

Le jeu : un paradigme fécond pour la théorie du droit ?

Droit et Société 17/18-1991
(p. 173-205)

François OST, Michel van de KERCHOVE *

Résumé

Le but de l'article est de réfléchir la possibilité de prendre au sérieux la référence au jeu dans la théorie du droit. Dans une première partie (I), les auteurs définissent les conditions indispensables pour assurer la fécondité d'une telle analogie. Il s'agira tout d'abord de développer une appréhension dialectique du jeu (A) qui fasse droit à ses multiples facettes ; il s'agira ensuite de préciser les modalités épistémologiques de l'usage de cette référence ludique dans la pensée juridique (B). Il apparaîtra, au terme de ce double examen, que le modèle du jeu, correctement compris, soit susceptible de fournir un véritable paradigme pour l'intelligence du juridique. C'est le propos de la seconde partie (II) que d'évoquer quelques applications possibles, au droit tout d'abord (A), à la théorie du droit ensuite (B), de ce paradigme explicatif. A cet effet sont dégagés cinq couples conceptuels *entre* lesquels le paradigme du jeu établit une tension dialectique : stratégie et représentation, coopération et conflit, réalité et fiction, régulation et indétermination, internalité et externalité. A l'horizon de cette étude se dégage une logique paradoxale qui, sur un plan réflexif cette fois, paraît susceptible d'éclairer le fonctionnement du logos juridique, tant dans ses aspects théoriques que éthiques.

Summary

The purpose of the article is to examine the possibility of taking seriously the reference to the game in legal theory. In the first part (I), the authors specify the necessary conditions making such an analogy fruitful. They first develop a dialectical understanding of the game (A) that gives a general idea of its numerous aspects ; afterwards they precise the epistemological modalities which are used to express this game reference in legal thought (B). By the end of this twofold survey, it appears that the game pattern, when it is properly understood, is likely to provide a real paradigm for the understanding of law. In the second part (II), they mention a few possible applications, to law at first (A), then to legal theory (B), of this explicative paradigm. To that effect, five conceptual pairs are brought out,

Les auteurs

François OST et Michel van de KERCHOVE
François Ost et Michel van de Kerchove enseignent diverses matières juridiques, ainsi que la théorie du droit, aux Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles. Ils dirigent, avec Philippe Gérard, le *Séminaire et la Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. Ils ont écrit ensemble : *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique* (1981), *Jalons pour une théorie critique du droit* (1987), *Le système juridique entre ordre et désordre* (1988) et *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en droit* (1989). Michel van de Kerchove est, par ailleurs, l'auteur de *Le droit sans peines* (1987) et, avec Françoise Tulkens, d'un ouvrage intitulé *Introduction au droit pénal* (1991).
François Ost est l'auteur, avec Jacques Lenoble, de *Droit, mythe et raison* (1980) ; il a, par ailleurs, consacré un ouvrage au rôle de l'intérêt en droit sous le titre *Entre droit et non-droit, l'intérêt* (1990).

* Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles.

between which the paradigm of the game establishes a dialectical tension : strategy and representation, cooperation and conflict, reality and fiction, regulation and uncertainty, internality and externality. From this study a paradoxical rationality emerges that, on a reflexive level this time, seems to be likely to clarify the functioning of the legal « logos », in its theoretical as well as in its ethical aspects.

I. Du bon usage du jeu. De l'analogie au paradigme

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 un premier paragraphe, les multiples sens du jeu et d'en développer une appréhension dialectique (A), tandis que, au bénéfice d'une élucidation du statut épistémologique de la référence ludique, nous en suggérerons ensuite une compréhension critique (B). Ainsi érigée en « paradigme » – à la fois exemple privilégié et matrice théorique – la référence au jeu sera ensuite appliquée au champ juridique (II), pour l'intelligence tant des phénomènes juridiques (A) que des constructions de la théorie du droit (B), dans ses aspects épistémologiques et éthiques.

A. L'analogie du jeu : récurrente et souvent réductrice. Pour une appréhension dialectique du jeu

Impossible de faire le relevé des innombrables références au jeu qui émaillent la théorie juridique contemporaine. Comme l'on parle du « jeu politique » ou du « jeu économique », 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 »¹. Récurrente, l'analogie du jeu n'est cependant guère explicitée. A défaut de relever les divers sens du concept, la théorie semble généralement n'en retenir que l'un ou l'autre, au risque, bien entendu, d'un gauchissement du jeu et d'un appauvrissement du droit. Tantôt c'est le procès qui est présenté comme un jeu, à raison de son évidente théâtralité ; tantôt c'est le sujet de droit qui, à la faveur de l'étymologie du terme « personnalité juridique » (du latin « *persona* » : masque, rôle), est compris comme un « acteur » opérant sur la « scène juridique »² ; tantôt c'est la règle de droit qui est étudiée à l'aide de l'analogie ludique.

Pour nous en tenir à un exemple, qui privilégie le pôle « régulation » inhérent au jeu, au détriment de tous les autres, on pourrait évoquer le célèbre passage de la théorie du droit de A. Ross qui expose la problématique de la validité des normes juridiques au moyen de la comparaison avec la validité des règles du jeu d'échecs³. Il faudrait citer également *The Concept of Law* de H.L.A. Hart qui utilise systématiquement la métaphore du jeu (ici la préférence est marquée pour le jeu très anglais du cricket) pour faire saisir les principales questions suscitées par les règles de droit : diversité de leurs formes et de leurs fonctions, rôle des organes d'application, points de vue interne et externe dont elles sont susceptibles⁴.

Ce ne sont pas seulement des auteurs positivistes qui se servent de cette analogie entre les deux types de règles. On la trouvera également sous la plume d'auteurs aussi différents que R. Dworkin et M. Weber. Ici encore sera privilégié l'aspect conventionnel du jeu, exemplifié – ce n'est pas un hasard – par des jeux aussi régulés que les échecs chez Dworkin et le skat (jeu de cartes pratiqué en Allemagne, qui se rapproche du bridge) chez Weber.

Dworkin, on le sait, considère que le droit est affaire de principes, plus que de règles. A l'encontre de l'enseignement des positivistes (qualifiés de « conventionnalistes ») pour lesquels les juristes doivent appliquer des conventions explicites (les règles de droit), et bénéficient d'un pouvoir discrétionnaire pour le surplus, Dworkin considère que les juges sont liés par des principes implicites mais opératoires au sein de la communauté, dont il leur revient de donner une interprétation et une justification renouvelées selon les besoins. La conception conventionnaliste critiquée est rapportée au modèle ludique : comme le jeu des échecs se joue sans discuter le mérite de ses règles, ni justifier leur application *in casu*, ainsi les positivistes comprennent-ils le jeu du droit : de façon mécanique et formelle⁵. Dans le même esprit, Dworkin opposera encore deux formes de communauté politique : la communauté « *rulebook* » dont les membres s'en tiennent à un simple respect formel de ses règles, celles-ci apparaissant comme des compromis

1. J. Carbonnier, « Le jeu des lois renouvelé des Grecs », in *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 183 et sv.

2. G. de la Pradelle, *L'homme juridique*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1981.

3. A. Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens and sons, 1958, p. 29 et sv.

4. H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. fr. par M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976 ; on se reportera au verbo « jeux » de l'index thématique (p. 309) qui propose douze occurrences.

5. R. Dworkin, *Law's Empire*, London, 1986, p. 136-138.

François OST,
Michel van de KERCHOVE
*Le jeu : un paradigme fécond
pour la théorie du droit ?*

entre groupes aux intérêts rivaux, à l'instar des camps opposés dans un jeu, et, à l'opposé, la communauté « de principe », responsable et fraternelle, qui a ses préférences⁶.

Dans les deux cas, on le voit, le jeu sert de repoussoir à une conception assouplie du droit et du politique. Sans entrer ici dans une discussion approfondie avec Dworkin, on se permettra néanmoins de penser que s'il avait adopté un concept moins formaliste du jeu (à côté des jeux réglés, combien de jeux improvisés ; par ailleurs, même les jeux réglés ne seraient pas jouables s'ils ne s'accompagnaient de nombre de règles du jeu implicites), il défendrait sans doute une vision moins idéaliste du juridique, une vision qui ferait mieux droit aux multiples contraintes qui en règlent la production et aux divers acteurs qui en partagent la responsabilité.

Pour Max Weber, au contraire, il est au moins un domaine où le parallèle de la règle de droit et de la règle du jeu s'impose « parfaitement » : le procès. Comme un jeu, on le perd ou on le gagne ; comme un jeu, son existence même dérive des règles qui en délimitent conceptuellement les contours (Max Weber pointe ici le rôle des règles qu'on qualifiera plus tard de « constitutives »⁷). On aurait tort cependant, ajoute M. Weber, d'en inférer que la règle de droit est en général assimilable à la règle du jeu. Dès que l'on quitte le champ clos du procès pour tenter de comprendre une situation sociale complexe, telle par exemple la situation des ouvriers du textile en Saxe, force est d'admettre que la règle n'en est qu'un paramètre déterminant parmi d'autres⁸.

