



HAL
open science

L'imaginaire comme instrument de la puissance

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. L'imaginaire comme instrument de la puissance. M. Doat et G Darcy. L'imaginaire en droit, Bruylant, pp.251-259, 2011. halshs-00653969

HAL Id: halshs-00653969

<https://shs.hal.science/halshs-00653969>

Submitted on 20 Dec 2011

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.

1 - Il faut sans doute s'étonner que l'Assemblée qui nous accueille n'ait pas encore été saisie, dans la frénésie législative actuelle, d'une proposition de loi, voire même d'un projet défendu par le Garde des sceaux, devant les caméras essentiellement, visant à une rétention de sécurité sinon de messieurs, Perrault, Andersen et Grimm, du moins de leurs oeuvres, remises aux enfers, cet index laïque.

Les contes de fées dont ils sont les auteurs et que l'on raconte aux enfants sans autre motivation le plus souvent que l'habitude de répétition, devraient effrayer pourtant ceux qui pensent que la réponse à des faits divers passent par l'imagination législative : on fait en effet dans ces histoires imaginaires bien des références à des comportements moralement et juridiquement réprouvés : tel père veut forcer sa fille à l'épouser, tel ogre veut se délecter de chair enfantine, que sais je encore ?

Ces faits sont totalement imaginaires et ils parlent à l'imaginaire des enfants. Nul besoin de lire Bettelheim pour saisir que leur forme magique, leur enchantement du monde, contribuent à faire saisir ce que la simple rationalité des faits, du discours et de l'argument rendrait austère ; nul besoin de Weber pour voir que le message irrationnel et imaginaire fait échapper à la discussion et à la conviction ce qu'il inscrit sur le terrain de la transcendance, de la croyance, de l'émotion ; nul besoin enfin de Durkheim pour comprendre que pareille fantaisie, qui ne décrit pas le monde, fournit à l'enfant des points de repère, qu'elle structure sa représentation du monde physique dans lequel il grandit, et qu'elle lui fournit pour se diriger dans ce monde des normes définissant le permis et l'interdit.

L'efficacité du discours suffit à le recommander et on pardonne aux auteurs, au nom de cette utilité, certaines caractéristiques du discours : sa facticité, sa perversion aussi peut-être, qui sont assumées.

Le droit est un discours qui n'assume pas totalement pareille dimension. Or au delà de la métaphore esthétique, le détour par des contes de fées nous amène à penser ce que l'imaginaire, dans le droit, et surtout l'imaginaire du droit lui-même, peuvent avoir comme efficacité fonctionnelle.

Bien entendu, la métaphore s'arrête là où commence la spécificité du droit. Or à bien la chercher, celle-ci réside dans la légitimité de la contrainte : dans la construction d'un imaginaire appuyant et appuyé par la puissance (physique, ce qui n'exclut pas qu'elle soit aussi économique, symbolique, ou autre). S'interroger sur l'enchantement de la puissance revient à prendre à rebours l'idée de droit pour la désenchanter.

Il est une hypothèse que les promoteurs de cet ouvrage n'ont peut être pas imaginée, en tous cas qu'ils n'ont pas expressément retenue, peut-être parce qu'elle est beaucoup plus déstabilisante que l'imaginaire du droit ou celui du juriste : c'est celle de l'imaginaire nécessaire pour penser le droit lui-même. L'hypothèse non pas que l'imaginaire crée le droit, et que le droit a besoin d'imaginaire, mais celle du droit comme imaginaire. L'hypothèse qui invite à suivre comment l'imagination se représente (s' imagine) la force nue ou le pouvoir comme obligations et droits, institutions et normes, autorités et puissances. Il faut, pour prendre le droit au sérieux, sans s'en tenir aux vertus de l'incantation, une imagination assez étonnante, ce qui veut aussi dire que prendre la connaissance du droit au sérieux conduit à déconstruire ces représentations imaginaires, à rechercher leurs processus de production, de

diffusion, ou de conviction, en sachant que, seulement imaginaires, elles produisent des effets qui eux ne le sont en rien.

