique au cours de cette tentative de discussion dont la dimension dialectique est contrariée par un interlocuteur qui refuse d'imaginer que ses lois puissent être l'objet de controverses légitimes. Dans ces conditions, la doctrine qui tente d'instaurer un tel débat se doit non seulement d'être courageuse, mais aussi indépendante.

C – L'INDEPENDANCE DESTRUCTRICE

Deux objections peuvent être formulées à l'encontre de la thèse selon laquelle Antigone peut être une image spéculaire de la doctrine juridique. En premier lieu, Antigone n'est pas juriste. Du reste il n'y en a aucun dans la pièce de Sophocle qui pourtant a pour thème la justice. Rien d'étonnant à cela puisqu'à l'époque ce savoir n'était l'apanage d'aucune corporation. Le droit était, comme la politique, la chose des citoyens. Mais l'absence d'organe n'implique pas l'absence de fonction doctrinale. En second lieu, Antigone n'est pas neutre, mais partie prenante. Elle défend une cause, celle de son frère et, du même coup, la sienne. Elle ne théorise pas, mais agit. Au contraire, la doctrine juridique est (ou doit être), pour certains, neutre et spéculative. Elle décrit le droit positif en l'ordonnant, transmet un savoir en le systématisant et parfois propose de *lege ferenda* des solutions, des constructions. Comment dès lors reconnaître la doctrine juridique dans la figure d'Antigone ? En admettant qu'Antigone nous renvoie une image de la doctrine, c'est celle d'une doctrine agissante, partisane, engagée pour défendre des valeurs, présente dans la pratique du droit⁵⁸.

C'est que la neutralité descriptive de la doctrine juridique n'est qu'un rêve scientifique. Il est intellectuellement concevable de distinguer le décrire et le prescrire, l'être et le devoir être. Mais cette distinction est impraticable tant les choses sont, en réalité, entremêlées. Au mieux, les docteurs qui prétendent que leur description du droit positif accède à la neutralité légitime les règles qu'ils décrivent. Un auteur a montré que décrire dans des revues juridiques, sous l'occupation allemande, le contenu normatif des lois raciales du régime de Vichy, produit nécessairement un double effet d'anesthésie et de reconnaissance⁵⁹. Au pire, l'affirmation de la neutralité du discours doctrinal a pour effet, par un phénomène d'hypostase, de dissimuler

⁵⁸ Il faut toutefois faire abstraction du passage à l'acte, de l'infraction à la loi. L'acte de désobéissance commis par Antigone n'a pas d'équivalent dans le rôle de la doctrine. Pour s'opposer la doctrine n'a pas forcément à enfreindre la loi. Donc l'image doctrinale d'Antigone n'est vraiment pertinente qu'à partir de son dialogue avec Créon, abstraction faite de l'acte répréhensible.

⁵⁹ D. Lochak, *La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ?*, 1, *Une neutralité impossible*, in *Théorie du droit et science*, dir. P. Amselek, PUF. 1994, p.293.

les opinions et les valeurs personnelles d'un auteur en les présentant comme l'état du droit positif. Non, la doctrine ne saurait être neutre, car le droit est une science axiologique. Or comment décrire de manière neutre une matière qui ne l'est point ? En outre, les valeurs enserrées dans la trame juridique ne sont pas univoques. Le droit est un lieu de conflits axiologiques. Dès lors, comment l'observateur ou l'interprète rendrait-il compte d'une évolution sans prendre partie sur sa pertinence et ses mérites ?

Si la doctrine ne peut être neutre, elle n'est pas non plus cantonnée dans une fonction théorique. Même si on limite la doctrine aux universitaires, force est de constater que, bien heureusement, ils ne font pas que spéculer. Certains sont praticiens, renouant ainsi avec la tradition⁶⁰, beaucoup consultent pour les justiciables, tous, ou presque, façonnent le droit par leurs écrits, leurs cours, leurs recherches. Le docteur n'est pas (ne doit pas être) dans les nuées à s'occuper de futilités, comme le Socrate d'Aristophane, mais il est (doit être) ancré résolument dans la réalité sociale, économique, judiciaire. Son crédit en dépend. Si la doctrine veut exister, elle doit agir, affirmer ses choix, défendre ses valeurs et ne pas se contenter de rendre compte platement de la dernière loi ou de l'actualité jurisprudentielle. C'est l'attitude intègre d'Antigone. C'est ce qui fait sa grandeur et a causé son malheur.

Pour assumer son rôle, la doctrine doit veiller à deux priorités. Tout d'abord, entretenir en son sein le débat, la discussion. On peut par simplification personnifier la doctrine, mais il ne faut pas oublier qu'elle est constituée d'une pluralité d'individus et donc d'opinions. La diversité qui la compose n'entame pas son existence. Au contraire, elle enrichit sa substance. Plutôt qu'une stérile recherche du conformisme, mieux vaut assumer ses contradictions. Ensuite, la doctrine doit veiller à son indépendance par rapport au pouvoir politique. C'est l'incalculable enseignement d'Antigone. Elle s'oppose au prince, au prix de sa vie, en dénonçant l'injustice de la loi. En ce faisant, elle renonce à la passivité et blâme la douce Ismène : « *Je n'aime pas qu'on aime qu'en paroles* » (543). Non que les paroles soient toujours inefficaces, car Antigone dérange le pouvoir plus par ses paroles que pas ses actes, mais il faut les rendre publiques, les faire connaître. Pourtant la lutte est inégale entre la parole et la force, la justice et les lois positives. En effet, en oblitérant la discussion, Créon entend se placer sur le terrain de la force. Or, que peut la doctrine contre la puissance ? La défaite était inéluctable et annoncée dès le prologue par Ismène : « *il ne faut jamais poursuivre l'impossible* » (92).

Entreprise insensée que la doctrine entreprend de contredire le pouvoir politique : *Auctoritas* contre *Potestas*, aucun équilibre. Ce combat désespéré est symbolisé par l'opposition entre la féminité et la masculinité. Ismène prévient : « *regarde comme nous périrons si, enfreignant la loi nous passons outre aux décrets des maîtres, à leur pouvoir. Il faut songer que nous sommes femmes, que nous ne pouvons lutter contre les hommes* » (59-62). Créon, agacé par la résistance d'Antigone, déclame : « *Maintenant je ne suis plus un homme, c'est elle l'homme si elle triomphe ainsi impunément* » (84-85). Et plus loin il avoue à son fils : « *Ainsi les mesures d'ordre doivent être maintenues, elles ne doivent pas céder devant une femme. Mieux vaut, s'il le faut, reculer devant un homme et qu'on ne dise pas que nous cédon aux femmes* » (677-680). Le message est clair, Créon ne cède que devant la force, la contrainte, pas devant la justice ou la sagesse. D'ailleurs, il ne renoncera qu'après la divulgation de l'horrible oracle de Tirésias annonçant la mort prochaine de Hémon. Puissance et faiblesse de la doctrine hermaphrodite. Elle détient l'*auctoritas*, ce qui l'incite à l'action, à l'engagement, mais ne peut rien contre un pouvoir sourd qui ne comprend que la logique de la force, ce qui la voue à l'impuissance. En assumant pleinement son rôle, elle court à sa perte. La position consistant à

⁶⁰ C. Jamin, *La rupture de l'Ecole et du Palais dans le mouvement des idées*, in Mélanges Mouly, Litec 1998, T.I, p.69.

soutenir une justice contraire à la loi positive est effectivement inconfortable, intenable. L'expression dont Antigone s'affuble est, à cet égard, révélatrice : elle est une « *pieuse malfaitrice* » (74) ; comme Antigone est entre féminité et masculinité, la doctrine est entre théorie et pratique, entre « *faire savoir et savoir faire* »⁶¹. La doctrine, comme Antigone, risque l'anéantissement en s'affirmant contre la loi du prince. Créon ordonne d'enfermer Antigone dans un antre rocheux avec juste assez de quoi manger pour l'y laisser « *seule et abandonnée, soit qu'elle doive y mourir soit y vivre ensevelie* » (887-888). Le pouvoir tyrannique tente ainsi de détruire la doctrine qui le contredit en l'excluant, par la contrainte, de la vie sociale, la rendant ainsi à la fois inoffensive et inutile. Mais, l'exclusion peut aussi s'effectuer en douceur, en rognant peu à peu son indépendance, en grignotant ses moyens, en dévalorisant son statut, en l'assommant de tâches administratives et pédagogiques. Même dans un régime démocratique, la doctrine n'est pas à l'abri des méfaits du pouvoir et son indépendance n'est point définitivement assurée.

Cette indépendance est d'autant plus vitale lorsque l'Etat joue un rôle considérable dans la création du droit. L'histoire apprend que l'autorité doctrinale a tendance à être inversement proportionnelle à la puissance et au rayonnement du souverain. A Rome, l'Empire a progressivement stérilisé les *jurisprudentes* en les fonctionnalisant. Le déclin guette dans « *l'ombre du pouvoir* »⁶², dans les couloirs de la chancellerie. En accordant le *jus respondendi* et des hautes charges publiques, l'empereur honore moins le savoir des juristes qu'il ne contrôle et aliène leur liberté. Le pouvoir politique qui ne supporte pas la discussion, qui n'écoute plus la voix de l'autorité et de la tradition, qui veut « *parler toujours sans jamais rien entendre* » (Hémond, 757), rêve d'une doctrine servile, inféodée, bref inexistante ; d'une doctrine enchaînée à l'image de Prométhée, dans la tragédie d'Eschyle, à cause de sa science et des risques que la transmission de ce savoir fait peser sur le pouvoir. D'une doctrine qui serait à la botte, sous la férule, à l'image du « *brave et loyal soldat* » (671) vanté par Créon⁶³. Contre la doctrine qui aspire à l'indépendance, la menace du pouvoir peut être lourde : « *il ne sied pas de faire le fier quand on est au pouvoir d'un maître* » (478-479). On trouve une pensée similaire chez Hobbes, pour qui l'appréciation de ce qui est juste et raisonnable appartient exclusivement au prince, et non aux légistes⁶⁴. Il n'est pas anodin que Hobbes voue une hostilité féroce aux universités qu'il accuse de tromper ceux qu'elles ont pour mission d'instruire, en propageant des doctrines séditieuses⁶⁵. La doctrine, dont le lieu privilégié d'expression est l'université, devrait se contenter d'enseigner les lois, sans les critiquer ni tenter d'en discuter la justice. L'opinion de Kant n'est guère plus nuancée qui cantonne le rôle du juriste à la connaissance des lois promulguées par le souverain en lui interdisant de rechercher ailleurs le juste et en lui déniait tout droit à la critique⁶⁶. L'erreur consisterait à

⁶¹ F. Ost et M. Van de Kerchove in *Annales de droit de Louvain*, 1/1997, p.31 et s.

⁶² J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, Montchrestien 2^{ème} éd. 1999, p.286.

⁶³ Il n'est pas inutile de rappeler que sous l'empire napoléonien les professeurs de droit étaient nommés par l'empereur, prêtaient un serment d'obéissance aux constitutions de l'empire et de fidélité à l'empereur qu'ils devaient servir (Décret du 21 sept. 1804). Voir : Troplong, *Du pouvoir de l'Etat sur l'enseignement*, 1844, qui tente de montrer que le souverain quel qu'il soit a toujours voulu contrôler l'enseignement. Voir aussi l'anecdote concernant Toullier refusant de communiquer ses notes de cours à la censure des inspecteurs généraux et qui fut, sous la restauration suspendu de ses fonctions de Doyen (J. Charmont et A. Chausse, *Les interprètes du Code civil*, in *Le livre du centenaire*, 1904, T.I, p.145.

⁶⁴ Léviathan, trad. Tricaud, Sirey 1971, Ch.XXVI ; 3^o et 7^o, p.284 et 288.

⁶⁵ Op. cit., Ch.XXX, p.365 et 366.

⁶⁶ E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, 1^{ère} partie, *Doctrine du droit*, trad. franç. Vrin 1993, *Introduction*, §.B, p.104 ; *Le conflit des facultés*, trad. franç. Vrin 1988, p.23 : « *Le juriste érudit recherche les lois qui garantissent le mien et le tien (s'il procède, comme il le doit, en fonctionnaire de l'Etat) non dans sa raison, mais dans le Code officiellement promulgué, sanctionné par l'autorité suprême. On ne peut légitimement lui demander de prouver leur vérité et leur bien-fondé, ni de les défendre contre les objections de la raison. Car se sont d'abord*

croire cette conception surannée ; voilà ce que déclarait l'influent Charles Aubry lors de la séance de rentrée des Facultés de Strasbourg en 1857 : « *La mission des professeurs appelés à dispenser au nom de l'Etat l'enseignement juridique est de protester, avec mesure, sans doute, mais aussi avec fermeté, contre toute innovation étrangère à celle du législateur* »⁶⁷.

Il n'empêche que Créon finit, mais trop tard, par entendre raison sous la pression des malheurs qui menacent de s'abattre sur sa famille : « *je crains bien que le mieux soit d'observer, tant qu'on est vivant, les lois existantes* » (1136-1137) et non d'imposer sa volonté arbitraire en l'érigeant en loi positive. Il reconnaît avoir inversé l'ordre des choses : alors que la force doit être soumise à la loi, il a fait de la loi un instrument de sa force. La mythologie apprend pourtant que, pour vaincre les Géants, Zeus obéit à l'ordre de Thémis en revêtant la peau de la chèvre Amalthée, qui s'est avérée être une cuirasse impénétrable : l'Égide. Le pouvoir politique, lorsqu'il est régi par le seul arbitraire des gouvernants, et ne se place pas sous l'égide des lois mais au dessus d'elles, ne peut longtemps perdurer. Pour l'avoir oublié, Créon s'est lui-même détruit en voulant anéantir la contradiction. La force pour être légitime doit s'intégrer dans le droit⁶⁸.

Ni Antigone, la doctrine intègre, ni Créon, le tyran obstiné, n'ont un sort enviable. Le second reste seul, sans famille, accablé par le poids des suicides successifs de son fils et de sa femme sur la conscience. Surtout, les propos très durs que tient le serviteur de Créon à l'encontre de son maître, en le désignant comme l'assassin de sa femme et son fils, laissent penser que le souverain est désormais isolé de son peuple, discrédité qu'il est d'avoir bafoué ses coutumes, de s'être entêté par orgueil, pour finalement céder par égoïsme. La première finit pendue dans une « *tombe souterraine* » (886), le refus de tout compromis et l'impossibilité de passer de la « *sagesse tragique* » à la « *sagesse pratique* »⁶⁹, l'ayant mené à l'enfermement et à la destruction. Son intégrité a causé sa perte. La « *pieuse malfaitrice* » a fait face au meurtrier légaliste et s'est brisée contre son intransigeance au prix de sa vie. Ces deux figures ont été le siège de l'*hubris* ravageuse. Toutes les deux sont privées de descendance. Antigone, qui signifie littéralement absence d'enfant, est donc l'image de la doctrine stérile ; celle qui ne donne pas de fruit et ne produit pas de disciple. Peut-être parce que l'exemple qu'elle donne est non seulement héroïque, mais aussi terrifiant. Curieuse Antigone qui en quête de justice incarne, comme son oncle, la figure de la démesure et donc, quelque part, de l'injustice : « *En allant à l'extrême de l'audace tu t'es heurtée durement contre le haut piédestal de la Justice, ô ma fille, durement* » (853-855) chante le Chœur.

les ordonnances qui font qu'une chose est juste ; quant à rechercher si ces ordonnances elles-mêmes sont justes, c'est là une question que les juristes doivent carrément refuser d'entamer, comme contraire au bon sens. Ce serait ridicule de vouloir se soustraire à l'obéissance d'une volonté extérieure et suprême, sous prétexte que celle-ci ne s'accorde pas avec la raison. Car le respect dû au gouvernement consiste précisément en ceci que celui-ci ne laisse pas aux sujets la liberté de juger de ce qui est juste ou injuste, suivant leurs propres conceptions, mais suivant la prescription du pouvoir législatif». Kant va jusqu'à nier toute possibilité de résister légalement à l'oppression et aux abus du souverain : *Doctrines du droit*, op. cit., II, I, A, p.2011 et s.