Ce qui apparaît, une fois encore, au détour d'une telle analyse, c'est qu'une conception étroitement conventionnaliste du jeu réduit considérablement la portée de l'analogie ; il n'est dès lors pas étonnant qu'elle s'avère inadéquate pour rendre compte d'une situation complexe. On serait tenté d'objecter à M. Weber qu'une conception plus dialectique du jeu (à la fois règle et indétermination, fermeture et ouverture, cf. *infra*) serait sans doute susceptible d'éclairer et le procès (moins pré-déterminé par les règles qu'il ne le suggère) et le social (plus régulé qu'il ne le laisse entendre) ; mieux encore : elle permettrait de penser le procès comme une phase, sans doute juridique et régulée, d'une stratégie globale du jeu social qui sait alterner les passes improvisées et les phases conventionnelles.

On peut se demander si, à l'inverse, l'analogie du droit et du jeu sert parfois à éclairer l'aspect d'improvisation et de fantaisie que connote aussi, de toute évidence, l'idée de jeu. Force est de constater qu'un tel usage de l'analogie est exceptionnel et qu'elle servira plutôt dans ce cas à désigner, sur le mode de la réprobation ou de l'ironie, ce qui doit apparaître comme l'une ou l'autre forme déviante du juridique, une altération de l'idéal de sécurité et de régularité habituellement associé à l'image du droit⁹. Réprobation : les innovations jurisprudentielles du juge Magnaud au XIX^e siècle et

6. *Ibidem*, p. 208-214.

7. M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1922, p. 351.

8. *Ibidem*.

9. Très révélatrice de cette position est l'analyse que Chr. Grzegorzczak consacre au chapitre VIII de notre ouvrage, *Jalons pour une théorie critique du droit*, qui porte sur le « jeu » de l'interprétation judiciaire des lois. L'auteur s'exprime en ces termes : « Nous ne pensons pas que le modèle ludique puisse rendre compte des mécanismes de la rationalité juridique ; seul le pôle « game » est pertinent ici, aucune « fantaisie » ne pouvant être tolérée dans notre discipline. Toute cette étude nous a paru, disons-le franchement, quelque peu frivole » (compte rendu paru dans *Droit et Société*, 1988, p. 533).

du Syndicat français de la magistrature au XX^e siècle qui se voient qualifiées de « fantaisies » et de « jongleries »¹⁰. Ironie : les volte-face opportunistes du juriste Busiris qui font dire à J. Giraudoux dans *La guerre de Troie n'aura pas lieu* : « le droit n'est-il pas la plus puissante des écoles de l'imagination ? »¹¹.

Il est vrai que les juristes n'ont pas le monopole de cette approche unilatérale du phénomène ludique. La littérature philosophique témoigne, elle aussi, à la fois de la place centrale qu'y occupe la pensée du jeu, et du caractère souvent partiel des analyses proposées. En témoignent par exemple les interprétations radicalement contradictoires que proposent Nietzsche, d'une part, et Heidegger, de l'autre, du fameux « Fragment 52 » d'Héraclite relatif au jeu de l'enfant, symbole du jeu du monde.

Si Nietzsche exalte la pulsion de jeu, l'infini pouvoir de créer et de détruire, l'éclatement de toute forme constituée au profit de la seule force constituante du « jouer », Heidegger, en revanche, déduit du même texte que si le jeu est l'essence de l'être, sa vocation n'est autre que la reprise infinie du mouvement de l'être tel qu'il est. J. Henriot en conclut excellemment : « chacun de ces points de vue met l'accent sur l'un des aspects de tout jouer : d'un côté la fantaisie, la folle imprudence, l'impulsion irréfléchie ; de l'autre, la règle, la logique, le système. L'un retient la légèreté, l'autre la gravité »¹².

L'oscillation se poursuivra chez leurs disciples respectifs. Derrida célébrera, dans la tradition nietzschéenne, l'action du jeu qui dissipe le rêve métaphysique d'une « structure centrée », d'un « signifié transcendantal », d'une « présence pleine et hors-jeu » et, ce faisant, libère un « mouvement indéfini de substitution de signes »¹³. Gadamer en revanche insistera sur la primauté des règles, qui constituent pour lui « l'essence du jeu »¹⁴.

Même les auteurs qui ont analysé avec le plus d'attention les jeux dans leur infinie variété, et en ont largement renouvelé l'étude, tels J. Huizinga et R. Caillois, ne sont pas à l'abri du reproche d'unilatéralisme. On a pu montrer avec raison que la célèbre définition de Huizinga, reprise par Caillois, n'était qu'une succession de traits unilatéraux qu'il serait parfaitement possible d'inverser sans quitter pour autant le domaine du jeu¹⁵. Selon ces auteurs, le jeu serait une activité libre, séparée, incertaine, improductive, réglée et fictive. Sans doute ; il n'en est pas moins également exact de soutenir que le jeu présente simultanément (selon une logique paradoxale qui lui est propre) les caractères de contrainte, d'intégration, de certitude, de productivité, d'indétermination et de réalité. Paradoxal, le jeu est à la fois l'un **et** l'autre ; dialectique, il est l'un **par** l'autre.

De ce foisonnement sémantique et de cette richesse pragmatique de l'idée de jeu, ce sont les dictionnaires et les encyclopédies qui, à tout prendre, livrent le tableau le plus fidèle. Ne cherchant

10. F. Dumon, « La mission des Cours et tribunaux. Quelques réflexions », *Journal des tribunaux*, 1975, p. 544.

11. J. Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Grasset, 1964, p. 111.

12. J. Henriot, « La question du jeu », in *Encyclopédie philosophique universelle*, L'univers philosophique, Paris, 1989.

13. J. Derrida, « La structure, le signe et le jeu dans le discours des sciences humaines », in *L'écriture et la différence*, Paris, Seuil, 1967, p. 410.

14. H. G. Gadamer, *Vérité et méthode*, Paris, Seuil, 1976, p. 33.

15. J. Henriot, *Sous couleur de jouer. La métaphore ludique*, Paris, José Corti, 1989, p. 171 et sv. ; J. Ehrmann, « L'homme en jeu », *Critique*, 1969, p. 579 et sv.

François OST,
Michel van de KERCHOVE
Le jeu : un paradigme fécond
pour la théorie du droit ?

pas à imposer à tout prix une essence du jeu, mais reflétant la variété de ses usages linguistiques et de ses formes concrètes, ils conservent au jeu ses virtualités métaphoriques, le pouvoir heuristique de son concept.

La lecture attentive du verbo « jeu » de ces dictionnaires s'avère dès lors des plus instructives. Outre qu'elle condamne définitivement tout usage unilatéral du concept, qui n'en retiendrait qu'un pôle au détriment des autres¹⁶, elle révèle quelques trésors lexicographiques. Parmi ceux-ci on retiendra un sens du mot « jeu », le dernier dans le *Grand Robert* (1985), le *Dictionnaire de l'Académie française* (8e édition, 1935) et le *Dictionnaire général de la langue française* (A. Hatzfeld et A. Darmesteter), le vingt-sixième (sur trente-et-un) dans le *Littré* (1967), qui pourrait bien s'avérer le plus riche d'enseignements. Jeu : « espace ménagé pour la course d'un organe, le mouvement aisé d'un objet... donner du jeu, un léger jeu, trop de jeu à une fenêtre, à un tiroir ».

Sans doute tenons-nous là ce que Henriot qualifie de « métaphore fondamentale, image-mère » qui exprime le mieux l'être du jeu¹⁷ : un intervalle, un entre-deux, un espace libre, dans un cadre donné, qui est condition de possibilité du mouvement ludique. Il n'y a en effet **de** jeu que s'il y a **du** jeu¹⁸ : trop de jeu et tout se disloque, la partie verse dans le non-sens ; pas assez de jeu et tout se bloque, le sens se fige en une répétition stérile. Au principe le jeu est cela : une faille qui, paradoxalement, rapproche, un vide qui unit et met en mouvement ; à la fois césure et suture, écart et articulation¹⁹.

Le « jeu de mots » exprime bien cette idée, en même temps qu'il révèle quelque chose de la loi fondamentale du langage. Qu'est-il, en effet, le jeu de mots, sinon l'exploitation systématique et explicite du paradoxe langagier qui procède de l'impossible coïncidence du signifiant et du signifié, du sens premier et du sens second et qui nous condamne à parler « comme si » nous savions de quoi il s'agissait ? Nous instruisant de la duplicité du langage qui tout à la fois nous rapproche et nous éloigne de ce dont nous parlons, le jeu de mots est bien l'archétype du jeu comme « entre-deux » : le **mouvement** même de la signifiante opérant au cœur de **l'espace** ménagé par les conventions linguistiques.

De ce sens fondamental, que nous qualifierons désormais de « médian », dérivent les autres caractéristiques du jeu et notamment les multiples couples conceptuels dont il opère la liaison dialectique : réalité et fiction, dedans et dehors, ouverture et fermeture, objectivité et subjectivité, certitude et aléa, régulation et indétermination... Ce sens médian traduit bien également cette idée fondamentale que le jeu est à lui-même son propre principe et que s'il ne saurait être joué sans joueur, le joueur à son tour doit « être pris au jeu » pour jouer, autant enjeu du jeu qu'acteur²⁰. Le jeu se poursuivra, flux ininterrompu, à la fois pareil à lui-même et diffé-

16. Cf. notamment le *Grand Robert de la langue française*, 2e éd., t. V, Paris, 1985, p. 810 : « la définition générale de la notion de jeu est controversée (...). L'étude des emplois du mot et de ses métaphores montre que les potentialités de la notion sont multiples et parfois contradictoires. »

17. *Op. cit.*, p. 89.