La question de l'imaginaire pour un juriste non-cognitivist, de surcroît empiriste, résonne étrangement autour d'oppositions, qui sont aussi des distinctions, permettant des reconstructions. Quels sont les faits qui nous font parler, croire, agir à partir de l'hypothèse du droit ? l'idéologie existe, la puissance aussi. Quel schéma d'interprétation nous fait lier ces faits pour nous conforter dans l'idée que l'hypothèse du droit n'est pas pur fantasme ? l'imaginaire ici consiste à prendre l'idéologie pour vérité, et le discours du droit pour indicatif, et non seulement normatif ; toutes choses qui tendent à occulter l'autre fait, celui de la puissance.

Je voudrais pour illustrer rapidement repartir d'abord d'un extrait de Pascal (2) pour repérer ensuite cette conception non chez les jusnaturalistes (trop facile répétition de ce que l'on sait déjà) mais chez leur principal contempteur en droit, Kelsen (3). Je terminerai en essayant de montrer comment cette prise en compte explicite de l'imaginaire, finalement banale dans certains discours savants sur le droit (science politique, histoire), est malgré tout prise en compte explicitement sinon consciemment dans nombre de théories du droit (4)

2 - Il est juste que ce qui est juste soit suivi, il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante ; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants ; la force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et, pour cela, faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste.

La justice est sujette a dispute, la force est très reconnaissable et sans dispute. Ainsi on n'a pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice et a dit qu'elle était injuste, et a dit que c'était elle qui était juste. Et ainsi, ne pouvant faire que ce qui est juste fut fort, on a fait que ce qui est fort fut juste.

Les seules règles universelles sont les lois du pays aux choses ordinaires, et la pluralité aux autres. D'où vient cela? de la force de ce qui est. Et de la vient que les rois, qui ont la force d'ailleurs, ne suivent pas la pluralité de leurs ministres.

Sans doute, l'égalité des biens est juste, mais, ne pouvant faire qu'il soit force d'obéir à la justice, on fait qu'il soit juste d'obéir à la force; ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que le juste et le fort fussent ensemble, et que la paix fût, qui est le souverain bien.

(Pascal, Pensées, 298-299)

Cet extrait de Pascal, peut-être un des plus compliqués qu'il soit, qui a donné lieu à bien des commentaires, Derrida notamment, contient évidemment la problématique classique du droit : le juste et le fort, et leur attraction/répulsion. Mais évidemment il nous laisse démuni devant une aporie classique de la philosophie.

Je sais ce qu'est le fort parce qu'il se manifeste dans le réel : la puissance ou le pouvoir physique, économique, idéologique. Mais j'ignore ce qu'est le juste et d'assez bonnes raisons conduisent à penser que pareille expression ne renvoie pas à autre chose que des préférences, qui peuvent être largement partagées, mais qui n'en demeurent pas moins éminemment subjectives.

Pour que mes préférences puissent se manifester dans le réel, qu'elles connaissent un début de réalisation, il me faut alors être puissant. Mais comme la puissance est plus que la force, il faut que ma force se présente comme autre chose que la force : comme une force légitime, comme une force *au service de*, et qu'elle se mue ainsi en droit. Mutation imaginaire puisque, quel que soit le jugement de valeur que l'on puisse porter sur le cas concret, il demeure que cette mue n'est pas transformation, qu'elle est en réalité travestissement et que derrière le droit existe encore et toujours la force, dont la subjectivité, pour nécessaire et inévitable qu'elle soit, ne disparaît jamais ; travestissement de la force en droit que permet l'idéologie, mais qui n'est possible que parce que notre imaginaire nous fait croire au droit, qu'il nous fait croire à cette mutation (quelle imagination féconde ne faut-il pas pour pouvoir imaginer sérieusement la *force de la loi*, la *volonté du législateur*, la *création des droits et obligations* dans le contrat !) ; qui n'est aussi possible que parce que cet imaginaire est aussi bien collectif que rassurant et espéré.