⁶⁷ Cité par J. Bonnetcase in *L'Ecole de l'exégèse en droit civil*, 1924, n°48, p.134.

⁶⁸ F. Génay, *Justice et force (pour l'intégration de la force dans le droit)*, in *Etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Dalloz 1939, p.241.

⁶⁹ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Points 1990, p.288.

II – BUSIRIS, OU LA DOCTRINE COURTISANE

La guerre de Troie n'aura pas lieu occupe une place particulière dans l'œuvre de Jean Giraudoux : elle est la pièce la plus connue et la plus jouée, mais pas celle que son auteur préférerait. Le contexte historique de sa création, en 1935, n'est sans doute pas étranger à son succès, puisque le thème principal traite de la préparation de la guerre et des vaines tentatives pour l'éviter, quatre années seulement avant le déclenchement de la deuxième guerre mondiale. Mais plutôt que d'ancrer cette « *comédie dramatique* », comme la qualifiait Giraudoux lui-même, dans l'actualité contemporaine, l'auteur choisit d'imaginer un prélude à l'Iliade en mettant en scène les instants qui précèdent la mythique guerre de Troie. Cette double mise à distance du sujet, par sa transposition dans un monde antique et mythologique, confère à la pièce de Giraudoux un parfum intemporel ; elle est construite comme un parangon des préliminaires belliqueux, de l'activité diplomatique et des ultimes tractations des dirigeants des nations. C'est une pièce sur le combat désespéré pour la paix qui débouche sur l'inéluctable guerre, une réflexion sur le destin – cette « *forme accélérée du temps* » comme dit Cassandre (Acte I, scène 1) –, la fatalité et les passions humaines. Le sujet n'en est évidemment pas le droit.

Pourtant, un personnage secondaire, dont l'intervention ne contribue nullement à la progression du drame mais fournit l'occasion de répliques ironiques et de situations désopilantes, suscite de l'intérêt pour la présente étude : Busiris. Sa brève apparition se situe (acte II, scène 5) lors des débats qui opposent Hector le guerrier formidable, partisan de la paix et de la restitution d'Hélène aux grecs, et Demokos le poète inquiétant, chanteur grotesque de la beauté d'Hélène et zéléteur de la guerre⁷⁰. Alors que le premier prône la discussion avec les grecs, le second considère qu'il faut empêcher leur débarquement sous peine d'être « *la risée du monde* ». Or, pour donner poids et crédit à l'opinion qu'il défend, Demokos requiert un soutien : « *Avance, Busiris. Ta mission commence* ». Surpris Hector s'interroge sur l'identité de ce personnage (« *Quel est cet étranger ?* »). « *Cet étranger est le plus grand expert vivant du droit des peuples* » lui réplique Demokos. Si l'intervention de Busiris est anecdotique pour la compréhension de la pièce et la suite de son déroulement, elle est en revanche intéressante par l'image qu'elle renvoie du juriste. La consultation qu'il donne et le dialogue avec Hector qui s'en suit dessinent l'image d'une doctrine courtisane, asservie aux puissants qui lui dictent ce que le droit doit être. Contrairement à la figure d'Antigone, dont l'intervention se situe après la guerre, l'image renvoyée par Busiris, qui intervient avant la guerre, est celle d'une doctrine instrumentalisée et pleutre.

Le juriste que Giraudoux peint sous les traits de Busiris n'est pas à son avantage. Indépendamment du dialogue avec Hector, son patronyme contient une charge critique qui suffit à le décrédibiliser, et à travers lui atteindre la profession dans sa fonction, sa méthode et son statut. En effet, la fonction doctrinale n'est plus la douloureuse et incertaine quête du juste, mais la légitimation de la cause de celui qu'elle sert (A) ; la méthode n'est plus la dialectique mais l'analytique, même si celle-ci se révèle inadaptée à la science juridique (B) ; le statut doctrinal, enfin, n'est plus celui de l'indépendance mais de la soumission servile, ce qui permet d'échapper à la destruction mais pas au discrédit (C).

⁷⁰ Il a d'ailleurs pour ambition d'écrire un chant de guerre en comparant le visage de celle-ci à celui d'Hélène (acte II, scène 4), alors que la tradition dépeint le visage hideux de la guerre en l'affublant des cheveux de la méduse et de la bouche de la Gorgone.

A – LA LEGITIMATION D’UNE CAUSE

Il est instructif de chercher pourquoi Giraudoux a nommé Busiris le juriste qu’il met en scène⁷¹. Dans la mythologie grecque, Busiris, fils de Poséidon et de Libyé ou de Lysianassa selon les traditions, est un cruel roi d’Égypte. Après avoir tenté d’enlever les belles Hespérides, il décida, sur les conseils du devin chypriote Phrasios, de sacrifier à Zeus chaque année un étranger dans le but de faire cesser une période de mauvaises récoltes. Après avoir commencé par sacrifier Phrasios, il voulut en faire de même avec Héraclès qui passait par l’Égypte en quête des pommes d’or. Mais, après avoir été fait prisonnier, Héraclès parvint à se délivrer et à tuer le tyran. A première vue, l’histoire de Busiris ne fournit aucune clé de compréhension de la fonction du juriste dans *La guerre de Troie n’aura pas lieu*. Toutefois, l’énigme est aisément résolue si l’on considère l’un des genres prisés de la rhétorique grecque : le genre épидictique, en général, et l’éloge paradoxal, en particulier. Il s’agit d’un exercice pratiqué avec délectation par les sophistes consistant à louer ce qui est méprisable. Ainsi on attribue à Alkidamas des Eloges de la mort, des bourdons et du sel. On doit à Polycratès l’*Accusation de Socrate* et l’*Eloge de Busiris*. Ces deux sophistes sont pris à partie par Isocrate (436-338 av. J.-C.), qui est leur contemporain. Celui-ci, logographe de profession, ouvrit à Athènes une école d’éloquence vers 390 et rédigea le discours *Contre les sophistes*. Pour montrer la supériorité de son éloquence et attirer vers son école le maximum d’élèves, il se plaça également sur le terrain de ses adversaires en se prêtant au genre de l’éloge paradoxal. C’est ainsi qu’il publie l’*Eloge d’Hélène* et *Busiris*⁷². Ce dernier discours est une critique de celui de Polycratès qui érigeait Busiris en bienfaiteur de l’humanité tout en le faisant anthropophage. La polémique incisive qu’Isocrate entretient avec le sophiste ne porte pas sur le fond, dont la puérité ne lui échappe pas, mais uniquement sur la forme, sur la manière de dresser l’éloge du tyran xénophobe. Dans l’introduction de son *Busiris*, Isocrate reproche à Polycratès rien moins que d’être parvenu dans ces deux discours à un résultat contraire au but qu’il s’était proposé d’atteindre, c’est à dire à un panégyrique de Socrate et un dénigrement de Busiris !

En désignant le juriste par le patronyme de Busiris, il est probable que Giraudoux, ce normalien grand connaisseur de la Grèce antique, ait voulu l’assimiler, aux rhéteurs, ou peut-être aux sophistes⁷³. Le Busiris qui dialogue avec Hector soutient en effet deux thèses contradictoires en quelques minutes, comme les sophistes savaient trouver les arguments pour louer ou blâmer un personnage, accuser ou défendre une même cause. Cette rhétorique dévoyée, qui a été condamnée par les plus grands rhéteurs, était cependant de pratique courante. Dans le *De Oratore*, Cicéron prête au rhéteur Antoine des propos cyniques sur les

⁷¹ On vu dans le personnage de Busiris Nicolas Politis, ministre de la Grèce en France, professeur honoraire de la Faculté de droit de Paris, nommé en 1935 arbitre dans le conflit italo-abyssinien. D’ailleurs, la scène de Busiris, qui ne figurait pas dans la pièce d’origine, a été ajoutée tardivement par Giraudoux au cours des répétitions (entre septembre et novembre 1935). Voir G. Graumann, « *La guerre de Troie* » *aura lieu*, *La préparation de la pièce de Giraudoux*, CWK Gleerup 1979, Etudes romanes de Lund, T.30, p.122 et s.

⁷² Voir : Isocrate, *Discours*, T.I, Les Belles Lettres 1956, trad. G. Mathieu et E. Brémond.

⁷³ A condition de voir dans la sophistique une déviance de la rhétorique ; ce qui est historiquement inexact puisque ceux qui se désignaient du nom de sophiste, qui en grec signifie sagesse, qualifiaient la rhétorique de philosophie véritable. Isocrate lui-même présentait la rhétorique comme une philosophie ; s’il critiquait les sophistes ce n’est que sur la forme et les techniques employées. Il ne ménageait d’ailleurs pas les platoniciens. A cet égard, il est intéressant de souligner que, dans l’argument anonyme qui ouvre le *Contre les sophistes*, le terme sophiste recouvrait déjà trois sens contradictoires dont seul le dernier est péjoratif.

liens délicats existant entre rhétorique et vérité : « *chacun d'entre nous, à propos d'une même thèse, plaidera successivement le pour et le contre, et cependant de ces deux attitudes il n'y en a qu'une qui puisse être la bonne. Sachez donc qu'il s'agit ici d'un art qui repose sur le mensonge, qui parvient rarement à la connaissance du vrai, qui cherche à exploiter les opinions et souvent même les erreurs des hommes* »⁷⁴. Cette opinion n'est pas nouvelle. La réputation des sophistes n'était déjà pas reluisante dans les dialogues socratiques⁷⁵. Le sophiste y est présenté comme un chasseur de jeunes gens riches qui commercialise avec profit des discours et des études qui ont la vertu pour objet. L'image que le Busiris de Giraudoux renvoie du juriste est celle d'une personne qui, connaissant les lois et participant à l'élaboration de certaines d'entre elles, instrumentalise la science qu'il maîtrise en fonction des intérêts qu'il doit servir. Comme le sophiste est de la race des illusionnistes de la parole⁷⁶, le juriste serait de celle des illusionnistes du raisonnement.

La scène, dans laquelle Busiris intervient, confirme la dimension sophistique que Giraudoux attribue au juriste. Introduit par Demokos, le poète partisan de la guerre, il a pour mission de convaincre Hector d'empêcher le débarquement des Grecs. Pour y parvenir il invoque des règles du droit de la guerre et déploie trois arguments démontrant que ces derniers les ont enfreintes et menace de façon illégitime la cité de Troie. Or, laisser débarquer les Grecs et entamer avec eux des pourparlers reviendrait, dans ces conditions, à retirer aux Troyens « *cette qualité d'offensé qui [leur] vaudra, dans le conflit, la sympathie universelle* ». Le premier argument avancé par Busiris consiste à relever que les Grecs ont hissé leur pavillon au rami et non à l'écoulière⁷⁷. Or, un navire de guerre ne hisse sa flamme au rami que pour répondre au salut d'un bateau chargé de bœufs : « *devant une ville et sa population, c'est donc le type même de l'insulte* ». Le deuxième argument souligne que la flotte grecque, en pénétrant dans les eaux territoriales troyennes, « *a adopté la formation dite de face* ». Or, cette formation est qualifiée de mesure « *offensive-défensive* », et non de mesure « *défensive-offensive* » comme il en avait été question au cours d'un congrès auquel participait Busiris. La conclusion ne souffre pas de discussion : « *elle est donc bel et bien une des formes larvées du front de mer qui est lui-même une forme larvée de blocus, c'est à dire qu'elle constitue un manquement au premier degré !* ». Enfin, le dernier argument est, selon l'opinion de Busiris, moins grave. « *Une des trirèmes grecques a accosté sans permission et par trahison. Son chef Oïax, le plus brutal et le plus mauvais coucheur des Grecs, monte vers la ville en semant le scandale et la provocation, et criant qu'il veut tuer Pâris. Mais, au point de vue international, ce manquement est négligeable. C'est un manquement qui n'a pas été fait dans les formes* ».

La consultation donnée par Busiris révèle, en apparence du moins, le droit ; elle fournit une solution juridique au problème posé aux dirigeants troyens qui se divisent quant à la décision à prendre : la guerre ou la paix. Le droit international, tel qu'exposé par Busiris, et les faits, tels qu'il les rapporte, conduisent nécessairement à la guerre. La décision politique devrait donc puiser sa substance dans la solution juridique proposée par le savant. Le processus décisionnel est ici inversé par rapport à celui utilisé par Créon ; ce dernier estimant que sa décision politique devait primer le droit coutumier de la cité de Thèbes. Mais la façade s'effondre en quelques instants lorsque Hector demande à Busiris de lui trouver sur-le-champ une thèse qui permette au Sénat de dire qu'il n'y a pas eu de manquement de la part des Grecs, qui ne sont, à ses yeux, que de simples « *visiteurs* ». Après quelques protestations, sur

⁷⁴ Ciceron, *De Oratore*, II, VII, 30.

⁷⁵ Voir notamment Platon, *Protagoras* et *Le sophiste*.

⁷⁶ Platon, *Le sophiste*, 235 b).

⁷⁷ Les mots rami et écoulière n'existent pas dans la langue française. Le verbiage et l'utilisation abusive de néologisme, dont abusent souvent les juristes, sont ici critiqués par Giraudoux.

lesquelles il faudra revenir, Busiris cède aux lourdes menaces et aux alléchantes propositions d'Hector en acceptant de donner une interprétation radicalement contraire à celle qu'il vient de déclamer avec l'assurance du savant. Le revirement est complet : « *Pour le premier manquement, par exemple, ne peut-on interpréter dans certaines mers bordées de régions fertiles le salut au bateau chargé de bœufs comme un hommage de la marine à l'agriculture ?* » ... « *Sans compter qu'une cargaison de bétail peut être une cargaison de taureaux. L'hommage en ce cas touche à la flatterie* » ; « *Quant à la formation de face, il est tout aussi naturel de l'interpréter comme une avance que comme une provocation. Les femmes qui veulent avoir des enfants se présentent de face, et non de flanc* » ... « *D'autant que les Grecs ont à leur proue des nymphes sculptées gigantesques. Il est permis de dire que le fait de présenter aux Troyens, non plus le navire en tant qu'unité navale, mais la nymphe en tant que symbole fécondant, est juste le contraire d'une insulte. Une femme qui vient vers vous nue et les bras ouverts n'est pas une menace, mais une offre. Une offre à causer en tout cas ...* ».

La consultation de Busiris tourne donc à la farce. Le ridicule de son revirement n'a d'égal que celui des arguments censés étayer de sa position initiale. Mais il est révélateur de l'aptitude du juriste savant à soutenir des thèses opposées, voire contradictoires, avec la même apparence de scientificité. On mesure la distance qui sépare Antigone de Busiris et, par conséquent, les deux représentations de la doctrine que ces personnages suggèrent. L'une s'emploie à défendre l'idée qu'elle se fait de la justice, l'autre met son savoir au service d'une cause, fût-elle injuste, qu'on lui demande de soutenir. Alors que la défense de la cause de son frère devient rapidement accessoire dans le discours d'Antigone, cédant la place à une quête du juste, la consultation de Busiris suit un chemin inverse : présentée comme le fruit du « *plus grand expert vivant du droit des peuples* », elle se transforme en une pure rhétorique et n'a d'autre finalité que son propre succès. Si le débat entre Antigone et Créon questionne les grands problèmes politiques relatifs à la cité et plus particulièrement celui du conflit entre la puissance du souverain et la justice, le dialogue entre Busiris et Hector ne parvient pas à quitter la technique juridique et occulte les véritables enjeux. Et ce n'est pas faute pour Hector d'avoir tenté de donner du sens au débat et de réintroduire une finalité dans le droit : « *Si le droit n'est pas l'armurier des innocents, à quoi sert-il ?* ». Mais, cette fois, c'est le juriste qui demeure hermétique à ce questionnement épistémologique et refuse de se risquer sur un chemin qui l'éloignerait de l'artifice technique dans lequel il se complait.