18. *Ibidem*, p. 88.

19. J. Ehrmann, *loc. cit.*, p. 607 ; J. Henriot, *op. cit.*, p. 91.

20. J. Ehrmann, *ibidem*, p. 602 ; H. G. Gadamer, *op. cit.* p. 32 : « le vrai sujet du jeu, c'est le jeu lui-même (...). Jouer, c'est toujours être joué ».

rent, tel le fleuve d'Héraclite, même si changent ses joueurs et se modifient ses règles. Tel est aussi le paradoxe de l'échange ludique qu'il survit tel qu'en lui-même à ses incessantes transformations, tout comme l'échange langagier, les échanges économiques dans le jeu du marché et, nous le verrons, les échanges normatifs qu'arbitre le jeu juridique.

On l'aura compris : seule une conception plurielle et dialectique du jeu est en mesure de faire droit à sa nature véritable. C'est donc celle-ci que nous privilégierons dans la suite. C'est, du reste, à des conclusions analogues qu'on aboutirait si, plutôt que de chercher du côté des définitions du jeu, on tentait une classification empirique des innombrables jeux qui s'exercent dans l'expérience concrète des hommes et des peuples.

R. Caillois qui, au terme d'études minutieuses, se livre à cet exercice, propose une typologie de ce genre. Il serait possible, selon lui, de distinguer quatre sortes de jeux suivant qu'ils sont dominés par la compétition (*agôn*), le hasard (*alea*), le simulacre ou le « faire semblant » (*mimicry*), et la recherche d'un certain vertige (*ilinx*). A son tour, cette classification répondrait à une gradation allant du *ludus* (jeu réglé) à la *païdia* (jeu spontané)²¹. Sans doute de telles typologies s'avèrent-elles éclairantes ; il faut cependant se garder de leur donner trop d'importance et d'en durcir les traits, dans la mesure où, de toute évidence, les caractères retenus se recourent au moins partiellement et s'impliquent mutuellement. Ne peut-on soutenir en effet, pour nous limiter à ce seul exemple, que les jeux de stratégie supposent nécessairement une part de hasard et que l'intérêt qu'ils procurent tient au moins autant au vertige de l'incertitude qu'à la rationalité des choix opérés²² ? Entre les innombrables jeux, il n'est sans doute ni démarcation absolue, ni trait absolument commun ; seulement, comme le dit Wittgenstein, à propos des jeux de langage, des « ressemblances de famille »²³.

Au cœur d'un système complexe d'analogies qui s'entrecroisent et s'enveloppent, la notion de jeu est un concept en réseau, justiciable seulement d'un usage pluriel et dialectique. Ce point étant acquis, reste à montrer en quoi le « bon usage du jeu » implique encore qu'on s'explique sur le statut épistémologique de la référence qu'on y fait.

B. L'analogie du jeu : récurrente et souvent non réfléchie. Pour une appréhension critique du jeu

L'usage fréquent que la théorie du droit fait de la référence au jeu ne paraît pas seulement réducteur ; il semble également peu réfléchi et insuffisamment critique, en ce sens qu'il ne s'accompagne pas d'une réflexion sur les différents statuts épistémologiques possibles d'un tel usage. Sans pouvoir prétendre à aucune exhaus-

21. R. Caillois, *Les jeux et les hommes*, Paris, Gallimard, 1967, p. 47 et sv.

22. J. Henriot, *op. cit.*, p. 243.

23. L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, trad. fr. par P. Klossowski, Paris, Gallimard, 1961, p. 148.

tivité, il nous paraît cependant possible de distinguer au moins les cinq usages suivants.

Le premier consiste dans l'établissement d'une simple *analogie* impliquant la comparaison trait pour trait de l'un ou l'autre caractère du droit avec un caractère corrélatif du jeu ou, le plus souvent, d'un jeu en particulier, dans un but essentiellement *didactique* ou pédagogique.

Les deux usages suivants consistent dans l'utilisation de l'idée générale de jeu, habituellement au sens médian, comme *métaphore* ou comme *paradigme explicatif*, l'idée de jeu fonctionnant cette fois comme modèle et étant utilisée dans le but d'expliquer la nature et le fonctionnement du droit. Selon le degré d'extension d'un tel paradigme, on peut encore distinguer, selon la terminologie de Kuhn, la référence au jeu comme « exemple commun » ou comme « matrice disciplinaire ».

Un quatrième usage de l'idée de jeu consiste à l'utiliser comme instrument d'*auto-interprétation* ou comme *paradigme épistémologique*, l'idée de jeu n'étant plus utilisée cette fois comme instrument de connaissance scientifique de l'objet juridique étudié, mais dans un but *réflexif*, c'est-à-dire comme instrument de réflexion sur la nature et la portée de cette connaissance elle-même.

Un cinquième usage, enfin, consiste à appliquer l'idée de jeu à la compréhension critique de l'activité discursive en général et à l'utiliser comme *paradigme logique*, c'est-à-dire comme modèle de « logos », au sens à la fois langagier et rationnel du terme, dans un but *réflexif généralisé*.

On se contentera de développer brièvement ces différents usages possibles, en précisant en même temps le sens de notre propre démarche.

La plupart du temps, la référence au jeu paraît avoir une simple valeur d'illustration d'un caractère général dont l'auteur considère qu'il est commun au droit et au jeu ou, plus souvent, à un jeu particulier. Partant, par ailleurs, implicitement de l'idée que le jeu constitue sans doute un phénomène plus familier et mieux connu que le droit, l'illustration possède, de ce fait, une visée pédagogique assez évidente. C'est en ce sens, semble-t-il, qu'un auteur comme Hart affirme, par exemple, que « l'aspect interne des règles peut être *illustré* simplement à partir des règles d'un jeu quelconque ». En effet, *de même* qu'une règle de jeu ne se ramène pas simplement à « une habitude identique (des joueurs) de déplacer la reine de la même façon », mais suppose que les joueurs considèrent ce type de comportement « comme un modèle pour tous ceux qui jouent le jeu », il est possible, selon Hart, d'affirmer et de comprendre qu'une règle sociale – et une règle de droit en particulier – ne se réduit pas à un comportement généralement observable au sein d'un groupe social déterminé, mais suppose que certains membres au moins de ce groupe « considèrent le comportement en

question comme un modèle général que doit observer le groupe dans son ensemble »²⁴. C'est dans cette perspective encore que Hart affirme que « le fait de se conformer aux conditions définies par les règles qui confèrent les pouvoirs législatifs, constitue une démarche *analogue* à un 'coup' dans un jeu tel que les échecs »²⁵.

Quelles que soient à la fois l'importance et la multiplicité des analogies établies ainsi trait pour trait entre le droit et le jeu, il paraît cependant certain que le recours à celles-ci n'a pas une portée plus fondamentale qu'une simple comparaison, sans doute éclairante au niveau des différents caractères qu'elle permet de mettre en lumière, mais qui ne dépasse pas, d'un point de vue épistémologique, une visée essentiellement *didactique*.

Il apparaît cependant que la référence au jeu peut avoir une portée plus profonde, celle d'une véritable « métaphore », dont « la comparaison n'est que le plus bas degré »²⁶, et consister à prendre « l'idée de jeu comme *modèle* pour comprendre le fonctionnement, le sens de conduites que l'on considérerait auparavant comme étrangères à toute inspiration ludique »²⁷. En d'autres termes, pour reprendre la terminologie de Kuhn, « le jeu devient alors *paradigme* »²⁸. Prise généralement dans son sens le plus fondamental, que nous avons qualifié de « médian », l'idée de jeu se trouve en même temps dépouillée de toute référence contingente à tel ou tel jeu particulier.

Dans la mesure où la notion de paradigme peut elle-même être prise, selon Kuhn, dans un sens étroit et dans un sens large, il nous semble encore possible de distinguer à cet égard deux usages possibles de la métaphore ludique dans l'approche des phénomènes juridiques.

Le premier usage consiste à concevoir le paradigme ludique, au sens étroit, comme un « exemple commun », c'est-à-dire en tant qu'il permet d'identifier des « relations de similitude » particulières, éventuellement susceptibles d'une généralisation progressive²⁹. C'est dans cette perspective notamment que nous avons nous-mêmes, en un premier temps, tenté de concevoir le langage juridique et l'activité interprétative en droit, en termes de « jeu »³⁰, en vue de souligner le parallélisme qu'il était possible d'apercevoir entre leurs structures et leurs modes de fonctionnement respectifs. C'est ainsi également que, systématisant les comparaisons établies par des auteurs comme Hart et Ross, G. Ferrari a tenté de concevoir le droit sur le « modèle » du jeu, en mettant l'accent sur le caractère constitutif de leurs règles respectives³¹.

