

PRESSES
UNIVERSITAIRES
DE FRANCE

Michel Van De Kerchove
François Ost

Le Droit ou les Paradoxes du jeu

34

148000e

*Le droit
ou les paradoxes du jeu*

TRAITÉ DE DROIT NATUREL

OU

les paradoxes du jeu

Michel van de Kerchove
François Ost



Presses Universitaires de France

80 F.
54493

« LES VOIES DU DROIT »
COLLECTION DIRIGÉE PAR
MIREILLE DELMAS-MARTY,
JEAN-PIERRE ROYER, GÉRARD TIMSIT

Le droit
ou
les paradoxes du jeu

Michel / van de Kerchove
François Ost



Presses Universitaires de France

DL-20111992-34569

Le droit

THÉORIE GÉNÉRALE
DROIT GÉNÉRAL NOTION GÉNÉRALE

ou

les paradoxes du jeu

Michel van de Kerchove
François Ost

ISBN 2 13 044885 2
ISSN 0766-6764

Dépôt légal — 1^{re} édition : 1992, septembre

© Presses Universitaires de France, 1992
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris



A Laurence, Pascale, Olivier,
 Vincent, Isabelle et Nicolas,
 qui nous ont appris à ne pas cesser de jouer

Préface	7
Chapitre Premier — De l'ontologie au paradigme	13
Introduction	13
Section I — Pour une épistémologie dialectique du jeu	24
Section II — Pour une épistémologie critique du jeu	40
Chapitre II — Le jeu comme paradigme ludique	47
Introduction	47
Section I — L'entre-deux. Emergence d'un paradigme	59
Section II — L'entre-deux, la règle complexe	77
Section III — L'entre-deux des Grecs. Pratiques et paradoxes	78
Section IV — Les jeux dialectiques	92
Section V — L'origine des paradoxes. La notion de la complexité	95
Conclusion. Le retour de 1971	116
Chapitre III — Le jeu comme paradigme existentiel	117
Introduction	117
Section I — Le jeu, la singularité et la complexité	123
1.1. L'acte ludique	124
1.2. L'interdit	124
1.3. L'absent	125
Section II — Les paradoxes du jeu existentiel	125
2.1. L'absence et l'explicitation	125
2.2. L'absence et l'absence	126

6-5547-1597102-10

A Laurson, Paraly, Oliver
Vinson, Isabelle et Nicolas
qui nous ont écrits à ce jour

1950
1951
1952
1953
1954
1955
1956
1957
1958
1959
1960

Sommaire

× Prélude	7
Chapitre Premier — De l'analogie au paradigme	23
Introduction	23
Section I — Pour une appréhension dialectique du jeu	24
Section II — Pour une appréhension critique du jeu	40
× Chapitre II — Le jeu comme paradigme logique	47
Introduction	47
Section I — L'entre-deux. Emergence d'un paradigme	50
Section II — L'entre-deux, un espace complexe	59
Section III — L'entre-deux des Grecs. Prudence ou paradoxe ?	70
Section IV — Les jeux dialectiques	82
Section V — L'énigme des paradoxes. La pensée de la complexité ..	95
× Conclusion. Le retour du tiers	110
Chapitre III — Le jeu comme paradigme explicatif	113
Introduction	113
Section I — De la simplicité à la complexité	115
§ 1. Incertitude	116
§ 2. Récursivité	121
§ 3. Dialectique	123
Section II — Les paradoxes du jeu en droit	125
§ 1. Stratégie et représentation	125
§ 2. Coopération et conflit	139

6 *Le droit ou les paradoxes du jeu*

§ 3. Réalité et fiction	151
§ 4. Régulation et indétermination	161
§ 5. Internalité et externalité	175
Chapitre IV — Le jeu comme paradigme épistémologique	193
Introduction	193
× Section I — De la simplicité à la complexité	195
Section II — Les paradoxes du jeu dans le domaine de la science	199
§ 1. Stratégie et représentation	200
× § 2. Coopération et conflit	203
§ 3. Réalité et fiction	207
§ 4. Régulation et indétermination	211
§ 5. Internalité et externalité	214
Chapitre V — Le jeu comme paradigme éthique	219
Introduction	219
Section I — De la simplicité à la complexité	222
Section II — Les paradoxes du jeu dans le domaine de l'éthique	232
§ 1. Stratégie et représentation	232
§ 2. Coopération et conflit	236
§ 3. Réalité et fiction	239
§ 4. Régulation et indétermination	241
§ 5. Internalité et externalité	245
Interlude — Pour ne pas cesser de jouer	249
Bibliographie	253



Prélude

« Si chercher le paradoxe est d'un sophiste, le fuir quand il est imposé par les faits est d'un esprit sans courage ou sans foi dans la science. »

E. Durkheim,
Les règles de la méthode sociologique,
Paris, 1973, p. 1.

« Entre le relativisme et le dogmatisme, le juriste est une sorte de funambule. »

J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou,
Produire l'homme : de quel droit ?,
Paris, 1987, p. 11.

STANGERS
/

Sans doute est-il avéré que chaque époque appelle une théorie du droit déterminée. Saisir le contexte culturel de son temps s'impose donc comme un préalable obligé à toute intelligence du droit. Qu'est-elle donc cette époque, dite « post-moderne » ? Comment la dire, elle qui semble se dérober entre la profusion des signes et le déficit du sens, elle qui échappe à la conceptualisation, entre l'extrême proximité du village mondial et la radicale distance qu'impose notre humaine finitude ? Que retenir de la multidimensionnalité du réel et de la volatilité des images, de la fluidité des discours et de l'enchevêtrement des actions, de la multiplication des références et de la dispersion des significations ? Communications, flux, réseaux. Cela communique, assurément ; mais cela dit quoi, au juste ?