A cet égard, les brefs échanges sarcastiques entre Busiris, Hector et Hécube⁷⁸ sont révélateurs. A la suite de l'exposé de la première violation de la règle internationale (flamme hissée au ramat), Busiris cite un précédent au cours duquel les Grecs avaient agi de la même façon en entrant dans le port d'Ophéa : « *La réponse a été cinglante. Ophéa a déclaré la guerre. Hector : Et qu'est-il arrivé ? Busiris : Ophéa a été vaincue. Il n'y a plus d'Ophéa, ni d'Ophéens. Hécube : Parfait. Busiris : L'anéantissement d'une nation ne modifie en rien l'avantage de sa position morale internationale* ». Quant au second manquement, Busiris s'appuie également sur un précédent : « *Les navires grecs, il y a cinq ans, ont adopté la formation de face en ancrant devant Magnésie. Magnésie dans l'heure a déclaré la guerre. Hector : Elle l'a gagnée ? Busiris : Elle l'a perdue. Il ne subsiste plus une pierre de ses murs. Mais mon paragraphe subsiste*⁷⁹. Hécube : Je t'en félicite. Nous avions eu peur ». Par ces deux exemples, le sort tragique de Troie et des Troyens est préfiguré. Mais le juriste n'en a cure. Le ridicule de sa position, qui provient du décalage entre le caractère formel des

⁷⁸ Mère d'Hectore et épouse de Priam ; elle a choisi le parti de la paix et s'oppose donc à son mari.

⁷⁹ Il s'agit du paragraphe qui, à la suite de l'intervention de Busiris au cours du dernier congrès, qualifie la formation dite de face de mesure « offensive-défensive ».

manquements aux règles internationales et l'ampleur catastrophique des conséquences pour la partie qui est dite agressée, ne paraît pas le gêner. Busiris semble imperméable à l'ironie féroce d'Hector et Hécube. Il s'enferme dans une espèce de soliloque technique, reste sourd aux véritables enjeux du débat dont l'issue sera la guerre ou la paix. « *C'est un neutre* » clame Demokos à propos de Busiris. Celui-ci est donc l'incarnation de cette doctrine qui croit pouvoir ramener le droit à une pure technique en s'imaginant demeurer indifférente au contenu des règles et aux conséquences de leur application. Pire, la doctrine serait irresponsable dans la mesure où, n'étant pas une source formelle de droit positif, elle serait fondée à s'abriter derrière une neutralité feinte et une prétendue impuissance par rapport aux lois existantes.

Toutefois, comme cette profession de neutralité n'est qu'un leurre et cet aveu d'impuissance qu'un confortable accommodement, la doctrine assume consciemment ou non une fonction de légitimation d'une cause ou d'une position. Busiris est donc, d'une certaine façon, proche d'Antigone puisque malgré les apparences il joue un rôle partisan. Mais l'essentiel les oppose : Busiris ne reconnaît pas explicitement qu'il ne fait que soutenir, à la demande de Demokos, le parti de la guerre. Il n'épouse pas la cause de la guerre par conviction, parce qu'il la croit juste ; il se contente de la légitimer par des arguments legalistes qui n'abordent pas le fond du débat. Tandis que la quête du juste chez Antigone impliquait de se saisir de la seule véritable question, qui est de savoir si la décision de Créon doit ou non être appliquée et respectée, la légitimation de la guerre chez Busiris consiste à l'éluder sous couvert de l'existence d'une règle juridique. Le droit ne serait, dans cette conception réductionniste, qu'un système axiomatique clos, auto-suffisant, à l'intérieur duquel il suffirait de rechercher la règle idoine pour résoudre un problème donné.

Si le personnage de Busiris est caricatural, il est possible, en gommant l'excès inhérent à toute caricature, de pointer une parcelle de la réalité de la fonction doctrinale. On songe évidemment à la pratique des consultations universitaires. En principe, ce genre d'exercice devrait aider le juge à dire le droit. Ainsi à Rome le préteur s'entourait d'un *consilium* composé de jurisconsultes qui l'assistait et le guidait⁸⁰. C'est derniers assumaient en quelle que sorte une fonction d'*amicus curiae*. Certes, il arrivait que d'éminents jurisconsultes interviennent directement dans des procès pour défendre une des parties ; mais alors ils perdaient, s'agissant de la cause qu'ils plaidaient, leur autorité de jurisconsulte⁸¹. Il s'agit de ne pas confondre les genres et de distinguer la consultation dont l'objet est de dire le droit et le plaidoyer consistant à renforcer l'argumentation d'une partie au procès, procédé rhétorique par lequel le docteur se comporte comme un avocat ou un logographe. Cependant, lorsque la consultation est rédigée à la demande d'une partie qui rémunère pour ce travail le consultant, la confusion est à craindre. La consultation doctrinale n'est cependant pas assimilable à des conclusions, car son intérêt aux yeux du plaideur est de dissimuler sa propre thèse, par définition partisane, derrière la prétendue neutralité du discours universitaire. Les dés sont donc pipés, et ce n'est jamais par hasard qu'un plaideur verse aux débats une consultation doctrinale au soutien de ses prétentions. D'ailleurs, le phénomène de la consultation partisane est si répandue qu'il n'est pas extraordinaire que chacun des litigants verse une consultation universitaire qui lui donne raison. Il en résulte nécessairement une érosion de leur autorité et de leur force de conviction ; à force de lire des consultations toujours en faveur de la cause de la partie qui en fait état, le juge est enclin à ne plus leur accorder de crédit.

⁸⁰ C. Accarias, *Précis de droit romain*, 4^{ème} éd. 1886, n°22.

⁸¹ P. Krueger, *Histoire des sources du droit romain*, trad. franç. 1894, p.150 note 3.

D'où une pratique plus subtile, et pour le coup condamnable, consistant à transformer la consultation en article de doctrine ou en note d'arrêt. Le docteur ne s'implique pas officiellement dans le procès ; il reste sur ses propres terres. Ainsi, il est beaucoup plus difficile de détecter la dimension rhétorique du travail qui emprunte les formes traditionnelles du discours universitaire. Même si, fort heureusement, ce n'est pas une pratique courante, il arrive d'apprendre incidemment que tel commentaire ou tel article est une œuvre de commande. L'écrit doctrinal n'est, dans ce cas, qu'une sorte de palimpseste sur lequel la raison juridique s'efface pour laisser la place à l'exposé des arguments partisans qui sont défendus. Ce qui est critiquable n'est pas la dimension pratique de cette doctrine soucieuse de mettre son expertise au service des justiciables dans le but de résoudre des problèmes juridiques épineux, mais l'occultation des intérêts partisans défendus⁸². Certes, reconnaître officiellement le lien unissant le consultant au bénéficiaire de la consultation contribue à affaiblir l'autorité de l'opinion émise. C'est pourquoi un stratagème classique des rhéteurs consiste à nier l'utilisation de la rhétorique, car celle-ci n'a de réelle efficacité qu'en se dissimulant⁸³. Sans nier la part de rhétorique inhérente à tout discours doctrinal, il n'est pas admissible que le défenseur se cache derrière la plume du docteur, que la défense d'intérêts particuliers se part des atours d'une pseudo neutralité universitaire.

Au-delà de ces dévoiements pathologiques, l'image de Busiris signifie que les œuvres doctrinales ne sont jamais tout à fait neutres, mais ont le plus souvent pour objectif plus ou moins conscient de légitimer une cause. Ce n'est pas par hasard qu'un docteur décide d'écrire et de publier sur tel ou tel sujet. Non qu'il y ait toujours, loin s'en faut, en filigrane une cause réelle défendue, mais un auteur ne peut s'abstraire de ses idées et convictions philosophiques, politiques ou religieuses. Ses recherches et son opinion sont nécessairement influencées, sans toutefois être déterminées, par sa position sociale, son parcours professionnel et ses préoccupations du moment. Le reconnaître ne revient pas à jeter le discrédit sur le travail doctrinal. Bien au contraire, tenter de cerner ses préjugés pour mieux les maîtriser et les assumer participe d'un effort louable d'honnêteté intellectuelle. En somme, outre que Busiris se moque de savoir ce qui est juste et ce qui ne l'est point, c'est cette honnêteté qui le sépare d'Antigone.

B – L'ANALYTIQUE INADAPTEE

La consultation de Busiris est très éloignée, au plan de la méthode, de l'intervention d'Antigone. L'intrépide Thébaine part de ce qui lui paraît juste et trouve ensuite les arguments rhétoriques pour tenter de convaincre Créon de la justesse de sa cause. Inversement, Busiris se sert d'argument rhétorique pour rallier Hector à la cause qu'il a, sans l'avouer à son interlocuteur, acceptée de défendre. Dans le premier cas, la méthode ne peut être que la dialectique ; et c'est ainsi qu'Antigone tente d'amener Créon à justifier sa décision ou à la rabattre. Dans le second cas, il n'existe aucun débat, Hector et Hécube se contentant d'écouter Busiris et de lui décocher quelques répliques ironiques et moqueuses. Pourtant les partisans de la paix souhaitent indéniablement que les vraies questions soient abordées, que l'immonde

⁸² Sur ce phénomène, lire : J.-D. Bredin, *Remarques sur la doctrine*, in Mélanges Hébraud 1981, p.111, spéc. n°6 ; P. Jestaz, *Déclin de la doctrine ?*, in Droits 1994 n°20, p.85 et spéc. p.92 ; F. Ost et M. van de Kerchove, *La doctrine entre « faire-savoir » et « savoir-faire »*, in Annales de droit de Louvain, 1997/1, p.31 et spéc. p.51.

⁸³ Le rhéteur Antoine avait pour tactique de toujours prétendre qu'il n'avait jamais étudié afin que ses discours soient mieux accueillis par le peuple : Cicéron, *De Oratore*, II, I, 4.

réalité de la guerre soit prise en compte. Hector lutte pour la paix au point de passer, à plusieurs reprises, pour un lâche. Il insiste sur les horreurs des combats afin d'éviter de prononcer le discours aux morts. Il assume le parti de la paix devant les insultes et la gifle d'Oïax (acte II, scène 9). Il tente de convaincre le redoutable Ulysse de la possibilité d'éviter la guerre (acte II, scène 13) : « *Vous voyez la proportion entre le rapt d'une femme et la guerre où l'un de nos deux peuples périra ?* ». Il supporte les attouchements de l'ivrogne Oïax sur Andromaque (acte II, scène 14). Mais en vain, car Hector ne pourra jusqu'à la fin retenir sa fougue guerrière et tuera Demokos qui, agonisant, accusera Oïax de son propre meurtre. L'inévitable guerre de Troie aura donc bien lieu ; la dernière réplique étant dite par Cassandre : « *Le pète troyen est mort ... la parole est au poète grec* ».

Si, dans *Antigone*, la dialectique est biaisée par l'obstination de Créon ; elle est inexistante dans la méthode de Busiris. Les partisans de la guerre refusent le débat loyal et préfèrent invoquer le concept creux de la beauté⁸⁴ ou se réfugier derrière des arguties juridiques. Alors que dans la tragédie de Sophocle le détenteur du pouvoir politique esquive le débat, dans *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, il ne cesse de le provoquer. Contrairement à Créon qui s'impose par la force, Hector cherche inlassablement à convaincre. Il est vrai que leur situation n'est pas identique. Créon règne, depuis peu il est vrai, tandis qu'Hector, en sa qualité de fils aîné de Priam, n'est que le dauphin, ce qui l'oblige à composer avec ses adversaires sans pouvoir leur imposer sa volonté : « *Pâris : Tu n'es pas le maître ici. Hector : Je suis ton aîné, et le futur maître. Pâris : Alors commande pour le futur. Pour le présent j'obéis à notre père* » (Acte I, scène 4). Cependant, l'opposition entre ces deux personnages n'est pas absolue. Le premier, malgré l'étendue de son pouvoir, n'a pas pu persister dans la voie qu'il avait souverainement choisie. Le second, quant à lui, bénéficie d'une position privilégiée en sa qualité de prince de Troie et de chef de guerre respecté. Mais quand bien même eût-il été le souverain de Troie, la volonté du peuple Troyen d'en découdre avec les Grecs aurait vraisemblablement conduit à une fin identique. Finalement, dans les deux pièces, la justice et de la raison ne sont pas victorieuses : pessimisme politique commun à Sophocle et Giraudoux. La différence réside dans le fait que la dialectique est utilisée par celle qui est, dans la pièce de Sophocle, la voix qui porte les arguments de nature juridique, alors que, dans *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, elle est délaissée par le juriste Busiris qui emploie exclusivement le syllogisme démonstratif.

Ce changement de méthode est révélateur d'une évolution, voire d'une rupture paradigmatique. Le droit ne relève plus, comme chez Aristote, de la prudence, cette sagesse pratique qui permet à l'homme raisonnable d'agir justement dans un monde mouvant et incertain. Dans la conception aristotélicienne, la science (*épistémé*) se distingue de la prudence (*phronésis*) en ce qu'elle touche à la connaissance des choses nécessaires et universelles, c'est à dire qui ne peuvent être autrement qu'elles ne sont⁸⁵. Or, chacun de ces domaines a sa méthode : l'analytique et la dialectique. Le syllogisme, qui « *est un discours dans lequel, certaines choses étant posées, une autre chose différente d'elles en résulte nécessairement, par les choses mêmes qui sont posées* », est démonstratif lorsqu'il part « *de prémisses vraies et premières, ou encore de prémisses telles que la connaissance que nous en avons prend elle-même son origine dans des prémisses premières et vraies* ». Au contraire, est

⁸⁴ Voir la tirade insensée du géomètre (acte I, scène 6) : « (...) il n'y a plus à l'espace et au volume qu'une commune mesure qui est Héléne. C'est la mort de tous ces instruments inventés par les hommes pour rapetisser l'univers. Il n'y a plus de mètres, de grammes, de lieues. Il n'y a plus que le pas d'Héléne, la coudée d'Héléne, la portée du regard ou de la voix d'Héléne, et l'air de son passage est la mesure des vents. Elle est notre baromètre, notre anémomètre ! ».

⁸⁵ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, VI, 3, 1139 b) 20.

dialectique le syllogisme qui « *conclut de prémisses probables* », c'est à dire « *d'opinions qui sont reçues par tous les hommes, ou par la plupart d'entre eux, ou par les sages, et, parmi ces derniers soit par tous, soit par la plupart, soit enfin par les plus notables et les plus illustres* »⁸⁶.

A l'évidence, la méthode de Busiris relève de l'analytique ou, dans un langage moderne de la logique formelle⁸⁷ et caractérise l'attraction pour les sciences naturelles et les mathématiques. Ce phénomène, qui consiste à vouloir couler le savoir juridique dans le moule des ces sciences, n'est pas récent. Il est déjà très présent au XVIIème siècle dans les oeuvres d'auteurs qui s'intéressent à la théorie de la connaissance et au droit⁸⁸. Leur objectif est de conférer au raisonnement juridique la même rigueur et certitude que les observations expérimentales et les démonstrations mathématiques. Bien sûr l'attraction s'accroît encore à partir du milieu du XIXème siècle sous l'influence d'Auguste Comte et du positivisme scientifique. Les sciences expérimentales deviennent, grâce à leur méthode, le parangon du savoir, les autres domaines devant les imiter à peine d'être rejetés dans les ténèbres de l'histoire et les brumes de la métaphysique. Dès lors, il est aisé de comprendre le discrédit qui affecte la dialectique qui, par les interminables disputes qu'elle implique, rappelle les méandres de la scolastique médiévale et empêche le droit d'accéder au rang de véritable science positive. Ce bouleversement méthodologique ne s'est évidemment pas produit d'un seul coup ni sans difficultés et résistances, car les juristes sont très attachés à la tradition. Or, les fragments du Digeste de Justinien montrent que le droit civil romain s'est construit grâce au travail des *jurisprudentes* dont la méthode était clairement dialectique et casuistique. D'où une intéressante mais anachronique tentative de leur attribuer la méthode des mathématiciens modernes. Ainsi Gustave Hugo n'hésite-il pas à prétendre « *qu'il n'y a point d'écrivains qui méritent plus que les jurisconsultes romains d'être comparés aux mathématiciens* »⁸⁹.