Le deuxième usage, quant à lui, consiste à concevoir ce paradigme, au sens large, comme une véritable « matrice disciplinaire »³² représentant tout un ensemble de « croyances, de valeurs et de techniques »³³ communes aux membres d'une discipline particulière ou, tout au moins, dans le cas présent, susceptibles de le devenir. S'il est vrai que l'appréhension du droit dans son ensem-

24. H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 78.

25. *Ibidem*, p. 48.

26. J. Henriot, *Sous couleur de jouer*, (op. cit.), p. 55.

27. J. Henriot, *La question du jeu*, (op. cit.), p. 622 ; *Id.*, *Sous couleur de jouer*, (op. cit.), p. 55.

28. J. Henriot, *La question du jeu*, (op. cit.), p. 623.

29. Th. S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. française de la nouvelle édition augmentée de 1970, Paris, 1972, p. 224.

30. Cf. F. Ost et M. van de Kerchove, « Le jeu de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 395 et sv.

31. G. Ferrari, « Law as a game », in *Reason in Law. Proceedings of the conference held in Bologna, 12-15 december 1984*, vol. 3, Milan, 1988, p. 259 et sv.

32. Th. S. Kuhn, *op. cit.*, p. 215.

33. *Ibidem*, p. 207.

François OST,
Michel van de KERCHOVE
*Le jeu : un paradigme fécond
pour la théorie du droit ?*

34. A cet égard, cf. notamment F. Ost, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, p. 133 et sv. ; M. van de Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, p. 157 et sv. ; F. Ost et M. van de Kerchove, « Auto-organisation des systèmes juridiques et hiérarchie des normes », in *Technologies et symboliques de la communication*, sous la direction de L. Sfez et G. Coutlée, avec la collaboration de P. Musso, Grenoble, 1990, p. 335 et sv. ; F. Ost et M. van de Kerchove, « Les rôles du judiciaire et le jeu du droit », in *Acteur social et délinquance. Hommage à Christian Debuyst*, Liège-Bruxelles, P.U.G., 1990, p. 271 et sv.

35. A cet égard, outre les références déjà faites à Nietzsche, Heidegger, Derrida et Gadamer, cf. notamment E. Fink, *Le jeu comme symbole du monde*, Paris, Ed. de Minuit, 1966.

36. Cf. notamment D. W. Winnicott, *Jeu et réalité. L'espace potentiel*, par C. Monod et J.B. Portalis, Paris, 1975.

37. Cf. notamment J. Von Neumann, et O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, New York, 1964 ; F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, Paris, P.U.F., 1981, vol. 2, p. 84 et sv. (jeu de la catallaxie).

38. Cf. notamment E. Goffman, *La mise en scène de la vie quotidienne*, t. 1, La présentation de soi, Paris, 1973, p. 25 et sv. ; M. Crozier et E. Friedberg, *L'acteur et le système. Les contraintes de l'action collective*, Paris, Seuil, 1977.

ble a sans doute rarement été tentée à partir d'une telle « matrice » ludique, c'est progressivement dans cette direction qu'un certain nombre de nos travaux récents se sont orientés³⁴.

Nous y reviendrons au début de la seconde partie de la présente contribution. Par ailleurs, on se contentera de rappeler ici qu'un tel paradigme semble avoir très largement envahi de nombreuses autres disciplines, telles que la philosophie³⁵, la psychologie³⁶, l'économie³⁷ ou la sociologie³⁸, traduisant ainsi une évolution – voire une révolution – dont certains n'ont pas hésité à affirmer qu'elle entretenait une « relation essentielle avec notre 'modernité' »³⁹.

Il est cependant permis d'affirmer que la fécondité de la métaphore ludique ne doit pas en rester là et qu'elle est susceptible non seulement d'affecter, dans une perspective *explicative*, notre connaissance de la *réalité*, et du droit en particulier, mais encore, plus fondamentalement, d'affecter, dans une perspective *réflexive* et *critique*, notre compréhension de la *science* et même de toute *activité discursive* en général.

Il paraît en effet possible de considérer tout d'abord une discipline scientifique quelconque « comme » un jeu et d'identifier en elle les caractères essentiels de celui-ci⁴⁰. C'est ce que nous tenterons de faire à la fin de la deuxième partie de cette contribution, en esquissant une conception de la science s'inspirant d'un tel modèle et en suggérant en quoi cette conception est applicable à la théorie du droit.

Il est encore possible ensuite de dégager l'implication ultime du recours à la métaphore du jeu en l'étendant à toute activité cognitive et discursive en général, afin de dégager la « logique » à la fois dialectique et paradoxale qui opère au fondement d'une telle métaphore et traverse les conceptions qu'elle suggère tant au niveau des phénomènes étudiés qu'au niveau des discours qui s'y réfèrent. C'est ce que l'on tentera d'évoquer dans la conclusion de cette étude.

Des distinctions qui précèdent, il ressort dès lors, selon nous, que la référence au jeu doit résolument dépasser la simple forme d'une analogie pour aboutir à l'élaboration d'un véritable paradigme au sens explicatif, épistémologique et logique du terme, c'est-à-dire se transformer d'un simple instrument commode de description de la réalité juridique en un instrument d'explication de celle-ci et de réflexion critique sur la science du droit et sur l'activité juridique discursive en général.

39. J. Henriot, *La question du jeu*, (op. cit.), p. 622. Même si c'est d'une manière moins explicite, c'est également ce que suggère J. Derrida, « La structure, le signe et le jeu dans le discours des sciences humaines », *op. cit.*, p. 411.

40. Cf. H. Atlan, *A tort et à raison. Inter critique de la science et du mythe*, Paris, Seuil, 1986, p. 271 : « on ne peut pas ne pas retrouver dans notre activité de connaissance rationnelle tous les traits de l'activité ludique ».

II. De l'usage du paradigme du jeu en droit

Sur base des réflexions générales qui précèdent, il paraît possible d'évoquer, au moins à grands traits, la façon dont le paradigme du jeu est susceptible de projeter un éclairage fécond à la fois sur le phénomène juridique et sur la théorie du droit elle-même.

A. Paradigme du jeu et droit

Afin de mettre en lumière la fécondité, pour l'étude du droit, du paradigme du jeu, pris dans son sens « médian », on partira des principaux couples conceptuels qui permettent de le caractériser en termes dialectiques et on tentera de voir en quoi une telle caractérisation est applicable au phénomène juridique. On retiendra ainsi successivement les relations dialectiques qu'on peut établir entre : stratégie et représentation ; coopération et conflit ; réalité et fiction ; régulation et indétermination ; internalité et externalité.

1. Stratégie et représentation

Le modèle du jeu permet d'articuler les termes d'un premier couple conceptuel qui consiste, d'une part, dans un pôle symbolique, celui du jeu comme « représentation de quelque chose », et, d'autre part, dans un pôle utilitaire et instrumental, celui du jeu comme stratégie ou « lutte pour quelque chose »⁴¹.

Il est évidemment possible de distinguer et d'opposer des jeux qui relèvent davantage de l'un *ou* de l'autre de ces deux pôles, certains étant par exemple dominés par la compétition et d'autres par le simulacre⁴². Dans le premier cas, dominant le calcul d'intérêt, la volonté d'atteindre un objectif au moindre coût (*Zweckrationalität*) et le souci utilitariste de la meilleure allocation des ressources disponibles. Dans le deuxième cas, domine au contraire la volonté de faire sens, de donner à voir et à penser, de réaffirmer des valeurs et des normes (*Wertrationalität*).

Il n'est dès lors pas étonnant que le paradigme explicatif du jeu ait pu être utilisé, dans les sciences humaines, alternativement dans l'une ou l'autre de ces deux perspectives.

Le pôle *stratégique* du jeu est généralement privilégié par les économistes, en particulier par la « théorie des jeux » qui analyse les processus de décision en termes de conflits d'intérêts entre deux ou plusieurs parties qui s'opposent suivant certaines règles⁴³. Certains sociologues, cependant, n'ont pas hésité à concevoir également l'action collective sur la base d'un modèle stratégique, en considérant le fonctionnement d'une organisation comme « le résultat d'une série de jeux auxquels participent les différents acteurs organisationnels et dont les règles formelles et informelles – en définissant notamment les possibilités de gains et de pertes

41. J. Cazeneuve, V° Jeu, in *Encyclopaedia Universalis*, t. 10, Paris, Encyclopaedia Universalis, 1984, p. 567, où l'auteur emprunte cette distinction à Hui-zinga.

42. R. Caillois, *Les jeux et les hommes*, Paris, Gallimard, 1967, p. 47 et sv.

43. Cf. notamment J. Von Neumann et O. Morgenstern, *op. cit.*

François OST,
Michel van de KERCHOVE
*Le jeu : un paradigme fécond
pour la théorie du droit ?*

44. M. Crozier et E. Friedberg,
op. cit., p. 98.

45. E. Goffman, *op. cit.*, p. 238.

46. Cf. notamment H.-G. Gadam-
er, *op. cit.*, p. 34-35.

47. Cf. notamment A. Akoun,
« Jeux et société », in *Universalia*
1986, Paris, Encyclopaedia Uni-
versalis, 1986, p. 371 ; J.-M. Ver-
nier, « Du jeu au spectacle télé-
visé ludique », in *Le jeu et le po-
litique, Quaderni*, 1987, n° 2,
p. 27 et sv.