Certains penseront : déclin, décadence, désenchantement.

D'autres diront : émergence, nouveauté, créativité. Et ils auront raison et les uns et les autres. Voilà sans doute la marque de notre époque : la superposition de tous les codes, leur mise en résonance instantanée — une manière d'accélération qui rend quasi simultanés et la cause et l'effet, et l'action et la réaction, une idée et son contraire.

Ce n'est donc pas assez encore d'opposer désormais le relativisme au dogmatisme et le pluralisme au monisme, dès lors que dogmatisme et monisme survivent, à leur manière, au cœur du tourbillon. Ce qu'il faut apprendre à penser aujourd'hui, c'est la coexistence conflictuelle des contraires, la tension des opposés. Il est passé le temps où il suffisait de remplacer les lois naturelles et les monarques de droit divin par les lois constitutionnelles et la souveraineté nationale, celles-ci ensuite par les constantes sociologiques et les sondages d'opinion. On s'aperçoit maintenant que ces registres successifs, loin de se substituer les uns aux autres, se sont progressivement surdéterminés¹. Voilà [la nouveauté] : une idée simple ne chasse plus une autre idée simple pour en prendre la place, un niveau ne se superpose plus à un autre niveau pour le commander ou le faire disparaître : ils interagissent désormais. Sans doute l'ont-ils toujours fait ; nous n'en prenons cependant conscience que peu à peu. Il y a à la fois superposition de niveaux et enchevêtrement ou rétroaction entre eux. Ce phénomène porte un nom : complexité². Notre époque est complexe.

Une théorie juridique comme la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen n'est donc plus recevable, qui prétendait encore isoler, dans sa pureté, l'objet « droit », comme si, tel qu'une roche cristalline dégagée du magma social, il ne devait rien ni aux dieux ni aux faits. Comme si sa seule logique d'imputation normative le garantissait des pesanteurs causales ; comme si sa seule logique d'habilitation en cascade le mettait

1. En ce sens, cf. également G. Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, 1991, p. 179 : « La loi est innommable. Nommer la loi d'un seul nom serait lui donner un sens — un seul. Pour redonner à la loi tout son sens, il faut la traiter de tous les noms — à la fois. »

2. P. Livet, Un facteur de complexité : le jeu de l'indétermination dans les relations humaines, in *Les théories de la complexité. Autour de l'œuvre de Henri Atlan*, Paris, 1991, p. 436 : « Serait complexe tout phénomène qui met en jeu une différence de niveaux et une circularité entre ces différents niveaux. »

à l'abri des rapports de force et des courants d'opinion. Et pourtant — c'est le mérite immense de cette œuvre —, la *Théorie pure* ne finissait-elle pas par dévoiler, comme par-devers elle, l'impureté de son objet, dès lors que la remontée, par degrés successifs, de la pyramide normative débouchait sur une norme fondamentale qui ne laissait que deux issues : soit poursuivre à l'infini la remontée (qui commande d'obéir à la norme fondamentale ?) et évoquer ainsi, en pointillé, l'image de Dieu¹ ; soit, au contraire, redescendre la face cachée de la pyramide et finir par admettre que la norme fondamentale se modifie chaque fois que se transforme le régime juridique qu'elle habilite² — autrement dit : le bas détermine le haut, le fait commande au droit ? Ainsi donc le positivisme juridique, poussé à la limite, conduit soit au *regressus* théologique, soit à la boucle de rétroaction sociologique. Comme Gödel en avait fait la démonstration pour les formalismes mathématiques, Kelsen témoignait ainsi de l'impossibilité d'une théorie du droit non complexe.

Le message semble cependant très mal reçu dans la pensée juridique contemporaine. Ne nous livre-t-elle pas encore, sous des couleurs sans doute rajeunies, le spectacle toujours recommencé du simple, et notamment l'opposition dichotomique du droit naturel et du droit positif, de l'auto- et de l'hétérodétermination du droit ? Soit deux des théoriciens du droit les plus significatifs de notre époque : R. Dworkin et N. Luhmann. D'un côté, Dworkin : le conventionnalisme (positivisme) juridique aurait fait faillite ; le droit devrait donc se dire du dehors, à partir des valeurs et principes de moralité politique qui prévalent dans la communauté et dont le juge se fait l'interprète. Un juge divinisé (il reçoit les traits d'Hercule) capable de régir l'« empire du droit » en proférant, en chaque espèce, « la bonne réponse »³. Dans le camp d'en face, Luhmann, qui s'emploie à raviver, sous une forme systémico-fonctionnaliste, le positivisme juridique qu'on

1. Sur ce point, cf. F. Ost et M. van de Kerchove, La référence à Dieu dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen, in *Qu'est-ce que Dieu ? Hommage à l'abbé Daniel Coppieters de Gibson (1929-1983)*, Bruxelles, 1985, p. 285 et s.

2. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1^{re} éd., trad. par H. Thévenaz, Neuchâtel, 1953, p. 117-119.

3. R. Dworkin, *Law's empire*, Londres, 1986, chap. VII.

croyait dépassé. Le droit, comme tout système différencié et donc autonome, se déterminerait exclusivement lui-même. Les actes qui le produisent seraient eux-mêmes des actes du système que commande un code binaire unique, celui du légal et de l'illégal¹.

On le voit, dans les deux cas : une seule réponse, un seul code, un seul programme. Ou Hercule, ou le Système. Le simple, toujours.