Cette question du lien entre le juste et le fort, et de l'imaginaire nécessaire du droit comme produit de cette liaison, est tout sauf une question neuve. Pascal déjà, mais nombre de philosophes autres, sans parler de l'incalculable apport ici de la science politique et de la sociologie critique, s'en sont emparé, pour la décrire, la comprendre ou parfois même prétendre la résoudre. Mon point ici n'est pas tel : je veux plutôt essayer de voir comment les juristes eux-mêmes tiennent compte de cette dimension imaginaire de leur objet : comment ils construisent le rapport entre imaginaire et puissance dans leurs discours sur le droit. Et comme je l'ai dit en dépassant l'aspect le plus facile, celui du rapport entre droit naturel et droit positif, qu'il s'agisse du droit juste face à la force du droit positif (le prétendu droit à l'insurrection alors que le beau mot d'insurrection ne saurait s'accommoder d'une autorisation préalable) ou du droit juste légitimant la force de l'Etat (jusqu'au devoir moral d'obéissance du soi-disant positivisme légaliste, qui partage avec le jusnaturalisme de confondre le droit -force – et la morale – juste). Je trouve plus intéressant d'observer cette idée chez des juristes qui s'affirment comme non-cognitivistes au plan éthique (qui nient donc l'existence d'une justice objective, et la dénoncent comme imaginaire), sans pour autant réduire le droit à la force (qui laissent donc place à davantage : un ensemble de normes, un sentiment de croyance, etc.)

Partant de l'idée qu'il n'existe pas d'obligation valide *a priori*, donc qu'il faut imaginer un mécanisme de l'obligation, certains projets positivistes construisent un objet *droit* qui les contraint à statuer sur un jugement d'existence (le droit positif), à insister sur un jugement de puissance (la volonté aux sources du droit) et à concevoir une entité idéale (la norme), posant une double question : que veut dire un jugement d'existence sur la norme, et que veut dire que la norme existante est voulue ? Ces projets doivent ainsi traiter directement avec la nature imaginaire du droit en ce qu'ils doivent imaginer que la volonté crée quelque chose qui existe au-delà du monde physique, donc de la force nue ; qui existe comme ou dans un monde idéal qu'on ne peut ni montrer ni démontrer (monde qu'il faut donc imaginer, avant de l'imaginer comme réel) ; ou qui existe comme fait imaginaire du monde physique, que l'on peut donc montrer seulement comme idéologie. Ce choix épistémologique et politique d'aborder sous un angle ou sous un autre dépend évidemment d'une conception beaucoup plus large du monde que nous nous imaginons. Mais quelle que soit l'approche, le droit, en partie sinon en totalité, révèle sa nature imaginaire pour se distinguer de la simple force qui le soutient et qu'il légitime : il révèle aussi l'imaginaire comme instrument de la puissance.

3 – Un monde à imaginer (nécessairement) : questions du normativisme.

Kelsen est sans doute le juriste qui a le plus fait avancer la connaissance du droit, essentiellement parce que son apport est moins dans la faculté d'imaginer un droit différent de celui des juristes classiques que dans sa capacité à doter les juristes classiques des outils pour concevoir ce droit. Il propose une vision rigoureuse de la conception classique des juristes, avec son imaginaire. En cela, il parvient à faire émerger du droit des juristes des éléments que ceux-ci n'admettaient pas forcément, mais qui y étaient nécessairement présents. Et notamment ce qu'il faut imaginer pour parler de droit.

La problématique de Kelsen s'inscrit dans trois propositions : a) il faut décrire le droit, b) on ne peut parvenir à décrire en liant logiquement des propositions d'être et des propositions de devoir-être et c) il faut décrire pour faire de la science du droit le devoir-être.