48. L. Raucent, *Pour une théorie
critique du droit*, Gembloux, Du-
culot, 1975, p. 272.

49. A. Garapon, *L'âne portant
des reliques. Essai sur le rituel
judiciaire*, Paris, Le Centurion,
1985, p. 16.

50. Cf. notamment R. Posner,
Economic Analysis of Law, 3e
éd., Boston-Toronto, 1986, p. 3-
4. Pour une étude critique de ce
type d'approche, cf. A. Strowel,
« Utilitarisme et approche éco-
nomique dans la théorie du
droit. Autour de Bentham et de
Posner », *Revue interdisciplinaire
d'études juridiques*, n° 18, 1987,
p. 1 et sv. ; *Id.*, « A la recherche
de l'intérêt en économie. De
l'utilitarisme à la science éco-
nomique néo-classique », in
Droit et intérêt, sous la direction
de Ph. Gérard, F. Ost et M. van
de Kerchove, vol. 1, Bruxelles,
Publ. des Facultés universitaires
Saint-Louis, 1990, p. 37 et sv. et
références citées.

des uns et des autres – délimitent un éventail de stratégies rationnelles, c'est-à-dire « gagnantes », qu'ils pourront adopter s'ils veulent que leur engagement dans leur organisation serve leurs espoirs personnels, ou du moins ne les contrarie pas »⁴⁴.

Inversement, on constate que certains sociologues, tels que Goffman, semblent privilégier le pôle *représentatif* ou symbolique du jeu en analysant notamment la structure du moi, dans ses deux dimensions essentielles – l'acteur et le personnage –, sur le modèle du spectacle et en fonction des dispositions que l'on prend pour présenter son moi aux autres⁴⁵.

Il existe cependant de bonnes raisons de penser que ces deux pôles du jeu ne sont pas totalement dissociables et que, quelle que soit la prédominance éventuelle de l'un d'entre eux dans certains types de jeux ou dans certains phénomènes à l'explication desquels le paradigme du jeu se trouve appliqué, on ne peut exploiter toute la fécondité du paradigme qu'en apercevant la tension permanente qui s'établit entre eux. Comme certains l'ont justement fait remarquer, si tout jeu implique que le joueur « s'impose une tâche » et cherche à atteindre un but, il suppose toujours simultanément que le joueur « se mette lui-même en scène » et se « donne en représentation », même lorsqu'aucun spectateur ne se trouve explicitement visé⁴⁶. Cette double dimension semble d'ailleurs expliquer la facilité avec laquelle des jeux de compétition, tels que des jeux sportifs, voire même des jeux de cartes ou d'échecs, peuvent se transformer – et se transforment effectivement de plus en plus dans nos sociétés – en spectacles⁴⁷.

Dans le domaine du droit, en particulier, cette remarque paraît d'autant plus importante que, selon le phénomène étudié, la période historique considérée, ou le modèle théorique mis en œuvre, tant l'analogie du jeu que le paradigme ludique aboutissent la plupart du temps à privilégier l'un de ces deux pôles au détriment de l'autre, excluant ainsi toute forme de réflexion sur leurs différentes articulations possibles.

C'est ainsi notamment que certains ont été amenés à mettre surtout l'accent sur la dimension « théâtrale » ou spectaculaire du droit, en développant, par exemple, l'idée que « la personnalité juridique est une notion différente de la personnalité humaine » en ce qu'elle désigne « l'aptitude à être un personnage et à jouer un rôle sur la scène du droit »⁴⁸, ou encore l'idée que le procès peut être analysé comme une forme particulière de « rituel » et considéré comme un « véritable spectacle, soumis à la fameuse règle des trois unités du théâtre classique »⁴⁹. Inversement, d'autres n'hésitent pas à ne retenir que la dimension « stratégique » ou instrumentale du droit en concevant cette fois le sujet de droit comme un calculateur agissant dans le but exclusif de maximiser ses intérêts personnels⁵⁰ ou encore le procès sous la forme d'une « pesée

d'intérêts concurrents »⁵¹ ou d'un bilan mettant en balance les coûts et avantages découlant de la situation litigieuse⁵².

On peut se demander cependant si l'utilisation la plus féconde du paradigme ludique en droit ne consiste pas davantage dans la mise au jour, dans une perspective aussi bien diachronique que synchronique, des tensions qui s'établissent en permanence entre ces deux pôles et qui permettent de rendre compte de la fréquence des oscillations et de la diversité des combinaisons auxquelles la réalité juridique nous confronte. C'est ainsi, par exemple, que la part respective des aspects stratégiques et spectaculaires dans le procès est susceptible de varier considérablement, non seulement selon son contexte historique (État libéral ou État providence)⁵³, mais encore selon la phase de son développement (instruction, poursuites, jugement et exécution)⁵⁴, selon sa nature (civile ou pénale)⁵⁵, ou encore selon son type de « clientèle » (justice exemplaire de sécurité ou justice sanitaire ou sociale)⁵⁶. C'est ainsi également qu'il paraît possible de rendre compte des différents phénomènes d'association et de dissociation des dimensions instrumentale et symbolique du droit qui traversent sa création et son application, et dont aucune ne paraît pouvoir être radicalement évacuée si l'on veut rendre compte de ces phénomènes dans toute leur complexité⁵⁷.

2. Coopération et conflit

Le deuxième couple conceptuel qu'évoque l'idée même de jeu est celui de la coopération et du conflit, du consensus et du dissensus.

Ici encore, sans doute est-il possible de distinguer certains types de jeux qui relèvent davantage de l'un de ces deux pôles, les jeux dits de compétition, voire de guerre, pouvant être reliés au second, les jeux dits de simulacre pouvant être reliés au premier.

Comme dans le cas précédent, cependant, on doit admettre que de telles associations n'ont qu'une valeur partielle et qu'elles risquent de nous faire perdre de vue que tout jeu suppose une relation dialectique permanente entre ces deux pôles, relation que le paradigme ludique est précisément susceptible de mettre en lumière.

Pour faire bref, on peut en effet considérer que tout jeu suppose nécessairement « un élément distinct du joueur avec quoi il puisse jouer, et qui riposte spontanément à l'initiative du joueur »⁵⁸, c'est-à-dire un élément à la fois *avec* quoi et *contre* quoi l'on joue. Il y a ainsi toujours à la fois participation *et* résistance, coopération

51. A cet égard, cf. notamment M. van de Kerchove, « Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste », in *Punir, mon beau souci. Pour une raison pénale*, sous la direction de F. Ringelheim, *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1984, n° 1-3, p. 123 et sv.

52. G. H. Gadamer, *op. cit.*, p. 32.

53. En ce sens, cf. notamment Ph. Heck, « Das Problem der Rechtsgewinnung », in R. Dubischar, *Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzsauslegung und Interessenjurisprudenz. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Bad Homburg vor der Höhe, Gehlen, 1968, p. 35. A ce sujet, cf. notamment M. Buerigisser et J.-F. Perrin, « Interessenjurisprudenz. Statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », in *Droit et intérêt*, (op. cit.), vol. 1, p. 327 et sv.

54. A ce sujet, cf. notamment R. Andersen, « Le juge de l'excès de pouvoir et la mise en balance des intérêts en présence », in *Droit et intérêt*, (op. cit.), vol. 3, p. 150-152.

55. A cet égard, cf. notamment F. Ost, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publ. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 57 et sv.

56. Cf. notamment F. Ost et M. van de Kerchove, « Les rôles du judiciaire et le jeu du droit », *op. cit.*, p. 291 et sv.

57. Cf. notamment A. Garapon, *op. cit.*, p. 138 et sv. ; 160 et sv.

58. Cf. notamment H. Lafont et Ph. Meyer, *Justice en miettes. Essai sur le désordre judiciaire*, Paris, P.U.F., 1979, p. 158 et sv. Cf. également A. Garapon, *op. cit.*, p. 187, qui parle, dans ce dernier cas, de « formes non rituelles de justice », et, en particulier, d'une « justice de cabinet ».

François OST,
Michel van de KERCHOVE
*Le jeu : un paradigme fécond
pour la théorie du droit ?*

et conflit. Dans de nombreux cas, cet élément résidera notamment dans la présence d'autres joueurs qui accepteront de coopérer au même jeu et d'observer des règles communes, tout en s'efforçant de vaincre leurs adversaires en appliquant ces règles, voire en faisant triompher leur propre interprétation de telles règles. Dans d'autres cas, cependant, cet élément sera le joueur lui-même « avec » qui et « contre » qui il jouera « en visant un perpétuel dépassement de sa dernière performance »⁵⁹. Dans de nombreux cas, enfin, cet élément résidera également dans certains objets – balle, pions, instrument, texte, etc. – ou facteurs – hasard, événements extérieurs, etc. – « avec » et « contre » lesquels on sera amené à jouer.