Ainsi va la théorie du droit, oscillant sans cesse d'une position à l'autre, engoncée qu'elle est dans ses réductions et ses exclusives, prisonnière de ses monismes qui dessinent instantanément des dualismes, abusée par ses dualismes qui se contentent de juxtaposer des monismes.

Une théorie du droit accordée à notre époque complexe ne contredira pas ces théories, ce qui serait encore substituer du simple au simple, troquer une monologie pour une autre. La théorie du droit comme jeu, que propose ce livre, entend d'abord dire les tours et détours — les jeux toujours recommencés — de la pensée juridique qui, poursuivant sans trêve le simple, énonce, comme par-devers elle, le complexe. C'est de la mise en perspective et en résonance de ces divers discours et pratiques que se dégagera l'image complexe, dialectique, paradoxale, du droit contemporain. Cette image, nous lui donnons les traits du jeu. Telle est l'option essentielle de cet ouvrage. Le pari (un jeu, déjà) que nous nous proposons de tenir.

Ce pari, cependant, n'a de chances d'être validé, ou même simplement entendu, que si, d'emblée, le lecteur nous accorde deux points. Le premier concerne la définition du jeu, le second sa nature.

Quant à la définition du jeu — sur laquelle nous nous expliquerons dans le premier chapitre — il doit être entendu dès maintenant que nous privilégions toujours le sens, apparemment accessoire et pourtant premier, du jeu entendu comme « mouvement dans un cadre », l'espace premier, le léger écart qui permet le déplacement d'une pièce dans son

1. N. Luhmann, L'unité du système juridique, in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, p. 163 s.

dispositif. Le jeu comme non-coïncidence, à la base du jeu comme transformation. La case vide, en quelque sorte, le signifiant manquant qui rend possible le « jouer » du jeu. L'entre-deux qu'occupent bientôt les agencements ludiques pour en faire émerger, en position tierce, des configurations inédites.

Quant à la nature du jeu que nous avons en vue, elle est radicalement plurielle. Sans doute est-il naturel qu'à propos du jeu, le lecteur ait plutôt en vue celui-ci que celui-là. Nous lui demandons cependant de se déprendre de cette vision ; ou, s'il pense à celui-ci, qu'il évoque aussi immédiatement celui-là. Car il est de la nature du jeu d'être pluriel et protéiforme. Régulé comme les échecs ? Sans doute ; mais aussi improvisé comme le tohu-bohu carnavalesque. Profane, mais aussi sacré. Imaginaire, mais réel, aussi bien. Frivole et innocent, mais sérieux aussi, et cruel. Et encore collectif comme solitaire, coopératif et compétitif, jeu d'audace ou d'adresse, de représentation ou d'action. Le jeu est tout cela, et bien d'autres choses encore. Successivement ou, mieux encore, simultanément. Tout cela, pour autant qu'il y ait « jeu » : mouvement dans un cadre.

Cette double précision devrait, nous l'espérons, nous garder de quelques malentendus essentiels. Il ne sera jamais question pour nous de soutenir que le droit *est* un jeu, encore moins *tel* jeu déterminé. Nous n'avons pas l'intention d'accumuler une multitude d'indices empiriques qui soutiendraient la thèse de l'identité entre les règles de droit et, par exemple, les règles d'un jeu collectif comme le football. De même, nous renonçons à faire miroiter, dans un registre littéraire cette fois, les mille facettes de la métaphore ludique pour dire, par exemple, la proximité du procès et du jeu. S'il nous arrivera parfois de jouer de la métaphore en ce sens, ce sera toujours pour en dégager un enseignement plus ample. Question, en somme, d'expérimenter la fécondité du jeu comme modèle théorique pour rendre raison du droit. C'est en effet à la recherche d'une véritable philosophie du droit que nous engage notre pari. Une philosophie du droit qui a vocation à s'appliquer à la compréhension du droit lui-même, mais aussi aux questions épistémologiques que pose sa connaissance et aux problèmes éthiques que suscite sa mise en œuvre.

Cette philosophie du droit, qui s'avance sous les traits du jeu, repose sur la conceptualisation — bien sérieuse, au demeurant, mais ce « sérieux du jeu » n'est pas le moindre de ses paradoxes — d'une série de thèmes qui s'appellent les uns les autres.

La complexité, tout d'abord, dans laquelle nous voyons la marque de notre postmodernité. Une complexité qui se reconnaît au triple signe de l'incertitude, de la récursivité et de la dialectique. Incertitude : renoncer au paradigme de la simplicité, c'est nécessairement quitter les références familières. Le déterminisme des fausses hiérarchies fait place alors à l'ouverture des causalités multiples ; l'universel perd son empire sur le local, et le structurel doit compter désormais avec l'accidentel. Les frontières perdent leur netteté rassurante qui distinguaient l'objet de son environnement et l'observé de l'observateur. Récursivité : des processus en boucle se laissent observer qui font rétroagir les effets sur les causes et enchevêtrent les niveaux pourtant distingués. Dialectique : qu'une chose puisse avoir « partie liée » (pour quel jeu ?) avec son contraire ; que, s'en écartant, elle s'en rapproche cependant, voilà encore un indice de complexité, un scandale logique dont il faudra, à notre tour, prendre notre « parti » (nous avons, en tant qu'observateurs, nous aussi « partie liée » avec ce fait d'observation) si nous voulons comprendre quelques-uns des phénomènes juridiques les plus significatifs.