Cette tentative de mutation épistémologique n'est pas sans incidence sur la technique juridique, et notamment sur la place et le rôle de la règle de droit. Elle perd sa fonction originelle de guide, de modèle, dans la mesure du juste, pour usurper celle d'axiome, au sens large de « *proposition fondamentale mise hors discussion* »⁹⁰ dans le système hypothético-déductif. Dans la philosophie aristotélico-thomiste, la loi, entendue comme synonyme de règle de droit, n'est point une norme irréfutable de laquelle on déduit, à la suite d'un syllogisme démonstratif, la solution d'un cas particulier. Pour être loi, la règle édictée doit être juste, car à défaut elle ne satisfait pas au critère final de sa définition⁹¹. Mieux, elle n'est pas le point de départ du raisonnement juridique mais, comme l'indique le jurisconsulte Paul, son aboutissement⁹². Au contraire, dans la conception scientiste du droit, la loi est une norme qui, une fois établie, ne se discute ni ne se juge. Elle fait office de majeure dans le syllogisme démonstratif qui conduit à solution vraie et unique. Dès lors, l'intervention du juriste n'a d'autre but que de clore la discussion, une fois la démonstration déroulée. C'est indubitablement la méthode de Busiris répondant à Hector qui lui demande de modifier sa consultation : « *Je ne peux vous donner qu'une aide, la vérité* ». Au lieu d'entrer dans la

⁸⁶ Aristote, *Les Topiques*, I, 1, 100 a) et b), Vrin 1990, trad. J. Tricot, p.2.

⁸⁷ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF. 18è éd. 1996, V° *Analytique*, 1 A.

⁸⁸ Notamment Grotius, Pufendorf, Wolff, Locke, Leibniz ; voir les références citées in *Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique*, APD. T.45, Dalloz 2001, p.301 et s. ; RIEJ. 2001.46, p.48 et s, ainsi que par R. Sève, *Leibniz et l'école du droit naturel moderne*, PUF. 1989, p.8 et s.

⁸⁹ G. Hugo, *Histoire du droit romain*, trad. franç. 1822, T.II, §.CCCXIV, p.97.

⁹⁰ P. Foulquié, *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF. 1992, 6è éd. V° *Axiome*, A.2.

⁹¹ Voir J.-P. Chazal, *De la signification du mot loi dans l'article 1134 al.1^{er} du Code civil*, RTD.civ. 2001, p.265, n°15 et s.

⁹² D. 50, 17, 1 : « *Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat* ».

controverse en faisant valoir des arguments, Busiris prétend l'éluder en rendant un avis incontestable, car découlant de l'application de la règle au cas particulier. Il prétend procéder à une « *application algorithmique* »⁹³ de la loi. Il reste sourd à l'appel d'Hector qui le prie d'inoculer dans sa démonstration une dose de justice, d'humanité : « *Trouve une vérité qui nous sauve. (...) Forge-nous une vérité* ». En vain : « *Le Sénat m'a demandé une consultation, je la donne* ». Il n'y a pas, chez Busiris, de doute possible ; ni quant au sens de la règle de droit, ni quant à l'interprétation des faits, ni encore quant à l'automaticité de la conclusion de ses syllogismes démonstratifs. Du coup, le rôle de la doctrine est centré sur la connaissance, l'explication et la systématisation des lois positives, sans qu'aucune fonction critique ne lui incombe.

Certes, dans certains cas, le texte de loi nécessite une interprétation afin d'en dégager le sens. Mais, il existe une forte tendance à minimiser les cas dans lesquels il faut recourir à l'interprétation, et ce d'une double manière. D'une part, cette dernière ne serait possible que si la lettre du texte est obscure ou ambiguë, accréditant ainsi l'idée fautive que la grande majorité des lois ne souffre l'interprétation en raison de la clarté de leur sens et de leur portée. L'herméneutique a montré que tout texte pouvait être l'objet d'interprétation, car il entre nécessairement dans un « *cercle herméneutique* » (Heidegger, Gadamer) ; on n'en comprend le sens qu'en confrontant trois mondes que Ricœur appelle « *le monde derrière le texte* », « *le monde du texte* » et « *le monde devant le texte* ». D'autre part, le rôle de l'interprétation est minoré par l'oblitération du choc entre les faits et la règle de droit. Le revirement de Busiris est finalement une application anticipée de la théorie de « *la texture ouverte* » de Hart. Toute règle générale, en ce qu'elle est exprimée en langage naturel, contient une zone irréductible d'indétermination, d'imprécision, qui conduit à l'incertitude de son application à certaines circonstances particulières. C'est bien à ce travail de contextualisation, de concrétisation de la loi, auquel se livre, dans un second temps, Busiris sous la pression d'Hector. Ainsi, le pavillon hissé au rami est un hommage lorsque le navire de guerre se trouve dans des eaux bordées de régions agricoles ; une flatterie même si on considère que le bétail peut être une cargaison de taureaux ; tandis que la formation de face utilisée par la flotte grecque peut signifier un appel à l'amour eu égard aux nymphes sculptées à la proue des navires. Finalement, Busiris illustre à son corps défendant la célèbre formule prononcée par Hector : « *Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité* ».

Le revirement de position de Busiris, même s'il est opéré sous la menace, ridiculise la méthode analytique qu'il a employée pour exposer sa consultation. Sa débâcle est celle de la doctrine qui cantonne le droit à la logique formelle, en mésestimant la dimension rhétorique et argumentative du droit⁹⁴. Celle qui occulte, sous le vernis de la pure technique, les vrais débats, les véritables problèmes étant étouffés sous des pseudo-syllogismes démonstratifs. C'est l'illustration de l'échec de la tentative d'appliquer au droit les méthodes des sciences expérimentales ou des mathématiques et de bannir de son champ la dialectique qui pourtant participe de son essence. A trop vouloir éradiquer les discussions oiseuses, la production doctrinale se dessèche en ratiocinations techniques et se marginalise par rapport aux besoins et aux attentes de la société. Loin de procurer au discours doctrinal la certitude et la fermeté promises, l'éviction de la dialectique le vide de sa substance. Cette vacuité est d'autant plus redoutable qu'elle affaiblit nécessairement le prestige et l'utilité sociale du corps doctrinal et que le pouvoir est toujours prêt à exercer sur lui son emprise afin de le soumettre à sa volonté et de s'en servir pour légitimer ses décisions.

⁹³ L'expression est de J. Habermas, *Droit et morale, Tanner Lectures (1986)*, trad. franç., Seuil 1997, p.89.

⁹⁴ Voir Ch. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz 1979.

C – LA SOUMISSION SERVILE

Au plan du statut de la doctrine, tout oppose Antigone et Busiris. Dans la cité de Thèbes, il n'existait pas, comme dans la Grèce antique, un corps de juristes savants. La caste des juristes ne naîtra qu'à Rome, berceau de la science juridique (*cunabula juris*)⁹⁵ ; Giraudoux commet donc un anachronisme en introduisant un juriste dans la cité de Troie. Alors qu'Antigone n'a aucune autorité pour contester la décision de Créon, Busiris est le personnage de référence, celui qui possède la compétence pour donner la solution tant attendue et trancher le débat qui divise les Troyens au sujet de la guerre. La constitution d'un corps de savants permet donc de présumer que les personnes qui y sont agrégées ont une *auctoritas*. D'où l'importance du mode de leur recrutement qui, le plus souvent, est une cooptation par les pairs. Le titre de maître, de docteur ou de professeur, selon les époques, est un gage de compétence qui érige son titulaire en interlocuteur naturellement désigné. L'agrégation, au sens étymologique du terme (*aggregare* : ressembler, puis réunir dans un tout), assure à la fois la compétence et l'indépendance du corps des juristes. C'est pourquoi une lutte a souvent existé entre les universités et le pouvoir politique quant aux modes de recrutement, les premières préférant la cooptation par concours ou présentation, le second tentant d'imposer la nomination⁹⁶.

La deuxième différence opposant Antigone et Busiris, relativement au statut de la doctrine, est la disjonction entre le pouvoir politique et la création des règles de droit. Dans la pièce de Sophocle, la loi contestée émane du roi Créon, ce qui rend inévitable le face à face entre l'image doctrinale incarnée par Antigone et le pouvoir politique, celui-ci estimant que son autorité et sa légitimité sont directement mises en cause par la contestation de la loi. Au contraire, dans *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, la consultation de Busiris ne met nullement en porte à faux le pouvoir politique puisque aucune décision n'a encore été prise quand le juriste est saisi de la question. La démarche du Sénat Troyen est donc plus prudente que celle de Créon : il consulte une autorité compétente avant de décider. En outre, les règles auxquelles Busiris se réfère dans sa consultation n'émanent pas du pouvoir souverain de la Cité de Troie, mais sont puisées dans « *le droit des peuples* », le *jus gentium*. Il apparaît qu'elles sont élaborées et discutées dans des congrès de juristes, auxquels participe Busiris. Ici, la figure doctrinale que suggère ce dernier n'est pas conforme au modèle scientifique, dans lequel le savant ne crée pas les lois, mais ne fait que les découvrir et les expliquer. L'orgueil de Busiris l'oblige à révéler cette participation à la création des normes internationales dont il se prétend l'interprète, comme si cela renforçait encore son autorité.

Certains pourraient voir dans le recours à Busiris une démission du pouvoir politique au profit de la technocratie. Ne parvenant pas à convaincre l'adversaire, on recourt à l'arbitrage du savant dont l'expertise tranchera, en dernier ressort, la question débattue. Evidemment, le risque d'un déplacement du centre de décision par dépossession des prérogatives du politique n'est pas nul. Le manque de courage de certains décideurs et leur démagogie éventuelle peuvent les inciter à s'en remettre à des technocrates dans le but de faire croire au peuple que telle solution est scientifiquement inéluctable, qu'elle est imposée par les faits ou les lois et ne

⁹⁵ J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, Montchrestien 2^{ème} éd. 1999, p.261.

⁹⁶ Sur la question voir : J. Oudot, Onzième lettre adressée à M. Giraud in *Premiers essais de philosophie du droit*, 1846, p.400 et s. ; Jurisp. Gén. Dalloz, T.34 2^{ème} partie, 1869, V^oOrganisation de l'instruction publique, n^o363 et s.

procède pas d'un choix politique dont ils assument la responsabilité. C'est précisément la stratégie de Demokos : « *Notre Sénat se range à son avis (...)* ». Véritable abandon du pouvoir décisionnel ou procédé rhétorique ? Si dans certains domaines comme les sciences physiques, la biologie ou la médecine la première hypothèse peut vraisemblablement se présenter, la seconde est largement plus probable en ce qui concerne le droit. Dans ce domaine, le danger qui guette la doctrine est d'être instrumentalisée par le pouvoir auquel elle est soumise. Celui-ci peut, en effet, avoir la tentation de l'utiliser comme une source d'arguments rhétoriques et d'autorité dans le but d'éviter que le débat ne touche à l'essentiel, que la dialectique ne s'épanouisse. Dans cette perspective, l'intervention du docteur manipulé peut avoir pour fonction ou bien d'enliser la discussion dans des considérations futiles et pseudo techniques, ou bien de la clore péremptoirement en prétextant que la règle de droit annihile tout marge de manœuvre et détermine la solution.

Enfin, Busiris s'oppose à Antigone en ce qu'il consent complète allégeance au pouvoir du plus fort. En ce sens il est l'image de la doctrine servile, inféodée. Antigone préfère la mort plutôt que renoncer à soutenir la thèse de l'injustice de la loi de Créon ; au contraire Busiris capitule devant la volonté ferme d'Hector. Celui-ci, dans un premier temps se fait uniquement menaçant : « *Forge-nous une vérité. D'ailleurs, c'est très simple, si tu ne la trouves pas, nous te gardons ici tant que durera la guerre* ». Alors que Busiris manifeste son incompréhension ou son étonnement : « *Que dites-vous ?* », Demokos vole à son secours : « *Tu abuses de ton rang, Hector !* ». Mais Hector persiste en précisant sa menace et en suggérant une astucieuse alternative : « *Tiens-le-toi pour dit, Busiris. Je n'ai jamais manqué ni à mes menaces ni à mes promesses. Ou ces gardes te mènent en prison pour des années, ou tu pars ce soir même couvert d'or. Ainsi renseigné, sou mets de nouveau la question à ton examen le plus impartial* ». Sans que l'on sache ce qui, de l'inquiétante menace ou de l'offre alléchante, a été déterminante, Busiris opère une volte-face et fournit à Hector l'interprétation qu'il attendait. Si le compromis recherché par Hémon vise à préserver l'honneur de son père, la vie de sa fiancée et l'ordre de Thèbes, la compromission de Busiris lui procure le déshonneur du lâche et du cupide. Il représente le discrédit de la doctrine vile et servile. Finalement, la doctrine courtisane risque de subir, pour des raisons différentes, un sort comparable à celui de la doctrine antagoniste : la disparition ; car la connivence avec le souverain est à terme aussi stérile que l'opposition radicale. Simplement cette disparition, à l'instar de la sortie de scène de Busiris, n'aura aucun aspect brutal, sublime ni tragique ; elle s'effectuera subrepticement et dans l'indifférence. La doctrine insipide et socialement inutile connaîtra donc le sort des organes dépourvus de fonction.

III – PORTIA, OU LA DOCTRINE MYSTIFICATRICE

William Shakespeare (1564-1616) a vraisemblablement composé la comédie *Le marchand de Venise* entre 1594 et 1598, à l'aube de sa période la plus inspirée (1601 à 1611). Cette pièce, qui est certainement une comédie de transition dans l'œuvre de Shakespeare, a souvent donné lieu à des interprétations déformées, voire à des contresens. Ainsi, au XXème siècle, les critiques ont eu tendance à insister sur les aspects antisémites de la comédie en conférant au juif Shylock le rôle de pivot. Pourtant, la richesse de cette pièce est telle qu'elle ne saurait être réduite à cette seule lecture. D'ailleurs, il serait anachronique de la condamner à l'aune de l'holocauste. En outre, à bien y regarder, les personnages chrétiens, tels qu'Antonio et Bassanio, sont loin de paraître sympathiques. Comme toujours dans le théâtre de Shakespeare,

les situations et les caractères sont complexes. Toujours est-il que cette pièce a été beaucoup étudiée par les juristes⁹⁷, notamment à cause du fameux contrat de gage conclu entre Shylock et Antonio. Certains y ont vu le triomphe de l'*Equity* sur le droit, d'autres la négation des droits subjectifs, d'autres encore la discrimination raciale et l'intolérance religieuse. Sans avoir la prétention de suggérer une interprétation supplémentaire qui viendrait se substituer à celles déjà existantes, il semble que le personnage de Portia puisse servir de base à une réflexion sur une des manières possibles, pour la doctrine juridique, d'assumer son rôle.