C'est précisément la richesse du paradigme ludique, tel que nous le concevons, que de permettre de saisir la présence simultanée de ces deux pôles dans la plupart des phénomènes.

Dans le domaine de la sociologie des organisations, on se contentera de citer l'application qu'en ont fait Crozier et Friedberg. Ces auteurs tentent en effet de dénoncer deux utilisations incomplètes de l'idée de jeu dans ce domaine. L'une privilégie en effet la « stratégie égoïste de l'acteur »⁶⁰ et conçoit l'organisation sur le modèle du marché en termes de négociation et d'ajustement mutuel des acteurs, ne retenant ainsi que le pôle conflictuel ou concurrentiel du jeu. L'autre, au contraire, privilégie la « cohérence finalisée du système »⁶¹ et conçoit l'organisation en termes d'adaptation passive de l'individu au rôle que les règles prédéterminées du jeu lui imposent de jouer, ne retenant ainsi que le pôle « coopératif » ou consensuel du jeu. Voyant dans le concept de jeu la combinaison de ces deux logiques contradictoires, les auteurs entendent, pour leur part, concevoir l'organisation comme une « gamme de stratégies possibles parmi lesquelles l'acteur opère un choix qui, à terme ou immédiatement, peut provoquer une modification du jeu lui-même »⁶².

Dans le domaine juridique, il nous semble parfaitement possible de transposer ce type de perspective. Tentant de dépasser à la fois les théories « consensualistes » de type durkheimien et les théories « conflictualistes » de type marxiste, certaines théories qu'on qualifie parfois de « pluralistes » tentent ainsi de rendre compte du fonctionnement de la plupart des sociétés démocratiques occidentales contemporaines en termes à la fois de consensus et de dissensus⁶³, cette idée impliquant la plupart du temps l'existence d'un accord au moins provisoire et dominant sur certaines valeurs centrales et sur certaines « règles du jeu »⁶⁴, la formation de compromis sur certaines normes, en même temps que l'existence de désaccords plus ou moins profonds sur les autres normes, sur des valeurs plus accessoires ainsi que sur les systèmes de légitimation⁶⁵. Cette idée générale peut notamment être illustrée en matière pénale où les normes d'incrimination ne paraissent faire

59. A. Akoun, *op. cit.*, p. 373.

60. M. Crozier et E. Friedberg, *op. cit.*, p. 204.

61. *Ibidem*.

62. *Ibidem*, p. 99.

63. Cf. notamment J. D. Douglas, *American social order. Social rules in a pluralistic society*, New York-Londres, 1971, p. 246-247.

64. Cf. notamment A. Vachet, « La démocratie bloquée : les ambiguïtés du pluralisme politique », in *Le pluralisme*, Montréal, 1974, p. 193.

65. Sur cette présentation des choses, cf. notamment J. Remy, L. Voye et E. Servais, *Produire ou reproduire ?*, t. 1, Bruxelles, Ed. Vie ouvrière, 1978, p. 108.

l'objet d'une appréciation ni parfaitement homogène ni totalement hétérogène, mais d'une évaluation en termes à la fois de larges zones de dissensus *et* de certaines zones de consensus⁶⁶. Elle peut l'être également par l'existence d'importantes formes d'écart entre l'adoption des normes pénales et leur application, cet écart permettant notamment de mesurer l'étendue du compromis intervenu entre ceux qui manifestent leur adhésion à l'égard de ces normes et ceux qui en contestent la légitimité⁶⁷.

Dans une perspective normative et critique, on peut d'ailleurs émettre l'idée que tout processus de légitimation rationnelle des normes juridiques suppose nécessairement une telle dialectique entre des moments de consensus traduisant un accord stabilisé sur des hiérarchies de valeurs et des moments de dissensus traduisant la mise en question par tel ou tel groupe des hiérarchies établies⁶⁸.

3. Réalité et fiction

Réalité ou fiction ? Quel registre ontologique convient au jeu ? La fiction, à en croire les définitions canoniques de Huizinga et Caillois (« action libre sentie comme fictive », « activité fictive : accompagnée d'une conscience spécifique de réalité seconde ou de franche irréalité par rapport à la vie courante »)⁶⁹. En revanche, la vague ludique qui déferle aujourd'hui sous forme de prolifération d'objets (jouets, gadgets), d'envahissement des ondes (jeux radio-phoniques et télévisés) et d'occupation croissante de l'espace (plaines de jeux, parcs d'attraction, Disney *land*, Disney *world*) atteste de l'incontournable matérialité sociale du jeu. Le paradigme ludique ne se laisse cependant pas enfermer dans les termes d'une alternative aussi grossière. Sa spécificité consiste plutôt dans l'articulation dialectique des deux dimensions du réel et de l'imaginaire d'où pourrait bien surgir une « troisième dimension », quelque chose comme le « troisième monde » dont parlait Popper.

Une observation grammaticale éclaire bien le statut d'entre-deux qu'occupe le jeu, le décalage qu'il instaure par rapport à la réalité, sans pour autant renoncer à celle-ci. « Supposons que nous sommes des rois et des reines », dit Alice. Normalement, observe Henriot, « supposer que » appelle le subjonctif. Le traducteur français de Carroll ne s'y est cependant pas trompé, qui, en l'occurrence, le fait suivre de l'indicatif présent. L'usage tolère en effet cette tournure, dès lors que l'hypothèse, qui perd ainsi de sa gratuité, vise à poser un objet comme réel⁷⁰. Un principe est instauré qui formera la base conventionnelle d'une activité et d'un discours subséquents. Telle est bien la convention ludique : une supposition est faite qui inaugure un univers nouveau à la fois présent au sein de la réalité et en décalage par rapport à elle. Le mode indicatif atteste de sa réalité, sans que puisse être conjuré, pour autant, le retour du subjonctif, révélateur du changement de plan opéré.

66. A ce sujet, cf. notamment Cl. Faugeron et Ph. Robert, *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*, Paris, Le Centurion, 1980, p. 179 et sv.

67. A cet égard, cf. notamment M. van de Kerchove, « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », *Journal des tribunaux*, 1985, p. 329 et sv.

68. A cet égard, cf. notamment F. Ost, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 12, 1984, p. 184 et sv.

69. J. Huizinga, *Homo ludens*, trad. fr., Paris, Gallimard, 1951, p. 34 ; R. Caillois, (*op. cit.*), p. 43.

70. J. Henriot, *Sous couleur de jouer*, (*op. cit.*), p. 284-285.

François OST,
Michel van de KERCHOVE
*Le jeu : un paradigme fécond
pour la théorie du droit ?*

Le philosophe Eugen Fink insiste, dans son essai magistral sur le *Jeu comme symbole du monde*⁷¹, sur ce statut hybride de réel/irréel qui caractérise le jeu. Puissance organisatrice, le jeu « réalise » un imaginaire ; il opère l'irruption « d'autre chose » dans le cours des choses ordinaires ; il ménage une place au possible. Le jeu est l'expérience de la réalisation des possibles, alors que le réel est, au contraire, réduction de ces possibles.

En cela la sphère du jeu peut être dite « surréelle » : loin d'être une moindre réalité, elle est une surréalité dans la mesure où elle implique, et instaure partiellement, la dimension du possible⁷². N'est-ce pas, du reste, la fécondité du langage également que de passer constamment de la désignation de choses existantes à l'instauration de significations nouvelles, tout en les rapportant les unes aux autres ?

Les catégories de réalité, de fiction et de surréalité que nous venons de distinguer peuvent être transposées, sans difficulté, au domaine juridique. Pour d'aucuns, on le sait, le droit relèverait de la factualité pure, si du moins on veut bien le dégager des voiles de la métaphysique et de l'idéologie. Ainsi l'enseignement des divers « réalismes » : celui, scandinave, d'un Olivecrona, qui étudie « le droit comme fait »⁷³, ou celui, américain, de K.W. Llewellyn, qui n'entend retenir, au titre de « real rules », que les pratiques des tribunaux, par opposition aux lois, reléguées au rang de « paper rules »⁷⁴.

Pour d'autres, au contraire, le droit serait discours ou texte dont le propre consisterait à entretenir l'illusion ou la mystification d'une fiction fondatrice – celle du bon pouvoir ou du bon droit, digne d'amour. Pour P. Legendre, par exemple, « le grand œuvre du Pouvoir consiste à se faire aimer. L'accomplissement d'un tel prodige a toujours supposé une science particulière (celle de la loi), qui précisément échafaude cet amour-là et camoufle par son texte le tour de passe-passe d'un dressage pur et simple »⁷⁵.