La philosophie du droit comme jeu, qui s'appuie sur le thème de la complexité, se développe systématiquement dans l'espace de l'entre-deux, qui est son second thème de prédilection. Aux relations simples de l'exclusion (« ni ceci, ni cela »), de l'alternative (« ceci ou cela »), de l'opposition (« ceci contre cela ») ou de l'identité (« ceci revient à cela »), le « entre » substitue une relation mouvante et plurielle, image de la complexité. L'espace de l'entre-deux écarte sans doute les pôles distingués, mais c'est pour aussitôt les rapprocher, tantôt inversant leurs positions, tantôt les faisant rétroagir, tantôt encore suggérant les voies de leur médiation. Appliquée à n'importe quelle dichotomie — fût-elle aussi éminente que l'opposition séculaire du iusnaturalisme et du iuspositivisme —, [la mise en perspective de l'entre-deux] pro-

duit un irrésistible effet de bougé. Un formidable potentiel créatif se libère là, dans la faille d'abord infime de l'entre-deux, à mesure que s'ébranle chacun des pôles opposés, générant mille figures inédites où nous découvrirons peu à peu la marque du tiers — ce tiers que la logique du simple avait prétendu exclure, mais que le jeu convie à sa table.

La partie qui alors s'engage est, de toute évidence, de nature dialectique. La dialectique, déjà évoquée comme corrélat de la complexité, constitue le troisième thème majeur, et sans doute l'axe central, de la philosophie ludique du droit. Ce ne sera pas la dialectique figée en thèse académique, telle que l'ont présentée les disciples de Platon, d'Aristote et de Hegel, que nous mobiliserons ; bien plutôt la dialectique comme cheminement de pensée qui, d'un pôle, conduit à l'autre et qui, dans l'entrelacs de leurs rapports, désigne la genèse commune dont ils procèdent l'un et l'autre. La dialectique qui s'insinue au cœur des identités les mieux établies pour y faire jouer la différence ; la dialectique qui investit le creux de l'entre-deux pour y tisser les liens de solidarité des contraires. La dialectique qui permet de penser l'histoire autrement que comme une succession insensée d'événements ponctuels, et qui donne statut à l'implication de l'observateur dans l'explication du cours des choses.

Le modèle du jeu fournit une matrice particulièrement féconde aux couples dialectiques. Tout au long de cet ouvrage, nous nous proposons d'exploiter systématiquement cinq de ces couples en vue de mettre en lumière la complexité des phénomènes juridiques : il s'agira des rapports stratégie/représentation, coopération/conflict, réalité/fiction, régulation/indétermination, internalité/externalité. Dans chaque cas, il s'agira de montrer que le droit, à l'instar du jeu, s'inscrit dialectiquement dans ces registres opposés, même s'il penche parfois plus nettement d'un côté que de l'autre. Mieux encore, il s'agira de suivre l'émergence, dans la position tierce de l'entre-deux, de figures hybrides, telles que, par exemple, la « surréalité » ou « réalité seconde » (ni réalité ordinaire, ni irréalité) qui s'attache au discours et aux institutions juridiques.

Finalement, ce cheminement débouche sur un quatrième thème, sans doute le plus difficile : la reconnaissance des

paradoxes, scandale logique s'il en est. Ce n'est certes pas par goût de la provocation que nous en traitons, mais, tout simplement, parce qu'ils se sont progressivement imposés à nous dans le cours de l'analyse. Si le droit n'a pas la maîtrise intégrale du code du légal et de l'illégal que pourtant il régit, si le droit n'a pas d'accès direct aux faits que pourtant il commande, si l'instance suprême de contrôle est laissée elle-même sans contrôle, si les frontières du droit, poreuses et réversibles, lui sont aussi bien internes qu'externes, si les règles du jeu que le droit instaure pour pacifier les conflits et réguler les comportements sont toujours susceptibles de devenir elles-mêmes l'enjeu d'un jeu au second degré (interprétation, modification, abrogation), si les acteurs du jeu sont à la fois des partenaires et des adversaires, si la connaissance du droit implique de se situer à la fois dedans et dehors, si sa mise en œuvre éthique exige à la fois consensus sur quelques règles communes et possibilité de dissensus sur les autres... faut-il fuir ces paradoxes sous prétexte qu'ils seraient « d'un sophiste », comme disait Durkheim dans la citation mise en exergue de ce Prélude ?

Trop souvent, la pensée juridique classique l'a fait, comme l'a bien observé N. Luhmann, soucieuse qu'elle était de colmater la brèche un instant aperçue¹. Des digues de fortune étaient élevées — Bachelard dirait des « obstacles épistémologiques », Luhmann évoque des stratégies de « déparadoxification » — sous forme de nouvelles distinctions entre haut et bas, centre et périphérie, intérieur et extérieur, naturel et artificiel : mille et une façons de se donner encore un fondement, une origine, une vérité qui échappe aux enroulements de l'entre-deux et rayonne, là-bas, telle qu'en elle-même, foyer rassurant d'où dérivent identité, légitimité et pouvoir.

Quant à nous, notre pari consistera à accepter résolument les paradoxes en soumettant chacune des constructions de la pensée juridique que nous rencontrerons (distinctions canoniques, fondements, théories) à l'épreuve de l'entre-deux². Il ne

1. N. Luhmann, The third question : the creative use of paradoxes in law and legal history, in *Journal of Law and Society*, vol. 15, n° 2, 1988, p. 153 s.

2. Pour une discussion de certains paradoxes juridiques, cf. G. P. Fletcher, Paradoxes in legal thought, in *Columbia Law Review*, 1985, n° 6, p. 1263 s. ; cf. aussi A. Febbrajo, From hierarchical to circular models in the sociology of law. Some introductory remarks, in *European yearbook in the sociology of law*, Milan, 1988, p. 3 s.

s'agit plus alors de résoudre ou de dépasser le paradoxe — s'il est vraiment constitutif, à quoi bon, en effet ? —, mais de le faire vibrer le plus intensément possible pour en tirer de nouveaux accents : tel sera notre « jeu », notre interprétation de la partition juridique.