L'intrigue se passe à Venise où Bassanio, qui a dilapidé sa fortune et s'est couvert de dettes en menant une vie fastueuse et prodigue, cherche à se rendre à Belmont pour y courtiser la riche et belle Portia. Il demande à son ami Antonio, riche et triste marchand, de lui prêter une fois encore de l'argent pour financer le voyage et soutenir la rivalité des nombreux prétendants de Portia (Acte I, scène I). Antonio consent volontiers à aider Bassanio mais toute sa fortune se trouve en mer, sur des navires chargés de marchandises. A cause de cette absence de liquidité, Antonio ne peut que proposer à son ami sa garantie personnelle pour l'obtention d'un crédit. Bassanio sollicite donc Shylock, juif haï et haineux, pour l'octroi d'un prêt de trois mille ducats pour trois mois. Shylock accepte malgré (ou à cause) de sa haine des chrétiens et son mépris pour le généreux Antonio⁹⁸, lequel ne lui cependant épargne ni les insultes ni les humiliations. Mais la fortune de celui-ci étant exposée à des risques maritimes considérables, l'usurier exige une sûreté réelle en cas de non remboursement : « *qu'il soit stipulé que vous perdrez une livre pesant de votre belle chair, laquelle sera coupée et prise dans telle partie de votre corps qui me plaira !* » (Acte I, scène III). Antonio y consent d'une manière légère et détachée. Peut-être parce que ce gage de chair semble être une plaisanterie – Shylock introduit ainsi sa proposition : « *Et, part manière de plaisanterie (...)* » –, ou qu'il est certain qu'un mois avant l'échéance ses navires remplis de marchandises arriveront à Venise, ou encore en raison de son état mystérieusement mélancolique.

Si le projet de Bassanio est rondement mené (il conquiert Portia à la suite de l'épreuve des trois coffrets), la situation d'Antonio devient de plus en plus périlleuse. D'une part, Shylock voit sa fille Jessica s'enfuir avec un amant chrétien, Lorenzo, en emportant argent et bijoux. Les proches de l'imprudent marchand s'inquiètent alors : « *Solanio : Que le bon Antonio soit exact à l'échéance ! Sinon il paiera pour tout cela* » (Acte II, scène VIII). D'autre part des rumeurs de naufrage circulent à propos de ses navires. Le piège se ferme et la vengeance de Shylock va pouvoir s'assouvir : « *Salarino : Bah ! je suis sûr que s'il n'est pas en règle, tu ne prendras pas sa chair. A quoi serait-elle bonne ? Shylock : A amorcer le poisson ! Dût-elle ne rassasier que ma vengeance, elle la rassasiera* » (Acte III, scène I). Salarino tente de reconforter Antonio : « *Je suis sûr que le doge ne tiendra pas cet engagement pour valable* » (Acte III, scène III). Il est vrai que l'obligation n'a été souscrite que par plaisanterie et que son objet est hors du commerce. Mais il semble que le droit positif de la cité de Venise reconnaisse la validité de l'engagement d'Antonio et confère une intensité particulière au principe de la force obligatoire des conventions.

⁹⁷ R. Von Jhéring, *La lutte pour le droit*, trad. de Meulenaere, Paris 1890, p.XXIII et p.67 ; R. A. Posner, *Droit et littérature*, trad. franç., PUF. 1996, p.112 ; J. Carbonnier, *Caractères juridiques*, in *Flexible droit*, LGDJ. 9^{ème} éd. 1998, p.371 ; P. Malaurie, *Droit & littérature*, Cujas 1997, p.68 ; F. Ost, *Temps et contrat, critique du pacte faustien*, in *La relativité du contrat*, Trav. Ass. H. Capitant, T. IV, LGDJ. 2000, p.137.

⁹⁸ Acte I, scène III : « *Je le hais parce qu'il est chrétien, mais surtout parce que, dans sa simplicité vile, il prête de l'argent gratis et fait baisser les taux d'usance ici, parmi nous, à Venise. Si jamais je le tiens dans ma poigne, j'assouvrai la vieille rancune que je lui garde* ». La version utilisée est la traduction de F.-V. Hugo, Gallimard, collect. La Pléiade, Œuvres complètes, 1959, T.I, p.1205.

S'ensuit le procès devant le doge de Venise qui a préalablement tenté une conciliation. Pour un juge, il n'est pas vraiment impartial : s'adressant à Antonio il dit : « *tu as à répondre à un adversaire de pierre, à un misérable inhumain, incapable de pitié, dont le cœur sec ne contient pas une goutte de sensibilité* » (Acte IV, scène I). Le doge va même, en préambule, demander au juif de faire preuve de pitié en renonçant à réclamer la livre de chair et en accordant une remise de dette de moitié ! Shylock refuse et s'arquette sur le contrat, qui fait la loi des parties, pour exiger ce qui est qualifié tantôt de pénalité, tantôt de dédit. Il va même plus loin en déclarant préférer la livre de chair d'Antonio aux trois mille ducats, puis en refusant six mille et neuf mille ducats proposés par Bassanio, de retour à Venise. A la demande du doge d'expliquer cette attitude, l'implacable créancier refuse de donner une autre justification que le serment d'assouvir sa vengeance et d'exiger l'exécution du contrat qui lie Antonio. On pourrait penser, non sans anachronisme, qu'en ce faisant, Shylock commet un abus de droit⁹⁹, mais son intransigeance plonge le doge, soucieux du respect des lois de la cité, dans l'embarras. Il informe l'assemblée qu'il a pris la décision de convoquer un *amicus curiae* en la personne d'un savant docteur de Padoue du nom de Bellario, afin « *de déterminer ce cas* ». En lieu et place de Bellario, c'est Portia déguisée qui entre en scène, revêtue de la robe de docteur en droit, sous l'identité de Balthazar¹⁰⁰. Elle se prévaut d'une lettre de recommandation de Bellario qui malade n'a pu répondre à l'invitation du doge. Elle prend donc la direction du procès pour divulguer l'opinion juridique de Bellario sur le différend qui oppose le prêteur juif au marchand.

Cette scène, qui est l'apogée de la pièce, révèle en Portia-Balthazar une instructive image de la doctrine. Sans constituer une synthèse entre Antigone et Busiris – le rôle de Portia est trop ambigu pour cela – elle se rapproche et s'éloigne à la fois de chacun des deux personnages précédemment étudiés. Si elle recherche une solution juste au cas qui lui est soumis, elle ne l'avoue cependant pas, préférant entretenir une sorte de duplicité des fins (A). Cette ambiguïté rejaillit sur sa méthode qui, ni dialectique ni véritablement analytique, est une exégèse dévoyée (B). Dans ces conditions, il est étonnant que Portia parvienne au succès qui a échappé à Antigone et à Busiris. L'explication se trouve dans le pouvoir symbolique qu'elle détient sur son auditoire (C) et dans l'habileté qu'elle déploie pour se protéger derrière un masque (D).

⁹⁹ « *Vous me demandez pourquoi j'aime mieux prendre une livre de charogne que recevoir trois mille ducats. A cela je n'ai point à répondre, sinon que tel est mon goût. (...) je ne puis et ne veux donner d'autre raison qu'une haine réfléchie et une horreur invétérée pour Antonio, afin d'expliquer pourquoi je soutiens contre lui ce procès ruineux ...* ».

¹⁰⁰ Par la suite, Shylock dit de Portia-Balthazar : « *c'est un Daniel qui nous est venu pour juge !* ». On y a vu une référence au Daniel des Apocryphes, jeune homme de grande sagesse qui fut appelé à siéger parmi les vieillards (Shakespeare, Œuvres complètes, T.I, Gallimard 1959, Bibliothèque de La Pléiade, p.1252, note 2, p.1441). Plus précisément, on trouve le personnage du jeune Daniel dans les suppléments grecs au livre de Daniel consacrés à l'histoire de Suzanne injustement accusée d'adultère par deux vieux juges libidineux qui la désiraient (La Bible, Ancien Testament, T. II, Gallimard 1959, Bibliothèque de La Pléiade, p.678). Le jeune Daniel, dont l'esprit saint fut éveillé par Dieu alors que l'on conduisait Suzanne à la mort, les confondit en les interrogeant séparément et en demandant à chacun sous quel arbre ils avaient vu Suzanne et un jeune inconnu s'unirent, l'un répondant un lentisque, l'autre un chêne. Une autre explication peut être proposée. Dans le livre de Daniel, il est dit que son pseudonyme en babylonien est Beltshassar, qui signifie (balat-shar-usur) : « *protège la vie du roi* ». En outre, le successeur de Nabuchodonosor s'appelait Balthasar. Or, ce roi eut une vision terrifiante représentant les doigts d'une main écrivant sur le mur du palais. Seul Daniel, dont le discernement et la sagesse étaient extraordinaires, a été capable de lire l'inscription divine : Mené, Teqèl, Perès, qui signifie : Compté, Pesé Divisé. L'explication étant que Dieu a compté et achevé la royauté de Balthasar ; qu'il l'a pesé dans la balance et l'a trouvé insuffisant ; et qu'il a décidé de diviser son royaume entre les Mèdes et les Perses. Balthasar, le roi des Chaldéens fut tué la nuit même. Shylock espère peut-être que Daniel-Balthazar-Portia prononce la même sentence contre Antonio, la livre de chair devant être comptée, pesée et divisée du reste du corps.

A – LA DUPLICITE DES FINS

L'ambivalence de Portia est symbolisée par son déguisement¹⁰¹. Il y a la finalité apparente et la finalité cachée. Il importe de replacer l'intervention de Portia dans son contexte. Quelle est l'attente du doge lorsqu'il mande Bellario ? La question mérite d'être posée tant paraît entendue la cause que la Cour doit trancher. Les arguments de Shylock semblent irréfutables. Juridiquement, il ne fait que réclamer l'exécution d'une convention librement consentie ; prétention qui, dans une société tirant sa richesse du commerce, ne devrait prêter à discussion : « *La livre de chair que j'exige de lui, je l'ai chèrement payée : elle est à moi, et je la veux. Si vous me la refusez, fi de vos lois ! Les décrets de Venise sont sans force !* » (Acte IV, scène I). Position qu'Antonio adopte également : « *Le doge ne peut arrêter le cours de la loi. Les garanties que les étrangers trouvent chez nous à Venise ne sauraient être suspendues sans que la justice de l'Etat soit compromise aux yeux des marchands de toutes nations dont le commerce fait la richesse de la cité. Ainsi advienne que pourra !* » (Acte III, scène III). On retrouve ici, en substance, l'argument de l'ordre de la cité, avancé par Créon, pour légitimer la commission d'une injustice par l'application d'une loi.

Au surplus, pour rejeter les appels à la miséricorde et à la clémence que lui adresse le doge, il utilise un argument *ad hominem* redoutable : il rappelle la présence d'esclaves dans la société vénitienne et imagine aisément la réponse négative du doge à une proposition d'affranchissement. Même le défendeur, le résigné et passif Antonio, acquiesce à la demande de Shylock et supplie ses amis de cesser leurs vaines démarches tendant à le ramener à la raison : « *Plus de délai ! C'est assez de chicaner ! A moi, ma sentence, au juif, sa requête !* » (Acte IV, scène I). Mais le doge n'a pas abdiqué. Lorsque Shylock l'interroge : « *Je demande la justice ; l'aurais-je ? Répondez.* », il esquive et envisage même le déni de justice plutôt que de rendre une sentence injuste : « *En vertu de mon pouvoir, je puis congédier la Cour, à moins que Ballario, savant docteur que j'ai envoyé chercher pour déterminer ce cas, n'arrive aujourd'hui* » (Acte IV, scène I). L'arrivée du docteur en droit constitue donc la seule chance de sortir de l'impasse en évitant trois maux entre lesquels il est difficile de choisir le moindre : donner gain de cause à Shylock, ce qui serait inéquitable ; décharger Antonio de son obligation, ce qui conduirait à enfreindre la loi et à compromettre la prospérité du commerce ; refuser de rendre justice, ce qui reviendrait à nier l'office du juge et à produire un désordre encore plus grand. Le doge attend donc du savant juriste de Padoue une solution honorable qui ménage chacune de ces considérations ; une sorte de quadrature du cercle qui, tout en respectant les droits de Shylock et en préservant la sécurité des transactions commerciales, laisse à Antonio la vie sauve.

Afin d'atteindre ces objectifs contradictoires, Portia commence par donner raison au demandeur : « *Le procès que vous intentez est d'une étrange nature ; mais vous êtes si bien en règle que la loi vénitienne ne peut pas faire obstacle à vos poursuites* ». La cause est juridiquement entendue, « *le strict tribunal de Venise n'a plus qu'à prononcer sa sentence contre ce marchand* ». A l'instar de Busiris, Portia ne semble pas se préoccuper de la justice de la règle qu'elle doit appliquer ni des effets qui en découlent. Le contrat est conclu, il doit

¹⁰¹ On retrouve l'idée du déguisement dans *Mesure pour mesure* où le Duc de Vienne feint de quitter momentanément sa ville et revient déguisé en moine, jusqu'au jugement à la fin de la pièce. Mais le Duc est davantage une métaphore de Dieu, à la fois absent et présent, qui revient juger les hommes, et donc de la justice divine, que de la doctrine juridique.

être exécuté à la lettre, dut-il entraîner des conséquences disproportionnées. Bassanio adresse pourtant à Portia une supplique pour tenter de sauver son ami : « *Je vous en conjure, foulez une fois la loi sous votre autorité. Pour rendre la grande justice, faites une petite injustice, et domptez le cruel démon de son acharnement* ». Mais la réponse est ferme : « *Cela ne doit pas être : il n'y a pas de puissance à Venise qui puisse altérer un décret établi. Cela serait enregistré comme un précédent ; et, par cet exemple, bien des abus feraient irruption dans l'Etat. Cela ne se peut* ».

Par cette prise de position Portia ne considère la loi que dans sa rigidité, son inflexibilité. Impossible pour elle d'admettre un assouplissement de la règle pour l'adapter au cas particulier et d'invoquer l'équité, au sens aristotélicien d'*Epiékéia*¹⁰², afin d'apporter à la justice légale le correctif dont elle a besoin en raison de sa trop grande généralité. De ce point de vu, Portia est très proche de la doctrine française des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles. En effet, Duranton, par exemple, n'enseignait pas autre chose que la sacralisation absolue de la loi : « *Il vaut mieux que la mauvaise foi triomphe dans un cas, que si une loi utile à la masse, pouvait être impunément éludée ; bientôt on la verrait tomber en désuétude par les atteintes qui lui seraient journellement portées* »¹⁰³. Une fois établie, la règle est intangible, le juge ne peut en être que la bouche qui en prononce les paroles selon la formule de Montesquieu. Dans cette perspective, la doctrine ne peut que venir rappeler et renforcer la force de la loi. Sa finalité n'est pas la recherche du juste, mais la bonne application des normes sans avoir à porter de jugement de valeur sur leur contenu ou leurs effets. L'interprète, à l'instar du juge, doit suivre la loi « *alors même que son application paraît peu raisonnable et contraire à l'équité naturelle* »¹⁰⁴.