Plusieurs conséquences découlent de ces propositions. En premier lieu, les normes existent comme entités idéelles, dans un monde différent du monde des faits (la validité est alors le mode spécifique d'existence de ces normes). En second lieu, ces normes n'existent pas naturellement mais sont produites par un acte de volonté d'un auteur humain. En troisième lieu, il est nécessaire (au moins au premier stade de l'analyse kelsénienne) de supposer une dualité ontologique du monde entre un monde physique, celui des faits, et un monde idéal, celui (notamment ?) des normes.. En quatrième lieu, ce monde qui ne se montre pas, doit et peut être décrit dans des propositions de devoir-être (propositions descriptives)

Chez Kelsen un monde idéal poursuit le statut de l'imaginaire, et en cela Kelsen est proche de la métaphysique d'un Popper, qui distingue trois mondes : le *monde 1*, celui des phénomènes physiques ; le *monde 2*, celui de la conscience et de l'activité psychique subjective (sentiments, émotions, dispositions à agir, etc.) ; le *monde 3*, qui est celui de la connaissance objective, des idées, des productions de l'esprit humain.

Le monde idéal de Kelsen, celui dans lequel existent des normes que l'on peut décrire, se rapproche évidemment du *monde 3* de Popper. Ce *monde 3* est exclusivement humain, et le droit chez Kelsen est le produit d'une volonté humaine ; ce *monde 3* est lié à l'usage du langage argumentatif, ce qui évidemment fait écho à la conception kelsénienne du droit et de la production du droit.

Surtout ce *monde 3*, produit d'un imaginaire qui existe, en vient à se séparer de l'imaginaire pour exister, comme monde des idées ; Popper disait à son propos qu' « *une pensée, dès qu'elle est formulée en langage, devient un objet extérieur à nous-mêmes ; un tel objet peut alors être critiqué inter-subjectivement : par les autres aussi bien que par nous-mêmes* » (L'univers irrésolu, plaidoyer pour l'indéterminisme, édition Hermann, 1984, page 97). Tout comme existe le monde normatif de Kelsen. C'est un objet de l'imagination et non un fruit de la rêverie : il obéit à une connaissance rationnelle, et en ce sens il peut d'une part être décrit, d'autre part légitimer la force.

L'objet de cet imaginaire est particulièrement intéressant : il faut s'imaginer quelque chose de réel ; s'imaginer que *ce* que nous entendons par *droit* (un ensemble de normes) représente *quelque chose de réel*, et que ce quelque chose est *réellement différent* de la force. Pour pouvoir imaginer cela, il sera nécessaire de recourir à une fiction : chez Kelsen qu'une norme fondamentale existe. On voit bien que cette fiction sert d'abord à un choix épistémologique (imaginer ce que doit décrire la science du droit) ; mais qu'elle n'est pas exclusive pour autant d'un choix politique (quelle volonté doit être imaginée comme légitime, et pourquoi ? Parce

qu'elle est une volonté puissante...). Une norme (signification) qui est *purement* imaginée : « *il faut obéir à une constitution posée efficace en gros et de manière générale* ». La validité (ce mode spécifique d'existence des normes) est ainsi relative en deux sens : parce qu'elle dépend de l'imagination de l'observateur sur le statut de son objet, et parce qu'elle limite cette possibilité imaginaire à un objet réel : le produit d'une volonté efficace.

Hart de ce point de vue n'a pas une approche essentiellement différente de Kelsen ou de Popper, mais diffère sur un point : le jugement d'existence de la norme de reconnaissance est un jugement de fait et il faut seulement imaginer, par un jugement interne, que cette norme de reconnaissance est valide.