Plus que des résultats assimilables en forme de thèses, l'exercice produit une méthode, littéralement : un chemin. De ce périple, le plan est maintenant tout tracé, jalonné par cinq chapitres. Les deux premiers seront consacrés à la mise en place de la méthode que nous venons d'évoquer succinctement. Les trois suivants en feront application successivement à l'explication des phénomènes juridiques eux-mêmes, à l'épistémologie de la science du droit et, enfin, à l'éthique dans ses rapports avec le droit.

Que ce cheminement, cette méthode, qui est aussi un exode au pays du jeu, suscite des objections et des réserves, nous en sommes bien conscients. En germe dans nos textes depuis une dizaine d'années, ce rapprochement du droit et du jeu n'a jamais cessé d'être discuté par les collègues et les étudiants auxquels nous avons le privilège de l'exposer¹. Un récent colloque organisé par nous aux Facultés universitaires Saint-Louis sur le thème : *Droit et jeu. Variations interdisciplinaires sur un paradigme naissant*², nous a permis de bénéficier, deux jours durant, d'une discussion à la fois féconde et critique. Certains semblaient nous dire : « Complexité, sans doute ; entre-deux, pourquoi pas ? Dialectique, passe encore ; mais jeu ? Pourquoi s'encombrer du jeu ? » Que le lecteur qui, à ce stade, partagerait le même sentiment et y trouverait un motif de « non-recevabilité » de notre argumentation sache donc que nous ne cesserons de garder cette question à l'esprit tout au long de cet ouvrage. Les introductions des chapitres III, IV et V sont, notam-

1. Que les uns et les autres trouvent ici l'expression de notre gratitude. Notre reconnaissance s'adresse plus particulièrement encore à notre collègue Guillaume de Stexhe, dont les judicieuses observations nous ont permis d'utiles clarifications.

2. Les *Actes* de ce colloque ont paru dans un numéro spécial de la *Revue Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique* (n° 17-18, 1991), sous le titre : *Droit et jeu. Variations interdisciplinaires*.

ment, explicitement consacrées à la discussion de certaines objections adressées au paradigme ludique. Sans attendre, néanmoins, déjà quelques éléments de confrontation.

Dira-t-on que le jeu est vraiment trop peu sérieux pour être donné en modèle au droit ? Nous invoquerons Huizinga, qui rappelait que le jeu est la forme première, la matrice de toute forme de culture¹, Platon, qui considérait le jeu comme activité divine², Heidegger, qui y voyait la plus haute forme d'activité humaine³, et Fink qui, après Nietzsche, en faisait le symbole du monde⁴. Des témoignages suffisamment éloquents pour donner à réfléchir car, si l'on peut dégager un sérieux du jeu, ne faut-il pas aussi apprendre à voir le jeu de tout ce qui se produit sous les traits du sérieux ?

Dira-t-on cette fois que le jeu est un modèle trop large, un concept trop englobant pour être réellement éclairant ? Nous répondrons que si, pour nous, le jeu n'est pas n'importe quoi (nous le définissons comme « mouvement dans un cadre »), il ne saurait effectivement tout embrasser. Dans bien des cas, en droit comme dans d'autres domaines, il est clair qu'on ne joue pas ou qu'on ne joue plus. Aux deux limites du spectre, en effet, le jeu s'arrête : soit que, par excès de mouvement, le cadre disparaisse, soit que, par saturation du cadre, le mouvement soit étouffé. Dans un cas, l'anarchie, l'anomie, l'insignifiance résultant de la prolifération incontrôlée de tous les codes ; dans l'autre, le dogmatisme, le totalitarisme, le désir obsessionnel d'un code unique. Entre ces deux extrêmes, toutes les variétés de jeux qui combinent, en proportion variable, ordre et désordre. Le jeu ne peut donc totalement se prendre à son propre jeu, sous peine de ne plus être jeu. Il faut qu'en lui subsiste, en clair-obscur, le jeu du jeu et du non-jeu. Tenons donc d'ores et déjà pour acquis qu'en droit s'observent des noyaux ou des moments de non-jeu, de même que reste ouverte l'éventualité d'une transgression, par l'ordre juridi-

1. J. Huizinga, *Homo ludens. Essai sur la fonction du jeu*, trad. par C. Seresia, 8^e éd., Paris, 1951.

2. Platon, *Les lois, Œuvres complètes*, t. XII, trad. par A. Diès, Paris, 1956, p. 34.

3. M. Heidegger, L'être, le fond et le jeu, in *Le principe de raison*, trad. par A. Préau, Paris, 1962, p. 243.

4. E. Fink, *Le jeu comme symbole du monde*, trad. par H. Hildenbrand et A. Lindenbergh, Paris, 1966.

que, des limites du jeu lui-même. On songera, par exemple, à ces régimes qui, soucieux d'éradiquer toute opposition, s'emploient à transformer le « tiers » en « ennemi », un ennemi qui n'est plus un « adversaire », comme dans le jeu, mais une voix dissidente qu'il convient d'étouffer¹. Il est troublant de constater que, dans des cas de ce genre, les dépassements des limites du jeu pourraient bien signifier également le dépassement des limites du droit lui-même.