Entre la platitude d'un réalisme behavioriste et le soupçon systématique d'une psychologie des profondeurs radicalisée, entre le trop de réalité de l'une et le trop peu de réalité de l'autre, il y a place assurément pour une intelligence mieux assurée du juridique. Comme le jeu, le droit infuse ses possibles, parfois les impose, au sein du réel. Il met en circulation des significations nouvelles, il met en place des institutions et des règles spécifiques qui ont vocation à faire souche dans le corps social. « Tout, dans la règle juridique, est construction », écrit Jean Dabin⁷⁶. Cette surréalité juridique ne s'entend pas seulement de la re-construction d'un donné, naturel ou social, préalable ; elle implique également « élaboration d'objet »⁷⁷. Pour conformer les choses et les conduites à son prescrit, le droit leur donne sens et forme : tantôt il s'agira d'in-former ce qui est encore sans forme, parfois (le plus

71. Trad. fr., Paris, Les Editions de Minuit, 1966.

72. En ce sens, cf. H. Atlan, *op. cit.*, p. 267.

73. K. Olivecrona, *Law as Fact*, London, Stevens and sons, 2e éd., 1971.

74. K. N. Llewellyn, « A realistic jurisprudence, the next step » (1930), reproduit in *Jurisprudence. Text and readings on the philosophy of law*, (G. Christie, editor), Saint-Paul, 1973, p. 1099-1100.

75. P. Legendre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*. Paris, Seuil, 1974, p. 5.

76. J. Dabin, *Théorie générale du droit*, nouvelle édition, Paris, Dalloz, 1969, p. 300.

77. *Ibidem*, p. 198. Référence est faite, à la suite de Saint-Thomas, au législateur « tisserand » et « architecte ». Dabin ajoute cependant qu'une telle construction n'a rien d'arbitraire ; alors que l'œuvre d'art est « gratuite », la création juridique, en revanche, est œuvre de la raison prudentielle au sens de « soumission au vrai » et de « soumission à un but » (*ibidem*, p. 201).

souvent sans doute), il s'agira de dé-former ce qui avait déjà sens et forme dans un autre registre.

Tel est sans doute le rôle essentiel de l'ordre juridique : plus importante que sa fonction coactive (interdire-punir) à laquelle on le réduisait souvent, ou sa fonction régulative-gestionnaire à laquelle on l'assimile volontiers aujourd'hui, c'est cette fonction de nomination qui fait le propre du droit. Nomination qui est en même temps normalisation et institution, au sens où, réellement ici, « dire, c'est faire ». Le droit identifie les personnes et les choses ; littéralement, il les fait venir à l'existence juridique, comme cela apparaît particulièrement clairement dans le cas de la personification des personnes morales. En nommant, classant, hiérarchisant, le droit attribue des rôles juridiques aux divers acteurs de la vie sociale. A chacun de ces statuts, il attache des droits et des devoirs, des charges et des privilèges⁷⁸. Ces statuts peuvent s'inscrire dans le prolongement de la réalité factuelle, comme dans le cas de la parenté attribuée aux géniteurs biologiques de l'enfant ; parfois, cependant, ils peuvent marquer une rupture à son égard, comme dans le cas de l'adoption (parenté « fictive »). Dans toutes les hypothèses, ce statut juridique ne manquera pas de rejaillir à son tour sur les divers niveaux de la réalité vécue.

A l'élaboration de cette « surréalité » juridique contribuent diverses techniques. On évoquera notamment les nombreuses ressources du conceptualisme juridique (définition, construction, classification, systématisation...) ⁷⁹, l'adoption de normes constitutives, et l'usage très généralisé de fictions. La mise en lumière, par Searle, de la distinction entre « règles normatives » (qui « gouvernent des formes de comportement pré-existantes ou existant de façon indépendante ») et « règles constitutives » (qui « créent ou définissent de nouvelles formes de comportement ») ⁸⁰ a, comme on le sait, suscité de nombreuses études exploitant l'analogie du droit et du jeu ⁸¹. La pratique du droit comme celle du jeu ne serait nullement compréhensible si elle n'était pas rapportée en permanence à ces règles constitutives qui en déterminent les principaux éléments (statut des joueurs, enjeux, buts du jeu...).

Ce sont cependant les fictions juridiques qui traduisent le plus explicitement l'artificialisme du droit et qui ont fait l'objet, depuis toujours, du plus grand intérêt des juristes. C'est que, ici, la déformation propre à la technique juridique, et déjà présente dans les qualifications, les analogies et les présomptions, atteint son point culminant. Certains entendent dès lors en débarrasser le discours juridique. Ainsi, Bentham : « le bonheur du genre humain ne doit pas dépendre d'une fiction (...). Laissons ces jouets aux enfants » ⁸² ; ainsi encore, plus récemment, A. Bayart qui pose la question : « Peut-on éliminer les fictions du discours juridique ? » et y répond par l'affirmative ⁸³. Mais on ne se débarrasse pas si aisément des fictions, si tant est qu'elles tiennent à la nature même

78. En ce sens, cf. P. Orienne, *Introduction au système juridique*, Louvain-la-Neuve, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 259 et sv.

79. Cf. notamment J. Dabin, *op. cit.*, p. 267-300.

80. J. R. Searle, *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage*, trad. par H. Pauchard, Paris, 1972, p. 72.

81. On trouvera une bibliographie très complète sur cette question in G. Azzoni, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, Cedam, 1988, p. 157-206. Cf. encore G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, Milano, Giuffrè, 1974 ; R. Guastini, « Six concepts of 'constitutive rule' », *Rechtstheorie*, Beiheft 10, p. 261 et sv.

82. Cité par E. Mari, « Jeremy Bentham : du « souffle pestilentiel de la fiction » dans le droit, à la théorie du droit comme fiction », in *Actualité de la pensée juridique de J. Bentham*, sous la dir. de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 353.

83. A. Bayart, « Peut-on éliminer les fictions du discours juridique ? », in *Les présomptions et les fictions en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foiriers, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 26 et sv.

du langage juridique, comme Bentham allait bientôt s'en apercevoir, au terme de l'analyse des principaux concepts juridiques (« power », « right », « duty », « liberty », « property »...) ⁸⁴. Voilà donc qu'il allait falloir s'accommoder de ces « jouets », si du moins on avait le souci d'assurer la suite de la représentation... C'est que, si elles révèlent l'arbitraire de toute nomination, au creux des conventions langagières, les fictions n'en sont pas moins opératoires ⁸⁵. Paradoxe du langage (juridique) qui, au moment même où il traduit sa non-coïncidence à l'égard du fait, assure une certaine maîtrise sur lui. C'est la vertu du paradigme ludique que de laisser entrevoir, entre l'opacité d'un réel muet et l'inconsistance d'une irréalité mensongère, la fécondité de l'univers magique, surréel, que fait surgir, par la force de sa seule énonciation, le verbe du droit.

4. Régulation et indétermination

Que le jeu soit marqué au coin de la régulation et de l'indétermination, de la convention et de l'invention, c'est un trait qui s'impose d'emblée à tout observateur. C'est du reste sous cet angle que l'analogie du jeu et du droit nous est apparue dès nos premiers travaux. Le couple dialectique « régulation/indétermination » constitua longtemps à nos yeux la détermination exclusive du concept de jeu ; il en demeure aujourd'hui l'archétype, bien qu'il ait perdu son exclusivité.

Bien que l'on puisse mettre l'accent tantôt sur le pôle « régulation », en invoquant l'exemple de jeux extrêmement formalisés et stéréotypés, tels que le jeu d'échecs, tantôt, à l'inverse, insister sur l'aspect « fantaisie », en se référant par exemple aux grands dévouements collectifs des fêtes carnavalesques, il apparaîtra bien vite que tout jeu combine, en proportion sans doute variable, mais moyennant un minimum irréductible, une dose de règles et une dose d'indétermination. Winnicott note à cet égard le paradoxe qui consiste à jouer « au jeu sans règles » ; aussi ouvert soit-il, un tel jeu suppose au moins une double convention : décider de jouer ensemble, décider de jouer à ce jeu-là ⁸⁶.

Si le français ne dispose que d'un seul terme, « jeu », pour exprimer ces deux idées, la langue anglaise, en revanche, distingue le *play* qui renvoie au jeu libre et spontané, et le *game* qui renvoie, quant à lui, au jeu social et réglementé. Mais aussi réglementé soit-il, le jeu ne serait plus jeu s'il ne comptait une part d'incertitude, de risque et d'arbitraire qu'aucune règle préalable ne pourrait totalement contrôler. Inversement, le débordement le plus dyonisien verserait dans le délire et l'insignifiance s'il n'était contenu par quelques principes implicites, ne serait-ce que des limites de temps et de lieu. « Le jeu », écrit Cl. Lévi-Strauss, « produit des événements à partir d'une structure » ⁸⁷. S'il y a donc programmation, celle-ci n'est pas telle qu'elle empêcherait tout imprévu ; une place est ménagée pour le hasard (ou combinaison irreprésentable d'un

84. Sur cette évolution de la pensée de J. Bentham, cf. l'étude de E. Mari, déjà citée. Mari n'hésite pas à voir dans ce « second Bentham » un précurseur de H. Vaihinger, le philosophe du « comme si ».

85. En ce sens, cf. L. Dethier, « Le droit par la bande, sur la logique du dispositif discursif juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1990-25, p. 1 et sv.

86. D. Winnicott, *Jeu et réalité*, (op. cit.), 1975, p. 165.

87. Cl. Lévi-Strauss, *La pensée sauvage*, Paris, Plon, 1962, p. 47.

trop grand nombre de facteurs explicatifs) et pour l'intervention du joueur. A l'inverse, si le hasard dominait, la structure se disloquerait et la partie deviendrait insignifiante ; tout comme une prépondérance absolue des joueurs, ou de certains de ceux-ci, ôterait au jeu le « suspens » qui le caractérise et le ramènerait à l'exécution mécanique d'un programme ou d'une volonté.