C'est dans cette perspective qu'il faut appréhender le passage au cours duquel Portia invite Shylock à la clémence. Dans un premier temps, l'invitation paraît très directive : « *Il faut que le juif soit clément* » ; ce qui permet à Shylock de rétorquer : « *En vertu de quelle obligation ? Dites-le-moi* ». Portia reconnaît qu'il s'agit d'une obligation simplement morale, sans contrainte juridique : « *La clémence ne se commande pas. Elle tombe du ciel, comme une pluie douce, sur le lieu qu'elle domine ; double bienfaisance, elle fait du bien à celui qui donne et à celui qui reçoit. Elle est la puissance des puissances. (...) Ainsi, Juif, bien que la justice soit ton argument, considère ceci : qu'avec la stricte justice nul de nous ne verrait le salut. C'est la clémence qu'invoque la prière, et c'est la prière même qui nous enseigne à tous à faire acte de clémence. Tout ce que je viens de dire est pour mitiger la justice de ta cause ; si tu persistes, le strict tribunal de Venise n'a plus qu'à prononcer sa sentence contre ce marchand* » (Acte IV, scène I). Par la suite, Portia incite encore une fois Shylock à la clémence, lorsqu'il refuse non seulement le remboursement proposé par Bassanio mais aussi le doublement de la somme : « *Eh bien, l'échéance est passée ; et légalement, avec ceci, le Juif peut réclamer une livre de chair, qui doit être coupée par lui tout près du cœur du marchand ... Sois clément : prends trois fois ton argent et dis-moi de déchirer ce billet* ». Cette démarche, par laquelle Portia laisse entendre à Shylock que sa demande est juridiquement bien fondée mais qu'il se grandirait en se montrant clément, préfigure la conception kantienne des rapports entre droit et morale dans laquelle la seconde est exclue du

¹⁰² *Ethique à Nicomaque*, V, 14, 1137 b. voir aussi Th. D'Aquin, *Somme théologique*, II-II, Q.120.

¹⁰³ Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 1825, T.I, n°96.

¹⁰⁴ Mourlon, *Répétitions écrites*, 8^{ème} éd. 1869 par Demangeat, T.I, n°85. La suite du texte est fameuse : « *Un bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi : car il est institué pour juger selon elle, et non pas pour la juger. Rien n'est au-dessus de la loi, et c'est prévariquer qu'en éluder les dispositions, sous prétexte que l'équité naturelle y résiste. En jurisprudence, il n'y a pas, il ne peut pas y avoir, de raison plus raisonnable, d'équité plus équitable, que la raison ou que l'équité de la loi* ». C'est également l'opinion de Duranton (*Cours de droit français suivant le Code civil*, 1825, T.I, n°96) et de Demolombe (*Cours de Code civil*, T.I, 1845, n°116).

domaine du premier. Comme pour Busiris, la solution au problème posé doit se trouver dans le seul champ juridique envisagé comme un savoir clos sur lui-même. La seule différence réside, chez Portia, dans un préalable moral, résolument distinct du raisonnement juridique qui s'annonce¹⁰⁵. Mais cette différence est mince, car Portia ne voit aucune difficulté à ce que Shylock soit moralement blâmé tout en ayant juridiquement gain de cause. Comme si la quête du juste relevait de la morale, et non du droit ; comme s'il existait deux registres, pas seulement distincts et différents, mais impénétrables et radicalement étrangers l'un à l'autre. Comme s'il existait un droit strict vide de toute substance axiologique.

Mais il ne faut pas en rester à cette finalité apparente. Portia, sous son masque, poursuit un objectif qu'elle se garde de révéler : la survie d'Antonio, le meilleur ami de son époux – celui dont la générosité a permis leur rencontre – et partant le débouté de Shylock. Comme Busiris, elle renvoie une image factice d'impartialité et de neutralité, mais comme Antigone, elle poursuit la solution juste. Contrairement à Busiris, qui se moque de la morale, de la politique et de la justice, Portia garde le souci des valeurs, mais elle entoure sa démarche de secret, de faux-semblant, au rebours d'Antigone. Avec Portia, la doctrine avance masquée : elle dissimule la cause qu'elle entend légitimer par son raisonnement juridique. La quête de justice qu'elle entreprend pour apporter une solution équitable au cas posé, est dissimulée par le simulacre de la stricte application de la loi. A aucun moment ne poindra sous le masque les véritables enjeux du débat, les questions fondamentales : faut-il conférer force obligatoire à un contrat injuste ? le droit doit-il se résumer à l'application rigoureuse de la loi ? est-il vrai que refuser, pour des motifs d'équité, d'accabler un débiteur malheureux entraînerait inévitablement l'effondrement de la cité et la disparition de la prospérité du commerce ? Peut-on conférer invariablement la primauté à la sécurité aux dépens de la justice ? Quelle est la solution susceptible de ramener la paix sociale et de concilier le plus justement des intérêts contradictoires ? la loi doit-elle être un maître intransigeant ou un guide bienveillant ?

En résumé, Portia ne pose à aucun moment la question de la justice, alors même que celle-ci raisonne dans toute la scène et affleure de toute part dans les dialogues des divers protagonistes. Pourtant, la conscience du juste l'habite indéniablement. Mais contrairement à Antigone, qui affirme haut et fort sa quête, Portia la dissimule en tentant d'atteindre cette finalité essentielle tout en refusant de s'ériger officiellement en juge de la loi, que ce soit celle de la cité ou celle du contrat. C'est pourquoi il est difficile de voir dans le personnage de Portia l'incarnation de l'équité contre le droit strict¹⁰⁶. En effet, l'équité se déploie au grand jour. Elle n'est point contrainte de se dissimuler derrière la puissance de la loi, mais elle corrige ouvertement la généralité de celle-ci afin d'éviter que son application ne conduise à une solution injuste dans un cas particulier imprévu par le législateur. Or, Portia rejette fermement tout recours à l'équité corrective ou modératrice (cf. supra la réponse à Bassanio), car ce serait avouer la fin secrète qu'elle poursuit. Elle préfère, pour mener à bien sa stratégie, sauvegarder les apparences et feindre de croire au légalisme le plus dur. Elle va donc faire comme si la solution juste découlait mécaniquement de l'application de la loi ; comme si la technique suffisait à elle seule pour accéder à la justice par une espèce d'osmose miraculeuse. Mais ce tour d'illusionniste n'est possible que par un dévoiement des méthodes d'interprétation.

¹⁰⁵ En ce sens : R. A. Posner, *Droit et littérature*, PUF, 1996, trad. franç., p.128.

¹⁰⁶ Voir cependant : R. A. Posner, op. cit., p.112.

La méthode de Portia-Balthazar est également marquée du sceau de l'ambiguïté. En vérité, elle n'a aucun rapport avec celle d'Antigone : point ici de dialectique. Portia n'accepte de mettre en accusation ni la loi de Venise ni la loi du contrat. En apparence, sa méthode ressemble donc à celle de Busiris. Pourtant, une différence les sépare. Alors que le docteur de Syracuse tente, dans un premier temps, de faire croire à une application mécanique des normes du droit international au cas qui lui est soumis, puis dans un second temps, sous les pressions d'Hector, est contraint de s'aventurer puis de se perdre dans les méandres de l'interprétation, Portia, quant à elle, se positionne immédiatement en interprète ou, plus exactement, en exécutante. Elle rend, en lieu et place du tribunal de Venise, un jugement condamnant Antonio (« *Il faut offrir votre poitrine à son couteau* ») et le motive ainsi : « *Car la glose et l'esprit de la loi agrément tout à fait avec la pénalité stipulée clairement dans ce billet* ». Si le recours à l'interprétation discrédite Busiris en lui faisant perdre pied, il permet à Portia d'atteindre habilement la finalité cachée qu'elle s'est assignée tout en sauvegardant les apparences légalistes.

Le jugement de condamnation une fois rendu, Shylock tente de l'exécuter. Quelques tergiversations comiques interviennent alors, dont l'une est importante pour la suite : Shylock refuse de payer un chirurgien pour bander les plaies d'Antonio et empêcher qu'il ne saigne jusqu'à mourir, au motif que cela n'est pas spécifié dans le contrat. Puis, Portia confirme la décision : « *Tu as droit à une livre de la chair de ce marchand. La Cour te l'adjuge et la loi te la donne* ». Mais au dernier moment, un coup de théâtre se produit : « *Portia : Arrête un peu. Ce n'est pas tout. Ce billet-ci ne t'accorde pas une goutte de sang. Les termes exprès sont : une livre de chair. Prends ce qui t'es dû, prends ta livre de chair ; mais si, en la coupant, tu verses une seule goutte de sang chrétien, tes terres et tes biens sont, de par les lois de Venise, confisqués au profit de l'Etat de Venise. Shylock : Est-ce là la loi ? Portia : Tu verras toi-même le texte. Puisque tu réclames justice, sois sûr que tu obtiendras justice, plus même que tu ne le désires* ». Shylock se rétracte brusquement et consent à se contenter du remboursement de la somme prêtée, mais Portia refuse cette modification de ses prétentions : « *Le Juif aura justice complète ...* », ou encore : « *Il n'aura que ce qui lui est dû en stricte justice* ». Elle précise même l'interprétation littérale qu'elle retient des stipulations contractuelles : « *Ne verse pas de sang ; ne coupe ni plus ni moins, mais tout juste une livre de chair. Si tu en prends plus ou moins que la juste livre, si tu diminues ou augmentes le poids convenu, fût-ce que de la vingtième partie d'un seul pauvre grain, si même la balance incline de l'épaisseur d'un cheveu, tu meurs, et tous tes biens son confisqués* ».

Finalement, à la rigueur du créancier dans la poursuite de son débiteur correspond la rigueur de la sentence qui est rendue. On peut penser qu'il n'a eu que la justice qu'il méritait. Echafaudée sur la lettre du contrat, sa stratégie est finalement déjouée par une interprétation littérale de celui-ci. Ici, l'enjeu de l'interprétation ne concerne pas la loi de la cité – son contenu n'est d'ailleurs jamais expressément cité dans la pièce, même si on comprend qu'il impose le respect, par les parties contractantes et le juge, des conventions établies – mais la loi du contrat qui, après tout, n'est jamais qu'une loi particulière. En se réfugiant derrière les mots pour rejeter toute idée de magnanimité ou de modération, Shylock a lui-même contribué à fragiliser sa position et se retrouve dans une situation comparable à celle de la Sibylle de Cumès qui, ayant obtenu d'Apollon une longue vie, avait omis de lui demander aussi

l'éternelle jeunesse¹⁰⁷. L'excès dont il s'est rendu coupable, consistant à n'admettre que ce qui est écrit dans la convention, a légitimé l'interprétation ultra restrictive adoptée *in fine* par Portia : la chair, mais pas de sang ; une livre, ni plus ni moins. Le sens littéral, dans cette méthode d'interprétation, se suffit à elle-même ; le texte, recroquevillé sur lui-même, se réduit à son monde interne. Il est nécrosé parce que ses cellules, que sont les mots qui en constituent la texture, sont dévitalisées par une interprétation qui les coupe du réel.

Il ne faut pas voir dans cette interprétation littérale une manifestation de l'exégèse. Celle-ci ne s'attache pas qu'aux mots et à la grammaire, même si une telle confusion a parfois pu être commise¹⁰⁸. L'exégèse c'est avant tout expliquer un texte, lui faire produire du sens. Dans ce travail, le texte n'est pas la seule référence : l'exégète, « *médiateur et maître du sens* »¹⁰⁹ joue un rôle prépondérant ; sans oublier l'influence souvent déterminante du rédacteur du texte. Dans le domaine juridique, le trait caractéristique de cette méthode exégétique, est la recherche de la volonté du législateur derrière le texte de loi, ou de celle des parties derrière les stipulations contractuelles. Pire, « *un texte, d'après elle, ne vaut rien par lui-même, mais seulement par l'intention du législateur, qu'il est censé traduire ; le Droit positif s'absorbe, en réalité, dans cette intention ; c'est elle que, par delà le texte le juriste doit chercher* »¹¹⁰. Si Portia respectait la méthode exégétique, au sens juridique de cette expression, elle n'aurait pas pu prendre une telle distance par rapport à l'intention des parties contractantes. Gény, Charmont, Chausse et Bonnecase ont pourfendu cette dérive de l'exégèse qui consiste, pour l'interprète, à remplacer par ses conceptions personnelles celles qu'il prétend découvrir dans l'intention du législateur et l'esprit de la loi. « *Et pourtant, le respect qu'on semblait avoir pour ces textes écrits n'était qu'une vaine apparence : car en réalité, le commentateur, à son insu et se trompant lui-même, créait ses principes et les prêtait au législateur pour leur procurer l'autorité qui leur manquait* »¹¹¹. Parfois, il ne s'agit d'ailleurs pas d'erreur mais de stratagème rhétorique. Demolombe, qualifié par Bonnecase de « *prince de l'Exégèse* », le reconnaissait à demi-mot : « *L'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse et subtile ; elle peut même parfois prêter au législateur des vues, des intentions qu'il n'avait pas ... meilleurs ou moins bonnes ; mais enfin il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir inventé ; autrement elle ne serait plus de l'interprétation* »¹¹².

Antigone aurait pu se défendre en ergotant comme Portia, car le corps de Polynice « *n'était pas enterré mais comme couvert de fine poussière pour échapper à la souillure* » (255-256), le garde précisant que seulement une poussière sèche avait été répandue sur le cadavre, les rites funéraires ayant été également accomplis (247). Or la défense de Créon était ainsi exprimée : « *Quant à son frère, (...) défense a été proclamée au peuple de l'honorer d'une tombe et de le pleurer, en sorte que, cadavre sans sépulture, il soit la proie qu'oiseaux et*

¹⁰⁷ Ovide, *Métamorphoses*, XIV, 130.

¹⁰⁸ P.-E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V°Exégèse : « *Explication grammaticale et mot par mot* ». Parmi les juristes, on cite souvent la préface de Marcadé à son *Cours élémentaire de droit civil français* (4^{ème} éd. 1850, T.I, p.4) : « *Dans la méthode exégétique (...) on suit le texte pas à pas ; on dissèque chacun des articles pour l'expliquer phrase par phrase, mot par mot (...)* ». Toutefois, l'auteur se dit être adepte d'un mélange de la méthode exégétique et de la méthode dogmatique. Voir aussi Laurent (*Principes de droit civil*, 3^{ème} éd. 1878, T.1, n°273, p.347) : « *La règle est donc que la lettre claire s'identifie avec l'esprit de la loi* » ; mais la pensée de cet auteur, souvent caricaturée, est en réalité nuancée (voir op. cit. n°272 et 274).

¹⁰⁹ H. Meschonnic, in *Encyclopédie philosophique universelle, Les notions philosophiques*, PUF.1990, T.1, V°Exégèse.

¹¹⁰ J. Bonnecase, *L'Ecole de l'Exégèse*, 2^{ème} éd. 1924, n°48, p.131 et 132.

¹¹¹ J. Charmont et A. Chausse, *Les Interprètes du Code civil*, in *Livre du centenaire*, 1904, T.I, p.135. Voir aussi, F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ. 2^{ème} éd. 1919, T.I, n°25 et 60 ; J. Bonnecase, op. cit., n°49, p.139.

¹¹² *Cours de Code civil*, T.I, 1845, n°115.

chiens déchirent » (198-206). Antigone aurait donc pu soutenir que son acte ne contrariait pas la défense édictée par Créon, dans la mesure où, d'une part, elle n'a creusé aucune tombe pour Polynice – le cadavre de celui-ci ne pouvant échapper aux animaux à cause de la fine pellicule de poussière sèche qu'elle a répandue – et, d'autre part, elle ne se croyait pas visée par cette interdiction qui concernait le peuple de Thèbes et non la sœur de Polynice. Mais, cette méthode fondée sur le subterfuge ne sied pas à la finalité que poursuit Antigone : la justice. Ce qui importe pour elle, c'est de montrer en quoi la loi de Créon est injuste. L'objectif de Portia est tout autre : sauver Antonio tout en appliquant la loi de Venise et la loi du contrat. Elle met au service de cette double finalité la même méthode que Busiris utilise pour donner raison à Hector et au parti de la paix : une exégèse dévoyée. Mais tandis que Busiris, dans l'opération, se ridiculise par sa palinodie, Portia se grandit par l'utilisation d'un faux-fuyant. Il suffit pour s'en convaincre d'entendre les chaleureux remerciements qui lui sont adressés à la fin du procès : « *Bassanio : Très digne gentilhomme, mon ami et moi nous venons d'être soustraits par votre sagesse à une pénalité cruelle ...* ».