Variante de cette objection : le jeu, insistera-t-on peut-être, protéiforme et pluriel comme il est entendu ici, est décidément un concept trop peu déterminé pour rendre raison du droit. Mais, répondrons-nous, sait-on ce qu'est vraiment le droit ? Nous maintenons, quant à nous, cette question en suspens. Nous ne disons pas, en effet, que le droit *est* un jeu. Nous utilisons le jeu pour éclairer certains aspects importants du droit. Et sans doute cette stratégie d'approche oblique est-elle le seul moyen, même s'il est contourné, d'apprendre enfin quelque chose de ce qu'est le droit. Du reste, si le jeu est pluriel, le droit ne l'est-il pas aussi ? Peut-on vraiment s'accommoder d'un modèle simple — d'une idée « claire et distincte » — pour dire à la fois l'exécution légale du condamné à la peine capitale et le régime d'allocations sociales des plus défavorisés, la jurisprudence formaliste de la Cour de cassation (« qui ne connaît pas du fait ») et les mesures pragmatiques du juge de la jeunesse, l'ordre public et le principe dispositif, la mainlevée de l'hypothèque, le crédit d'impôt, le principe de subsidiarité... Kaléidoscope juridique dont seule l'idée du jeu peut refléter quelque chose de l'infini miroitement.

Seconde variante de cette objection : le modèle du jeu, insuffisamment informé des transformations historiques, structure intemporelle et universelle, ne jette qu'une faible lumière sur les réalités qu'il convient d'expliquer. Sans doute, le jeu, défini comme « mouvement dans un cadre » et spécifié à l'aide de cinq couples de concepts unis dialectiquement (stratégie/représentation, coopération/conflit, réalité/fiction, régulation/indétermination, internalité/externalité), apparaît-il comme un instrument d'analyse déterminé et, en ce sens, unique — tel, par

1. En ce sens, cf. J. Freund, L'ennemi et le tiers dans l'Etat, in *Archives de philosophie du droit*, t. 21, 1976, p. 30.

exemple, que le clavier d'un piano avec sa succession de notes, de la plus grave à la plus aiguë. Faut-il en déduire pour autant que ce clavier est destiné à produire toujours la même rengaine ? Loin d'être un moulin à musique programmé pour exécuter une seule ritournelle, le clavier se prête aux compositions les plus diverses. Ainsi le modèle du jeu est-il conçu pour fournir une grille d'analyse des interactions juridiques, grille qu'il convient de remplir de façon différenciée selon les contextes et les époques. Sur le plan synchronique, cela signifie, par exemple, qu'une pondération des différents pôles devra être opérée selon les branches de droit, les institutions et les procédures étudiées. A son tour, cette pondération supposera la mise en œuvre d'hypothèses explicatives très diverses : économiques, sociales, psychologiques, notamment. Au plan diachronique, cela implique que la signification et la forme du jeu sont également l'objet de transformations incessantes ; non pas une dénaturation du jeu, mais plutôt une distribution variable des facteurs distingués. Bien que ce genre de raccourci soit toujours périlleux, on pourrait soutenir par exemple que, si, hier, dans le cadre de sociétés primitives, le jeu accentuait les éléments de rituel et d'aléa, aujourd'hui, dans le cadre de sociétés marchandes, le jeu se donne plutôt sous une forme instrumentale et stratégique. Mais le clavier garde ici toute son utilité, car il n'en reste pas moins exact que nos sociétés sont également marquées par le goût du spectacle et la passion du pari.

D'aucuns penseront peut-être, à l'inverse, que loin d'être une structure d'analyse intemporelle, le modèle du jeu ne serait en définitive qu'un produit de la mode, le fruit exotique d'une société devenue « ludique », selon le mot de A. Cotta¹. Certes, nous l'avons reconnu d'entrée de jeu, une théorie ludique du droit ne pouvait sans doute apparaître que dans un contexte moderne, voire « postmoderne ». Mais il faut, à cet égard, distinguer entre la réalité d'un phénomène, d'une part, et la conscience qu'on en prend et la valo-

1. A. Cotta, *La société ludique. La vie envahie par le jeu*, Paris, 1980. « La démocratie se transforme en lotocratie », écrit Cotta (*ibid.*, page de couverture) : prémonition du comportement d'un grand pays, les États-Unis, qui joue désormais au sort l'attribution des cartes de séjour permanent sur son territoire (*green cards*) et régularise par ce procédé peu orthodoxe le sort de milliers de travailleurs clandestins (*Le Nouvel Observateur*, 1991, n° 1407, p. 132).

risation qu'on en fait, d'autre part. La réalité a, selon nous, toujours présenté de nombreux et importants aspects ludiques, de même que les systèmes juridiques qui l'encadrent. Ce fait n'est cependant que récemment apparu à la conscience théorique, de même que ce n'est que récemment qu'il fut valorisé, sous la forme du pluralisme éthique et politique, notamment. La complexité et l'accélération d'une société postmoderne ont, à cet égard, favorisé l'émergence d'un paradigme ludique au double sens d'un modèle explicatif et d'un schéma de valorisation.