En ce sens, leur commune démarche est aussi imagination de la souveraineté et de l'Etat (synonymes de droit selon Kelsen) en ce qu'elle conduit à imaginer qu'une force physique efficace devient la puissance publique (monopole), exprimant la volonté (violence) juridique (légitime) ; et par cette imagination les autres forces (de fait), en viennent à être niées dans le discours, et combattues par la puissance.

4 – Un monde (nécessairement) imaginaire : questions du réalisme

La critique réaliste du normativisme semble, toutes choses égales par ailleurs, décliner la critique marxiste de l'hégélianisme (et le droit-Etat est il autre chose qu'une autre figure de l'Esprit-Etat ?).

La problématique ici repose sur trois propositions qui prétendent remettre l'analyse « sur ses pieds » : a) seuls les faits existent, b) la science ne peut décrire que des faits et c) il est donc nécessaire pour décrire le droit scientifiquement de réduire le droit à des faits.

La spécificité du droit tient au lien entre imaginaire et puissance, entre validité comme existence et validité comme valeur. Une double réduction s'opère avec les réalistes : la réduction du droit au discours, et la réduction du discours déontique à l'idéologie.

La prise en compte de la dimension imaginaire du droit est présente dans tous les réalistes, dès les origines : la philosophie morale d'Hägerström qui reproduit avec le droit la critique rationnelle de la théologie, le refus du droit des livres au profit du droit en action de la *Sociological Jurisprudence* ; jusqu'aux analyses plus contemporaines : l'étude de la pensée magique par Carla Faralli (*Diritto e Magia*, Giuffrè 1982) , le *Law as Fact* d'Olivecrona (Oxford University Press, 1939), même si le point étant (pour eux au moins) acquis, les tenants du réalisme traitent désormais le plus souvent cette dimension comme implicite nécessaire.

L'illustration célébrisime et amusante de cette dimension se trouve bien sûr chez Ross, dans *Tû-Tû* (Enquêtes n° 7, 1998), qui va au delà des fictions dans le droit pour parler de la fiction du droit ; de manière assumée puisque le prétexte est pris dans les îles *Noisulli* (illusion) peuplées par la tribu *Noit-Cif* (Fiction). Mais la mise au jour de la dimension imaginaire ne s'accompagne pas (sauf peut-être chez Lundstedt) d'un rejet : l'imaginaire est utile, aussi bien pour l'expression (les fictions du droit) que pour l'ordre social (le droit comme fiction).

La connaissance du droit devient la connaissance d'une idéologie : de l'idéologie normative ; et plus précisément du fait que cette idéologie est partagée (parfois) et connaît une réalisation appuyée par la force (toujours). Les discours, et notamment les énoncés du droit, sollicitent

l'imagination en deux sens : par leur fonction normative dans un différend (la norme est une croyance d'obligation, c'est à dire la croyance qu'il existe une signification prescriptive – valide) et par leur fonction de directive pratico-morale (le message que les individus reçoivent - imagination de sa teneur - de la part d'autorités qu'il leur faut imaginer comme légitimes à ordonner).

Discours produits, discours connotant sans dénoter, et dès lors aussi discours comme enjeu et discours comme ressource : faire (ou défaire) avec des mots ; le réductionnisme à un discours, et à l'imagination autour de ce discours conduit, dans ses deux fonctions, à renouveler l'idée de puissance. Ce n'est plus simplement l'imagination appuyée par la puissance : le fort et le juste de Pascal, le monde normatif et l'efficacité du discours de Kelsen ou de Hart. Cela devient l'imagination comme condition de la puissance, ce qui fait écho aux analyses de Foucault qui montrait que c'est dans la production du discours et dans l'incitation à produire des discours que réside en grande partie l'efficacité de la discipline sociale.

Eric Millard
Professeur de droit public
Université Paris Ouest – Nanterre La Défense
Centre de théorie et analyse du droit (UMR 7074)



This document is licensed under the
Attribution-NonCommercial-NoDerivs 2.0 France license,
available at <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/>.