La figure doctrinale personnifiée par Portia ne représente pourtant pas, malgré les apparences, un modèle indépassable. Un double risque, inhérent à sa méthode, ne doit pas être mésestimé. D'une part, l'interprète peut se heurter à un noyau dur d'interprétation qui le contraint à préconiser une solution injuste afin de respecter les termes et l'esprit de la loi. D'autre part, le danger inhérent à l'utilisation d'une méthode biaisée réside dans le déficit éthique qu'elle inocule dans la discussion et le risque de rejet par l'opinion de la solution retenue faute d'une motivation qui en favorise l'acceptation.

Si Hart a montré qu'il fallait « reconnaître à toutes les règles une marge d'imprécision ou une texture ouverte »¹¹³ irréductible en raison de la confrontation entre le caractère général du langage humain et l'infinie diversité des faits, il admettait cependant l'existence d'un « noyau de certitude ». Si effectivement l'interprète d'un texte possède un indéniable et important pouvoir de création de sens, il ne s'agit cependant pas d'un pouvoir absolu. Si l'interprétation ne se réduit pas à un acte de connaissance d'une signification préexistante, elle n'est pas davantage un simple acte de volonté arbitraire. Il faut cesser de croire que la signification d'un texte appartient ou bien au seul rédacteur ou bien au seul interprète. « *La subjectivité du lecteur n'est pas plus maîtresse du sens du texte que celle de l'auteur. L'autonomie sémantique du texte est égale de part et d'autre* »¹¹⁴. Ainsi, le monde du texte fournit des contraintes que l'on ne peut sous-estimer sans le dénaturer. Cette tension existe dans toute interprétation artistique : le concertiste ou l'acteur est lié par la partition de notes ou les répliques qu'il doit jouer ; si son interprétation n'en est pas moins créatrice, elle ne saurait complètement s'abstraire de l'œuvre interprétée¹¹⁵.

Or, la méthode biaisée de Portia, consistant à s'incliner devant la loi pour, en réalité, faire produire au texte le sens qu'elle souhaite grâce à la marge d'incertitude ouverte par le langage, risque de se heurter contre un mur de sens. Certes, une Cour suprême peut toujours passer outre et retenir une signification incompatible avec le texte de loi, dans la mesure où aucune autorité hiérarchiquement supérieure n'est susceptible de censurer sa décision. On est alors en présence ou bien d'une violation délibérée de la loi, ou bien d'un refus d'application pour des motifs d'équité. Dans un cas, ce n'est plus d'interprétation qu'il s'agit mais d'un acte

¹¹³ *Le concept de droit*, PFUSL, 1976, trad. franç., p.120.

¹¹⁴ P. Ricoeur, *Réflexion faite*, Ed. Esprit 1995, p.60.

¹¹⁵ J. Frank, *Words and Music : Some Remarks on Statutory Interpretation*, (1947) Col. L. Rev. 1259; P.-A. Côté, *Fonction législative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leurs rapports*, in *L'interprétation du droit*, Bruylant-PUAM, 1995, p.198.

de rébellion, qui peut se justifier, comme dans Antigone, en présence d'une loi injuste. Dans l'autre cas, il importe que l'interprète explique les raisons concrètes et particulières qui l'amènent à s'écarter en l'espèce de la règle générale. En toute hypothèse, la méthode utilisée par Portia n'est pas adéquate à cause du déficit de discussion et de franchise qui la caractérise.

Selon Perelman le juriste ne peut se contenter d'un raisonnement purement formel, mais doit se préoccuper de l'acceptabilité sociale de la décision à laquelle ce raisonnement conduit¹¹⁶. Or, une décision qui s'écartere de la lettre de la loi, pour des motifs d'équité, n'est socialement acceptable que si elle s'appuie sur une solide et explicite argumentation. Il est vital pour le juriste de convaincre son auditoire de la pertinence de la solution finalement retenue. Comme le souligne Habermas, « *la justesse signifie l'acceptabilité rationnelle, étayée par des bonnes raisons* »¹¹⁷. Or, cette acceptabilité, qui n'est que le produit de la discussion, ne peut être atteinte sans une éthique, c'est à dire sans un dévoilement des raisons explicatives. Ce sont précisément ces raisons que Portia prend soin d'occulter ; alors qu'Antigone n'a de cesse que d'entrer dans une « *procédure argumentative* », ce à quoi se refuse Créon. Si effectivement « *la justesse des décisions juridiques se mesure en dernière instance à la manière dont sont remplies les conditions communicationnelles de l'argumentation rendant possible une formation impartiale du jugement* »¹¹⁸, alors la méthode de Portia mène à l'échec. Il est clair que la doctrine savante, si elle souhaite imposer sa légitime autorité tant à l'égard des justiciables, du juge que du pouvoir politique, se doit de ne pas se dérober à cette logique argumentative et communicationnelle. Elle doit également s'ouvrir à une discussion dans laquelle les arguments strictement juridiques ne sont pas les seuls pertinents¹¹⁹. Si des considérations morales, philosophiques, politiques, économiques ou sociologiques interviennent de façon déterminante dans la *ratio decidendi* pourquoi ne pas les expliciter afin de les soumettre à la discussion ? Les motifs de cette oblitération résident peut-être dans le statut de la doctrine qui peut être encline à abuser de son pouvoir symbolique et à trouver un refuge derrière le masque protecteur de la technique.

C – LE POUVOIR SYMBOLIQUE

Les trois personnages choisis pour réfléchir sur la doctrine reflètent tous l'image d'une doctrine qui n'est pas purement spéculative, mais impliquée dans la pratique. Chacun à sa manière participe à la recherche d'une solution à un problème et ne se contente pas de délivrer un enseignement abstrait. Mais là s'arrêtent les ressemblances. Avec Portia, comme avec Busiris, nous sommes en présence d'une doctrine consultante. Dans les deux cas, il est recouru à leur expertise pour connaître le droit et trouver une réponse satisfaisante. Contrairement à Antigone, qui voulait imposer au pouvoir politique son intervention et sa conception de la justice, Portia et Busiris sont consultés. La différence entre ces deux derniers réside dans les modalités de saisine : alors que le second est sollicité par l'une des parties (les partisans de la guerre), ce qui est de nature à entacher l'impartialité de son avis, la première

¹¹⁶ *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz 2^{ème} éd. 1979, n°8.

¹¹⁷ J. Habermas, *Droit et démocratie*, Gallimard 1992, trad. franç., p.149.

¹¹⁸ J. Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, trad. franç. Gallimard 1997, p.253.

¹¹⁹ J. Habermas, op. cit., p.253 : « *la discussion juridique ne peut pas se mouvoir d'une manière autosuffisante dans l'univers du droit en vigueur s'il est hermétiquement clos, elle doit au contraire rester ouverte aux arguments d'une autre provenance, et en particulier aux raisons pragmatiques, éthiques et morales que le processus législatif fait ressortir et qui sont intriquées dans la prétention des normes juridiques à la légitimité* ».

est consultée par le juge ce qui, abstraction faite du stratagème de la substitution de personne, est un gage d'indépendance.

Cette activité de consultation est, sinon rendue possible, du moins facilitée par l'existence d'une doctrine organique, d'un corps constitué de savants dont les opinions sont revêtues de l'*auctoritas*. C'est précisément ce qui fait défaut à Antigone : elle n'a pas de légitimité scientifique, seulement une légitimité traditionnelle¹²⁰ (elle est la fille du précédent roi de Thèbes : Œdipe, et elle défend les coutumes ancestrales du peuple). Certes, le titre de docteur ou d'expert en droit n'est pas en soi suffisant. Il n'a pas permis à l'avis de Busiris de s'imposer. En revanche, pour Portia, les signes d'*auctoritas* ont certainement contribué à conférer à sa consultation un caractère indiscutable. Shakespeare ne manque d'ailleurs pas d'insister et de les multiplier : Portia est introduite auprès du Doge par une lettre de recommandation d'un grand maître ; cette lettre précise que Bellario et son disciple ont recherché la solution dans de nombreux livres ; Portia-Balthazar apparaît revêtue du costume de docteur en droit ; il est précisé que ce jeune docteur vient de Rome, berceau qui a vu la naissance de la science juridique et qu'il a été instruit de l'affaire à Padoue, dont l'université, essentiellement vouée à l'enseignement du droit, a été créée au XIIIème siècle par des professeurs et des étudiants venus de Bologne et fut rattachée à l'Etat vénitien qui interdit à ses sujets d'aller étudier ailleurs. Autant d'indices de la possession d'un savoir précieux et hermétique. C'est ce que Gadamer nomme la « *reconnaissance dogmatique* » de l'autorité, c'est à dire l'acte par lequel on reconnaît que l'autre est supérieur en jugement et en perspicacité (ce qui ne signifie pas que l'opinion autorisée soit à l'abri de la critique car, pour Gadamer, la vraie autorité ne s'exprime pas sur le mode autoritaire)¹²¹. En pratique, la supériorité des compétences ne peut être vérifiée à chaque fois ; d'où l'importance de la constitution d'un corps de savants qui, en cooptant ses membres, contrôle leur valeur. Les marques d'appartenance à ce corps cristallisent donc une présomption d'autorité et expriment la détention d'un « *capital symbolique* », selon l'expression de Bourdieu¹²².

Mais les signes d'autorité ne peuvent suffire. Ils dissimulent parfois l'incompétence – « *d'un magistrat ignorant c'est la robe qu'on salue* »¹²³ – ou la vacuité de la science de ceux qui les arborent¹²⁴. C'est pourquoi des auteurs comme Habermas ou Bourdieu préfèrent parler de « *violence symbolique* »¹²⁵. Shylock subit indubitablement cette domination symbolique par laquelle Portia, par son seul statut et sans contrainte physique, lui impose une solution on ne peu plus défavorable. Dans la pièce, la « *domination doxale* » de Portia est tellement puissante qu'elle la porte à se substituer au juge sans que ce dernier émette une quelconque protestation. C'est ainsi que non seulement elle prend la direction des débats, mais qu'au surplus elle rend

¹²⁰ Sur ce concept, voir : M. Weber, *Economie et société*, trad. franç. Plon 1995, T.I, p.289 et 301 et s.

¹²¹ H.G. Gadamer, *Herméneutique et philosophie*, trad. franç., Beauchesne 1999, p.100 ; *Vérité et méthode*, trad. franç. Seuil 1996, p.298 et s.

¹²² Plus exactement les signes d'appartenance à une communauté savante participent des effets symboliques du capital scientifique ; lire P. Bourdieu, *Méditations pascaliennes*, Seuil 1997, p.285.

¹²³ La Fontaine, *L'Ane portant les reliques*, in *Œuvres complètes*, Gallimard, Coll. La Pléiade, T.I, 1991, p.196.

¹²⁴ Pascal, *Pensées*, in *Œuvres complètes*, Gallimard, Coll. La Pléiade, T.II, 2000, p.553 et n°41 : « *Nos magistrats ont bien connu ce mystère. Leurs robes rouges, leurs hermines dont ils s'emmailotent en chats-fourrés, les palais où ils jugent, les fleurs de lys, tout cet appareil auguste était fort nécessaire ; et si les médecins n'avaient pas des soutanes et des mules, et que les docteurs n'eussent des bonnets carrés et des robes trop amples de quatre parties, jamais ils n'auraient dupé le monde qui ne peut résister à cette montre si authentique. S'ils avaient la véritable justice et si les médecins avaient le vrai art de guérir, ils n'auraient que faire de bonnets carrés ; la majesté de ces sciences serait assez vénérable d'elle-même, mais n'ayant que des sciences imaginaires, il faut qu'ils prennent ces vains instruments qui frappent l'imagination à laquelle ils ont à faire et par là en effet ils attirent le respect* ».

¹²⁵ Voir entre autres : P. Bourdieu, *Méditations pascaliennes*, Seuil 1997, p.197 et s.

elle-même la sentence ; le Doge n'intervenant qu'à l'issue du procès pour gracier Shylock et confisquer sa fortune. Une telle dilatation de la fonction doctrinale ne pouvait se produire ni pour Antigone ni pour Busiris. La première se heurte, en effet, à un pouvoir tyrannique qui ne reconnaît pas la légitimité du rôle qu'elle entend jouer. Le second, quant à lui, se prévalait d'une autorité symbolique, mais Hector et le parti de la paix n'entendaient pas s'y soumettre sans exercer leurs facultés critiques. Au contraire, dans *Le marchand de Venise*, l'auditoire est conquis, mieux se laisse conquérir, par l'autorité de Portia-Balthazar. La tentative de Bassanio de la convaincre d'enfreindre la loi est timide et fait long feu. Le Doge, pour sa part, est trop heureux de se décharger du pesant fardeau. Il incarne certainement le sentiment général de l'auditoire vénitien, car il est en général issu des grandes familles de patriciens marchands qui assurent la prospérité et la puissance de la *miraculosissima civitas*. Ce qui explique la compassion exprimée par le Doge à l'égard d'Antonio et qui confine à la connivence de classe.

Plus curieuse est la soumission de Shylock à la sentence qui finalement le frappe au lieu de lui donner satisfaction. C'est que, selon Bourdieu, les dominés participent inconsciemment à leur domination par leur *habitus*. « *La violence symbolique est cette coercition qui ne s'institue que par l'intermédiaire de l'adhésion que le dominé ne peut manquer d'accorder au dominant (donc à la domination) lorsqu'il ne dispose, pour le penser et pour se penser ou, mieux, pour penser sa relation avec lui, que d'instruments de connaissance qu'il a en commun avec lui et qui, n'étant que la forme incorporée de la structure de la relation de domination, font apparaître cette relation comme naturelle* »¹²⁶. En d'autres termes, pour que le pouvoir symbolique s'exerce, il faut un minimum de référents communément admis. Ce n'est qu'à cette condition que l'autorité, reconnue par tous y compris ceux à qui elle donne finalement tort, se substitue efficacement à la violence physique. Certes, Shylock se réfère à sa propre culture lorsque, heureux de voir Portia-Balthazar prendre son parti, il lui décerne le nom glorieux du prophète Daniel. Mais, force est de constater que, dès la troisième réplique en présence de Portia, Shylock accepte son intervention en qualité de savant : « *O juge jeune et sage, combien je t'honore !* » ; puis il la qualifie de « *très révérend docteur* ». Après tant de louanges, comment Shylock pouvait-il rejeter l'autorité du jugement de Portia ? Quelle autre alternative se présentait à lui que d'abandonner sa prétention et d'accepter l'offre de remboursement ? Le trait de génie de Portia est d'avoir fait mine de donner raison à Shylock afin qu'il accepte implicitement la légitimité de son intervention et partant de l'avoir enfermé dans un inextricable rapport de domination scientifique et symbolique qui ne pouvait le mener qu'à la capitulation. Finalement, Shylock cumule les inconvénients inhérents à son appartenance à une minorité religieuse : il subit des persécutions et des vexations en raison de ses différences, mais intégré dans la société à cause des relations d'affaires auxquelles il prend part, il doit subir la justice dont il s'est servi pour tenter de parvenir à ses fins. C'est cette participation sociale qui l'inclut dans l'auditoire et rend possible l'action de convaincre¹²⁷.

L'autorité de la doctrine est donc proportionnelle au prestige que lui reconnaissent ceux qui acceptent de se reconnaître liés par les opinions qu'elle donne. L'échec est patent pour Antigone et Busiris, qui ne sont pas parvenus à cette reconnaissance par l'auditoire qu'ils avaient l'ambition de convaincre. En revanche, c'est la reconnaissance acquise de l'auditoire qui auréole de gloire Portia. Où l'on constate que la doctrine n'a d'autre moyen d'exister comme corps que l'élitisme, seul moyen d'atteindre un niveau d'excellence. Par conséquent, le droit qui émane d'elle n'est pas démocratique, mais aristocratique, au sens étymologique du

¹²⁶ P. Bourdieu, *Méditations pascaliennes*, Seuil 1997, p.204.