Etait-il nécessaire pour autant d'introduire un nouveau paradigme, penseront d'autres lecteurs. Ne pouvait-on s'accommoder de paradigmes déjà bien éprouvés dans la réflexion contemporaine, comme ceux de « système », d'« acteur » et de « champ » ? Sans doute ces concepts ont-ils fourni d'irremplaçables contributions à l'intelligence du social et du droit ; mais n'est-il pas significatif que, dès que les auteurs qui les proposent entendent les développer ou les faire échapper à certaines de leurs limitations, c'est le registre ludique qu'ils empruntent ? Le cas du « champ » — paradigme défendu essentiellement par P. Bourdieu — est exemplaire à cet égard : quasi aucun de ses traits qui ne se rapporte explicitement au jeu¹. Quant aux paradigmes du système et de l'acteur, ils n'échappent au réductionnisme de l'objectivisme, du déterminisme, et du structuralisme, pour le premier, et à ceux du subjectivisme, du décisionnisme et de l'événementiel, pour le second, que dans la mesure où ils s'en-

1. Cf. notamment P. Bourdieu, *Le champ littéraire*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 89, septembre 1991, p. 22 : « Chaque champ suppose et produit sa forme spécifique d'*illusio*, au sens d'investissement dans le jeu. (...) Une certaine forme d'adhésion au jeu, de croyance dans le jeu et dans la valeur des enjeux, qui fait que le jeu vaut la peine d'être joué, est au principe du fonctionnement du jeu et (que) la *collusio* des agents dans l'*illusio* est au fondement de la concurrence qui les oppose et qui fait le jeu lui-même. Bref, l'*illusio* est la condition du fonctionnement d'un jeu dont elle est aussi, au moins partiellement, le produit. Cette participation intéressée au jeu s'instaure dans la relation conjoncturelle entre un habitus et un champ. (...) C'est dans la relation entre le sens du jeu, système de dispositions produit en totalité ou en partie par la structure et le fonctionnement du champ, et le système des potentialités objectives offertes par le champ comme espace de jeu que se définit en chaque cas le système des satisfactions (réellement) désirables et que s'engendrent les stratégies (qui peuvent être accompagnées ou non d'une représentation explicite du jeu). » Cf. aussi, Id., *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, septembre 1986, p. 10.

gagent dans la voie d'une articulation dialectique de ces pôles, comme en témoigne l'ouvrage, au titre révélateur, de M. Crozier et E. Friedberg : *L'acteur et le système*¹. Que cet ouvrage fasse un usage intensif des métaphores ludiques n'est dès lors pas un hasard. On comprendra que, dans ces conditions, nous ayons de bonnes raisons de privilégier pour lui-même le paradigme du jeu dont nous nous appliquerons à exploiter systématiquement le champ lexical, la logique sous-jacente et les hypothèses explicatives.

Enfin vient l'objection morale : le jeu, c'est bien connu, est, plus qu'à son tour, immoral : vénal, dissimulateur, brutal. Jeux d'argent, jeux de dupes, jeux de vilains. Et le tricheur qui toujours menace ; et le double jeu qu'on ne peut conjurer. Est-ce là un modèle convenable pour le droit ? Comme si le droit n'avait jamais prêté ses formes, ses hautes et basses œuvres, aux manigances du pouvoir et aux calculs de l'usurier. « En mariage, trompe qui peut », enseignait-on jadis dans les cours de droit civil ; et le droit ne s'accommode-t-il pas des fictions en matière d'actes juridiques ? Tout cela n'illustre qu'une chose : le jeu, comme le droit, est affaire humaine : capable, comme la langue d'Esope, du meilleur et du pire. Pour le pire, nous n'en dirons pas plus. Pour le meilleur, que le lecteur se rappelle que les plus illustres pédagogues ont toujours recommandé, pour ses vertus morales, la pratique du jeu aux enfants.

Sans aller jusqu'à taxer le jeu d'immoralité, d'autres pourraient cependant relever que, par le relativisme qui lui est inhérent, la pensée ludique a au moins cet effet d'éroder le caractère obligatoire de la règle morale et d'affaiblir la portée des valeurs. Nous tenterons de montrer, à cet égard, dans le chapitre V, que si le jeu relativise telle ou telle valeur ou règle qui prétendrait à une absoluité de principe, il engage cependant à prendre au sérieux la recherche même des valeurs et la détermination de la règle. D'autres contenus éthi-

1. M. Crozier et E. Friedberg, *L'acteur et le système. Les contraintes de l'action collective*, Paris, 1977. Cf. aussi Chr. Debuyst, Présentation et justification du thème, in *Acteur social et délinquance. Hommage à Christian Debuyst*, Liège-Bruxelles, 1990, p. 26 : « Finalement, c'est dans le cadre sociétal ou dans celui des interrelations que l'homme est appelé à être acteur, c'est-à-dire agissant ou intervenant, qu'il s'y trouve confronté à des règles (...) et au fait de se trouver constamment pris dans des jeux de pouvoir. »

ques en sortent nécessairement valorisés, tel le respect des partenaires et des procédures — enjeux essentiels pour le droit, on en conviendra aisément.

Au terme de ce Prélude, il nous reste à inviter le lecteur à « jouer le jeu » avec nous. Avec nous et contre nous, s'il le désire. Nous le convions à une lecture plurielle, combinatoire, récursive, complexe, productive. Une lecture ludique. Une lecture à multiples entrées et diverses sorties. Le jeu, dit K. Axelos, « se joue multiplement »¹. Un livre aussi s'écrit multiplement, et ses lecteurs y contribuent diversement.

1. K. Axelos, *Le jeu du monde*, Paris, 1969, p. 92.

*De l'analogie au paradigme**Introduction*

La théorie du droit entretient un rapport ambigu à l'égard du jeu : ne cessant de s'y référer comme à un modèle éclairant — tantôt archétype, tantôt repoussoir —, elle abandonne généralement l'analogie en chemin, comme s'il n'était pas possible de prendre vraiment au sérieux l'idée de jeu. Faute de préciser le sens qu'elle attribue exactement au concept de jeu, en ne retenant qu'un sens parmi beaucoup d'autres, cette théorie s'expose au risque d'appauvrir considérablement les virtualités explicatives de la métaphore et de réduire ainsi la compréhension et du jeu et du droit. Faute de préciser la fonction épistémologique attendue de la référence au jeu, cette théorie s'expose par ailleurs au risque d'en faire une simple ornementation rhétorique de la démonstration, de sorte que, sur ce plan également, aura été manqué l'apport heuristique du concept.

Nous proposant quant à nous de prendre le jeu au sérieux (ce qui, par la grâce du paradoxe, s'énonce aussi : nous jouer du sérieux de la théorie), nous nous efforcerons de restituer, dans une première section, les multiples sens du jeu et d'en développer une appréhension dialectique, tandis que, au bénéfice d'une élucidation du statut épistémologique de la référence ludique, nous en suggérerons ensuite une compréhension critique (section II).

SECTION I
POUR UNE APPRÉHENSION DIALECTIQUE
DU JEU

Il est devenu impossible de faire le relevé des références au jeu, de plus en plus nombreuses, qui émaillent la théorie juridique contemporaine. Comme l'on parle du « jeu politique »¹ ou du « jeu économique »², il est devenu tout à fait usuel de se référer au jeu du droit ; Jean Carbonnier, du reste, s'y rapporte sur le mode ludique en évoquant le « jeu des lois »³. Récurrenente, l'analogie n'est cependant guère explicitée, ni menée systématiquement à son terme. A défaut de relever les divers sens du concept de jeu, la théorie n'en retient généralement qu'un seul, au risque, bien entendu, d'un gauchissement du jeu, dont l'unique trait retenu est indûment grossi, et d'un appauvrissement du droit.

On se reportera, pour se persuader de la récurrence de l'analogie ludique dans le domaine juridique, au verbo « Jeu » du *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*⁴, ainsi qu'au numéro spécial de la *Revue Droit et Société* publié sous le titre : *Droit et jeu. Variations interdisciplinaires*⁵. Les diverses contributions qui forment ce numéro témoignent de ce que le modèle du jeu peut être appliqué à tous les aspects essentiels du phénomène juridique. S. Andrini⁶ et G. Soulier⁷, poursuivant les analyses entamées en leur temps par Huizinga et Weber, s'attachent à mettre en lumière les aspects ludiques du procès, tant sous l'angle de la

1. J. Henriot, *Sous couleur de jouer. La métaphore ludique*, Paris, 1989, p. 32 et s. : « L'idée de jeu constitue l'un des modèles les plus efficaces, les plus directement opératoires pour l'analyse des situations sociales. »

2. F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, vol. 2 : *Le mirage de la justice sociale*, trad. par R. Audoin, Paris, 1981, p. 84 et s. : jeu du marché, jeu de la « catalaxie » ; cf. aussi Ph. Nemo, *La société de droit selon F. A. Hayek*, Paris, 1988, p. 189 et s.

3. J. Carbonnier, Le jeu des lois renouvelé des Grecs, in *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 183 et s.

4. A.-J. Arnaud et F. Ost, v^o « Jeu », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la dir. de A.-J. Arnaud et al., Paris, 1988, p. 202-203.

5. *Op. cit.*

6. S. Andrini, Huizinga et le droit : le procès et le jeu en Italie, *ibid.*, p. 25 et s.

7. G. Soulier, Le théâtre et le procès, *ibid.*, p. 8 et s.

- Vachet A., La démocratie bloquée : les ambiguïtés du pluralisme politique, in *Le pluralisme*, Montréal, Fides, 1974, p. 173 et s.
- Valkeneer Ch. de, Les nouvelles stratégies policières : aux confins des criminalisations primaire et secondaire, in *Acteur social et délinquance. Une grille de lecture du système de justice pénale. En hommage à Christian Debuyst*, Liège-Bruxelles, Mardaga, 1990, p. 313 et s.
- Vernant J.-P. et Vidal-Naquet P., *Mythe et tragédie en Grèce ancienne*, Paris, Maspero, 1973.
- Vernier J.-M., Du jeu au spectacle télévisé ludique, in *Le jeu et le politique, Quaderni*, 1987, n° 2, p. 27 et s.
- Villa V., Legal science between natural and human sciences, in *Legal Studies*, vol. 4, n° 3, 1984, p. 243 et s.
- *La science du droit*, trad. de l'italien par O. Nerhot et P. Nerhot, Bruxelles-Paris, Story-Scientia - LGDJ, 1990.
- Villey M., Une définition du droit, in *Archives de philosophie du droit*, 1959, p. 47 et s.
- Vullierme J.-L., Spéculation morale et spécularité anthropologique, in *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988, p. 145 et s.
- Watzlawick R., Weakland J. et Fisch R., *Changements. Paradoxes et psychothérapie*, Paris, Seuil, 1975.
- Weber M., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1922.
- *Le savant et le politique*, intr. par R. Aron, Paris, Plon, 1959.
- *Essais sur la théorie de la science*, trad. par J. Freund, Paris, Plon, 1965.
- Weil E., v° « Morale », in *Encyclopaedia Universalis*, vol. 15, Paris, Encyclopaedia Universalis, 1989, p. 743 et s.
- Winnicott D. W., *Jeu et réalité. L'espace potentiel*, trad. par Cl. Monod et J.-B. Pontalis, Paris, Gallimard, 1975.
- Wittgenstein L., *Investigations philosophiques*, trad. par P. Klossowski, Paris, Gallimard, 1961.
- Wright G. H. von, *Norm and action. A logical enquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.



Imprimé en France
Imprimerie des Presses Universitaires de France
73, avenue Ronsard, 41100 Vendôme
Septembre 1992 — N° 38 353