¹²⁷ Sur la notion d'auditoire et la nécessité d'une communion sociale et culturelle, voir : A. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable, La justification en droit*, trad. franç. Story scientia-LGDJ., p.270 et s.

terme (pouvoir des meilleurs). Dans cette perspective, l'image du docteur se construit sur le modèle héroïque d'Hercule. Reprenant la critique de F. Michelman¹²⁸, J. Habermas propose de substituer au paradigme herculéen de R. Dworkin la recherche de la solution juste par la voie de la coopération qu'il nomme « *procédure argumentative* »¹²⁹. Or, celle-ci ne peut exister sans une égalité des intervenants ni si le débat argumenté fait appel à d'autres considérations que la seule raison. L'idée est d'emporter la conviction d'un « *auditoire universel* », selon l'expression de Perelman¹³⁰, à l'issue d'une procédure argumentative réglée, mais sans contrainte, dont l'enjeu est la prévalence de l'argument le meilleur sur la base des meilleures informations et des meilleures raisons. Sans nier l'intérêt de cette théorie, il convient de la tempérer pour l'adapter à la réalité du discours juridique qui suppose l'inégalité d'accès et d'influence des intervenants dans la discussion. Comme en matière juridique toutes les opinions ne se valent pas, la majorité n'a pas forcément raison : on les mesure à l'aune de l'*auctoritas* de leur auteur. Pour autant, l'autorité ne peut à elle seule clore un débat et l'argument qu'elle fournit, on le sait depuis au moins Boèce, est le plus faible de tous.

D – LE MASQUE PROTECTEUR

Le déguisement revêtu par Portia ne lui confère pas seulement les symboles de l'autorité savante, il assure également son indépendance. Ainsi, elle représente la doctrine qui, pour asseoir son crédit préfère avancer masquée et ne pas dévoiler les intérêts qu'elle défend. A l'imitation des acteurs du théâtre antique, on ne la reconnaît pas derrière son masque. Mieux, les autres personnages ne connaissent pas l'existence du masque et n'ont pas conscience du rôle qu'elle joue grâce à lui. C'est d'ailleurs ce masque qui lui permet de se présenter comme un intervenant neutre dans le débat. En effet, le masque de l'acteur ne cache pas seulement son visage, il déforme aussi sa voix qui semble, à travers lui, venir de l'au-delà¹³¹. Ainsi, en oblitérant sa personne sous un discours apparemment technique, le docteur prétend accéder à la neutralité scientifique. En vérité, il n'en est rien, mais il est clair que la révélation des liens qui l'unissent au meilleur ami d'Antonio, qui plus est débiteur de la somme d'argent garantie par le gage litigieux, aurait suffi à discréditer son intervention. Evidemment, une telle proximité est rare en doctrine. Toutefois, la métaphore suggère que pour convaincre, mieux vaut parer son raisonnement des atours de la technique plutôt qu'en avouer les fondements philosophiques et politiques ou les influences sociologiques et économiques. Bien sûr cela revient à biaiser le débat, mais le profit retiré est considérable : la protection conférée par cette apparence de neutralité. Au lieu de déclarer la loi de Venise inapplicable au litige opposant Shylock et Antonio, et prendre le risque de contrarier le pouvoir politique et le milieu économique, Portia dissimule sa *ratio decidendi*. Elle est donc cette doctrine hypocrite (au sens étymologique de jeu d'acteur, de rôle) qui affirme n'avoir aucune influence personnelle directe sur le droit positif, qu'elle se donne pour mission de décrire tel qu'il est, mais qui, par son discours et par les concepts utilisés, l'irradie de considérations axiologiques. Si, le plus souvent, le docteur n'a pas conscience des postulats philosophiques ou politiques qui sous-

¹²⁸ F. Michelman, *The Supreme Court 1985 Term, Foreword : Traces of Self-Government*, in Harvard Law Review n°100, 1986; p.72.

¹²⁹ J. Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, trad. franç. Gallimard 1997, p.250.

¹³⁰ Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, 5^{ème} éd. Ed. de l'Université de Bruxelles 1992, §.7, p.40.

¹³¹ R. Barthes, *Fragments d'un discours amoureux*, Seuil 1977, p.132.

tendent ses prises de position, on ne peut cependant exclure totalement l'existence de postures cyniques. En effet, l'ampleur d'un pouvoir discrétionnaire dépend de la capacité à le dissimuler¹³². La manière dont est résolue la question de savoir si la jurisprudence et la doctrine sont des sources de droit est, à cet égard, exemplaire.

Malgré les fortes similitudes qui les rapprochent quant à l'ambiguïté de leur statut (puisque tous les deux affichent une indépendance de façade et occultent les intérêts partisans qu'ils défendent), une différence majeure sépare Portia de Busiris. Celui-ci est pleutre et vénal, tandis que celle-ci fait preuve de probité financière en refusant les honoraires qui lui sont proposés, au terme du procès, par Bassanio. L'hypocrisie de Portia se limite donc à la stricte nécessité : ce n'est qu'un moyen de parvenir à la solution juste tout en se protégeant. Mieux, son déguisement assure l'efficacité de sa stratégie ; il est un moyen tactique pour parvenir à ses fins. C'est ce qui la rend plus habile qu'Antigone et plus sympathique que Busiris.

La figure doctrinale de Portia est toutefois controversée. Pour Kohler¹³³, elle incarne la « quintessence du droit ». La scène du tribunal, dans *Le marchand de Venise*, « renferme une jurisprudence plus profonde que dix traités de Pandectes et nous ouvres un coup d'œil profond sur l'histoire du droit que tous les ouvrages depuis Savigny jusqu'à Jhéring ». Puis Kohler devient dithyrambique : sa sentence est « le triomphe de la conscience juridique épurée sur la sombre nuit qui pesait sur le droit antérieur ; c'est un triomphe qui se cache derrière des raisons apparentes, qui prend le masque des faux motifs parce qu'il est nécessaire ; mais c'est un triomphe, un grand, un énorme triomphe, non seulement dans ce procès isolé, mais dans l'histoire du droit en général ; c'est le soleil du progrès qui a de nouveau jeté ses rayons réchauffant dans le sanctuaire de la justice ».

En revanche, l'image que Portia renvoie de la doctrine et de la science juridique n'est guère reluisante sous la plume de Jhéring. Il n'hésite pas à qualifier la méthode de Portia d'« honteuse perfidie » et de « ruse misérable »¹³⁴. Puisque l'effusion de sang était la conséquence inévitable du prélèvement de la livre de chair, et dans la mesure où l'engagement avait été reconnu juridiquement valable, Portia a employé « un misérable faux-fuyant » et commis « un déplorable trait de chicane »¹³⁵. L'injustice criante du procédé est soulignée par Jhéring à l'aide d'une démonstration par l'absurde : « Un juge pourrait avec autant de raison reconnaître à l'ayant droit une servitude de passage, mais lui défendre de laisser des traces de pas, sous prétexte que cela n'a pas été convenu lorsqu'on a établi la servitude ». Au-delà du caractère artificiel de l'interprétation retenue par Portia, c'est la loi de la cité qui est en cause. Jhéring ne s'y trompe pas et considère que la phrase la plus importante de la pièce, pour la philosophie du droit, est celle prononcée par Shylock : « J'invoque la loi ». « Par ces quatre mots la prétention de Shylock devient d'un seul coup la question du droit de Venise. Comme la figure de cet homme devient puissante et gigantesque quand il prononce ces paroles ! Ce n'est plus le juif qui réclame sa livre de chair, c'est la loi de Venise elle-même qui frappe à la porte du prétoire, – car son droit et le droit de Venise, ne font qu'un ; dans son droit c'est le droit de Venise qui s'effondre. Et lorsque lui-même s'effondre sous le poids de la sentence qui, par une misérable plaisanterie, élude son droit, lorsque poursuivi

¹³² M. Troper, *La liberté d'interprétation du juge constitutionnel*, in *L'interprétation en droit*, Bruylant-PUAM, 1995, p.239.

¹³³ J. Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, Wurzburg, 1883, cité par R. von Jhéring in *La lutte pour le droit*, trad. Française 1890, p.XXVII.

¹³⁴ R. von Jhéring, *La lutte pour le droit*, p.XXIII.

¹³⁵ Op. cit., p.68.

d'insultes amères, rompu, brisé, il fléchit les genoux en tremblant, qui peut se défendre du sentiment qu'en lui c'est le droit de Venise qui a été humilié (...) ».

Si l'humiliation subie par Busiris affectait, par voie de conséquence, les lois du droit international qu'il invoquait, elle n'atteint, avec Portia, que la loi et non la doctrine qui l'a finalement dominée par sa maîtrise, son savoir-faire. Alors qu'Antigone se détruit avec la loi qu'elle combat, Portia semble se grandir en prétendant appliquer la loi qu'elle dénature habilement. Comme si la doctrine ne pouvait éviter l'indépendance destructrice et la servilité humiliante qu'en dissimulant soigneusement les fins auxquelles elle veut parvenir ; comme si son prestige était proportionnel au talent qu'elle déploie pour tordre et manipuler la loi à laquelle elle a apparemment donné acte d'allégeance. Portia incarne donc la doctrine mystificatrice ; celle qui abuse le profane par ses astuces de raisonnement et son jargon. Mais, elle joue ce rôle pour une bonne cause ; elle a pour finalité la justice. Néanmoins, les dissimulations et les faux semblants que cette démarche implique ne prémunissent pas contre les impostures. Il est même à craindre qu'elle favorise les manœuvres perfides et les dessins machiavéliques, ce qui, aux yeux des profanes que sont le plus souvent les justiciables, ne peut que ternir l'image d'une doctrine excessivement habile.

Epilogue : Au terme de ce parcours, il est possible d'évaluer les fruits que le juriste peut cueillir d'une incursion dans les contrées de la littérature. Il faut pourtant avoir conscience des limites de cette méthode : elle ne saurait fournir une vision indiscutable et intégrale de la réalité (mais quelle méthode le peut ?). Ainsi, les trois figures, choisies au hasard de lectures lacunaires (ce qui ne signifie pas d'une manière neutre), suscitent une réflexion exagérément pessimiste sur la doctrine. En effet, on la voit échouer à cause de son intégrité, se ridiculiser en raison de sa servilité et ne réussir que par hypocrisie. Vraisemblablement, cette noirceur s'explique par la dimension théâtrale des personnages, dont le rôle participe à l'action et à la progression de l'histoire. En outre, il faut reconnaître que les personnages au caractère coloré et atypique attirent davantage l'attention du lecteur. D'où une sur-représentation des situations singulières, amplifiée par la confrontation de trois images contrastées, chacune accusant les traits des autres au risque de les caricaturer. Pour autant, cette singularité ne disqualifie point la valeur heuristique de la démarche, à condition de ne pas céder à la tentation de généraliser à l'excès les conclusions auxquelles elle permet d'aboutir. En effet, l'étude des cas-limites permet souvent de pointer des phénomènes qui ordinairement passent inaperçus. Mais l'analyse n'est pertinente qu'à condition de ne pas ignorer ce que recèle d'outrancier le cas-limite étudié.

Il est possible de trouver des œuvres qui renvoient des images plus optimistes de la doctrine. Dans les tragédies de Sophocle, l'intégrité n'empêche pas toujours l'élaboration d'un compromis. Ainsi, dans *Ajax*, Ulysse parvient à convaincre Agamemnon d'accorder une sépulture au vaillant guerrier qui était devenu leur ennemi en tentant de les massacrer. La ruse d'Athéna lui ayant fait prendre le bétail des Achéens pour ceux qui lui avaient refusé les armes du valeureux Achille, il se suicida en espérant que sa mort injuste déclenche une sanglante vengeance. Son plan faillit réussir lorsque Agamemnon, afin de laver l'affront qu'il pense avoir subi en raison de la trahison d'Ajax, interdit que son corps soit enseveli, initiant ainsi un conflit apparemment inextricable avec Teucros qui ne tolère pas que son frère ne soit pas enterré. C'est alors qu'Ulysse, celui qui a reçu les armes tant convoitées, s'interpose. Comme Antigone, il fait face à Agamemnon en combattant la décision du chef des Atrides. Comme Antigone, il a pour objectif de trouver, par le dialogue, une solution équitable. A cet

effet, il invoque, en s'adressant à Agamemnon, la justice¹³⁶, l'injustice¹³⁷, le juste¹³⁸. Mais, contrairement à la jeune Thébaine, Ulysse ne s'inscrit pas en rupture mais insiste sur les liens qui le rapprochent de celui qu'il veut convaincre : « *Puis-je en ami te parler franchement pour t'aider comme je l'ai toujours fait ?* » (1328-1329) et sur les différences qui l'opposent à leur ennemi commun ; « *Oui, je l'ai haï quand il fallait le haïr* » (1347). En ce faisant, il montre à Agamemnon le chemin de la raison et de la conciliation : « *Il fut mon ennemi, mais il fut généreux* » (1355) ; « *Sa vaillance est plus forte en moi que la haine* » (1357). Comme Portia, mais sans dissimulation ni argutie, Ulysse manie la rhétorique et veille à maintenir constamment le contact avec l'auditoire qui écoute son discours. Supérieur à Portia la solution à laquelle il permet de parvenir ne laisse personne dans le déshonneur et l'amertume.

Ici, la figure d'Ulysse laisse entrevoir une doctrine intègre et persuasive qui, au lieu de s'abîmer sur les récifs du pouvoir politique qu'elle combat, instaure une « *médiation créatrice* »¹³⁹, assume une fonction irénique. Mais pour cela, encore faut-il que ce pouvoir soit disposé à dialoguer, à reconnaître que le droit ne se réduit pas à sa volonté, à admettre qu'il n'a pas toujours raison. Sur ce plan, les bonnes dispositions dans lesquelles se trouve Agamemnon à l'égard d'Ulysse¹⁴⁰ tranchent avec l'hostilité par laquelle Créon accueille la critique d'Antigone. On perçoit donc la limite de la médiation : encore faut-il qu'il existe un terreau propice à la discussion franche et à la recherche dialectique d'un compromis. Lorsque cette condition est satisfaite, il est aisé pour la doctrine de jouer son rôle, sauf à se prêter, comme Busiris, à de sombres manigances. Si elle ne l'est pas, la doctrine doit alors inventer une manière d'être et de travailler qui n'est point évidente, balancée qu'elle est entre le combat et la capitulation, l'opposition et la compromission. C'est parce que les situations de crise sont révélatrices que la confrontation des images doctrinales réfléchies par les personnages d'Antigone, de Busiris et de Portia est intéressante.

¹³⁶ « *Que la violence ne triomphe pas de toi, ni la haine jusqu'à fouler au pied la justice* » (1334-1335). La traduction utilisée est celle publiée dans La Pléiade, *Les Tragiques grecs*, T.I., Gallimard 1967.

¹³⁷ « *Tu ne saurais le déshonorer sans injustice* » (1342).

¹³⁸ « *Non, il n'est pas juste d'offenser un brave quand il est mort, même si on l'a en haine* » (1344-1345) ; « *Agamemnon : Vas-tu nous faire passer pour des lâches ? Ulysse : Non, mais pour des justes aux yeux de tous les grecs* » (1362-1363).

¹³⁹ F. Ost, *Du Sinaï au Champ-de-Mars, L'autre et le même au fondement du droit*, Lessius 1999, p.73. Mais l'auteur rappelle que la médiation peut aussi être dévoyée en citant l'exemple du même Ulysse dans *Philoctète*.

¹⁴⁰ Lorsqu'Ulysse lui demande s'il est disposé à l'écouter, Agamemnon répond : « *Oui sans quoi je ne serais guère raisonnable, moi qui te tiens pour mon meilleur ami chez les Argiens* » (1330-1331).