Ni vraiment produit du hasard, de la structure ou de la volonté du joueur, le jeu est un espace potentiel de créativité qui traduit l'effet de l'intentionnalité des joueurs sur la rigidité des conventions ; inversement, comme champ régulé, il reflète l'infléchissement des volontés sous l'action de normes collectives pour une bonne part non maîtrisables. Cet ajustement du projet de l'acteur aux normes du champ ludique est, pour P. Bourdieu, l'effet d'une variété particulière de sens pratique : le « sens du jeu » qui permet au joueur de tirer le meilleur parti d'une structure déterminée de jeu, au terme d'une série de choix qui, « pour n'être pas délibérés, n'en sont pas moins systématiques »⁸⁸.

L'idée nous paraît essentielle car elle témoigne de ce que la pratique du jeu ne se réduit ni au seul respect des règles, ni à l'indétermination pure et simple. Au-delà des règles, il n'y a pas le vide, mais précisément un « espace de jeu » que mesure et exploite le sens du jeu, ou intuition pratique du sens produit par le jeu lui-même. L'élément central de ce « sens » ou « esprit du jeu » – pas nécessairement conscient, au demeurant – est l'adhésion aux « buts du jeu » et à ses « enjeux », ce que Bourdieu appelle la « croyance » ou « foi pratique qui est comme le droit d'entrée qu'imposent tacitement tous les champs »⁸⁹.

Sans doute trouvera-t-on, dans le jeu social, des partenaires disposant de plus de pouvoir que d'autres, c'est-à-dire d'une plus grande capacité de modifier les règles du jeu et d'une meilleure maîtrise de ses espaces d'incertitude. Mais les inégalités ne sont jamais telles qu'elles excluraient toutes modifications de position.

De cette dialectique de la régulation et de l'indétermination (comme du reste de l'articulation de divers autres pôles associés, tels que : certitude/aléa, stabilité/changement, objectivité/subjectivité), le champ juridique offre d'innombrables illustrations. On se limitera à évoquer, dans le cadre limité de cette étude, la question de l'interprétation⁹⁰ et celle du changement juridique.

On sait que la problématique de l'interprétation a toujours oscillé, depuis le droit romain au moins, entre deux fantasmes opposés : celui d'un juge totalement asservi à la norme (« bouche de la loi »), comme si la norme contenait un sens « unique » et « clair » qu'il suffirait de porter au grand jour, et, à l'inverse, le fantasme du juge totalement affranchi de la règle (« gouvernement des juges »), comme s'il était possible de créer un sens juridiquement pertinent qui ne doive rien à la tradition, au langage, aux théories et aux valeurs dominantes dans le champ du droit. Tout à l'opposé,

88. P. Bourdieu, *Le sens pratique*, Paris, 1980, p. 111.

89. *Ibidem*, p. 113.

90. Sur cette question, cf. notamment F. Ost et M. van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1983 ; *Id.*, *Jalons pour une théorie critique du droit*, (op. cit.), p. 355-446 ; *Id.*, « Le jeu de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 395-409.

François OST,
Michel van de KERCHOVE
*Le jeu : un paradigme fécond
pour la théorie du droit ?*

91. Cf. également la métaphore du « roman écrit à la chaîne » à l'aide de laquelle R. Dworkin (« La chaîne du droit », *Droit et société*, Paris, 1985, n° 1, p. 51-79) décrit la méthode des juges, tenus, écrit-il, d'appliquer la « règle du jeu » qui consiste à respecter une unité qui est à la fois de l'ordre de la récapitulation et de l'anticipation. D'autres auteurs ont également utilisé la métaphore du jeu pour penser l'interprétation des règles : cf. notamment H. Kelsen : « on dit qu'il interprète la sonate ; tel est exactement le rôle du juriste à l'égard de l'œuvre du législateur » (*Théorie pure du droit*, trad. 1re éd., par H. Thévenaz, 2e éd., revue et mise à jour, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1988, p. 54. A noter que la comparaison disparaîtra dans la seconde édition) ; cf. aussi P.A. Côté : « L'interprète d'une loi peut en effet être comparé au récitaliste (...). La musique ne git pas dans son instrument sous forme de rouleaux perforés grâce auxquels, par une action purement mécanique, il pourrait faire jaillir le son » (« L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes », *Revue du Barreau*, t. 50, n° 2, mars-avril 1990, Montréal, p. 350).

il apparaîtra qu'interpréter consiste, tout comme c'est le cas du langage dont cette opération ne fait que redoubler les virtualités, à « faire du neuf avec de l'ancien ». Le jeu de l'interprétation affecte non seulement les règles à interpréter, mais encore, au second degré pourrait-on dire, les directives relatives à l'interprétation de ces règles. Quant aux normes à interpréter, il faut remarquer que l'incertitude qui affecte tant leur formulation (caractérisée par la polysémie et la « texture ouverte ») que l'intention de leur auteur (parfois absurde, quelquefois contradictoire, souvent obscure), rend indispensable l'intervention créatrice du juge-interprète (sans parler des problèmes préalables à l'interprétation tels que la qualification des faits et le choix de la règle pertinente, et les questions, subséquentes à celle-ci, d'intégration de la solution dans le dispositif formé par l'ordre juridique dans son ensemble et d'appréciation des conséquences, notamment sociales, du sens retenu).

A l'opposé de la thèse kelsénienne selon laquelle toute interprétation juridique est également acceptable pour autant qu'elle s'inscrive dans le cadre formé par la règle supérieure, il faut remarquer qu'aucun système juridique ne laisse cependant cette « co-production » judiciaire du sens dans l'indétermination complète. D'innombrables directives entendent en réguler l'exercice. A leur tour cependant, ces directives ne sont pas à ce point contraignantes qu'elles élimineraient toute incertitude quant au résultat final de l'interprétation. De même qu'un jeu performant et signifiant ne se ramène pas au seul respect de ses règles explicites, de même l'interprétation ne se laisse pas contenir dans quelque programmation a priori. Encore faut-il, pour « jouer le jeu » correctement, développer, dans la « marge de jeu » laissée ouverte par ses règles, un « sens du jeu » qui s'analyse au premier chef comme une volonté constante d'en actualiser les « enjeux » et d'en conforter les « buts ». De ce point de vue, nous soutenons que l'interprétation qui a le plus de chance de s'imposer est celle qui, se mouvant avec souplesse *entre* la lettre et l'esprit, réussit à entretenir ou restaurer la cohérence de l'ordre juridique, entendu à la fois comme conséquence logique et harmonie idéologique⁹¹. Non pas donc la lettre *ou* l'esprit (alternative), ni la lettre *contre* l'esprit (ou l'inverse-exclusion), ni la lettre *et* l'esprit (juxtaposition), ni encore la lettre = l'esprit (identification), mais *entre* la lettre et l'esprit : question de relier sans assimiler – jeu au sens médian : mouvement au sein d'un cadre.

Des observations du même ordre s'imposent à l'étude de la problématique du changement juridique. Traditionnellement est rappelée à cet égard l'exigence de la sécurité juridique qui, à la limite, s'opposerait à tout changement ; à tout le moins ne tolérerait-elle que des changements prévisibles. Il semble cependant que cet idéal soit largement illusoire, de sorte qu'il faudra le plus souvent s'accommoder de degrés variables de sécurité, selon les bran-

ches et les institutions juridiques. Comme l'écrit excellemment Fr. Tulkens : « entre l'idéal classique de la sécurité 'à tout prix' et le réalisme extrême consistant à nier totalement l'idée de sécurité juridique, il existe, semble-t-il, une place pour une conception gradualiste intégrant différentes sécurités juridiques »⁹². C'est l'idée de prudence – elle-même redécouverte aujourd'hui dans le cadre de la théorie des jeux⁹³ – qui s'accorde sans doute le mieux à de telles situations où l'inévitable risque ne débouche cependant pas sur l'aléa complet ou l'arbitraire. Tout l'art de la décision, notamment juridique, consistera dès lors à « jouer serré », à mesurer au plus près les risques acceptables et à imaginer des solutions suffisamment souples pour s'adapter à une dose raisonnable de changement.

Kelsen, on le sait, distinguait les systèmes normatifs selon le critère statique/dynamique et rangeait les ordres juridiques parmi les systèmes dynamiques. A l'expérience, il apparaît cependant qu'ils ne sauraient être purement dynamiques ; M. Troper est plus proche de la réalité qui écrit : « le droit positif des sociétés modernes est un système à la fois statique et dynamique, puisque toutes les décisions sont toujours justifiées à la fois par leur conformité au contenu d'un autre énoncé et par l'habilitation conférée à leur auteur »⁹⁴. Perelman n'exprimait-il pas la même vérité en inscrivant les systèmes juridiques « entre le calculable et le politique » – deux utopies opposées, la première présupposant l'adoption de règles « qui permettent d'éviter tout pouvoir de décision » (« système de législation sans juges »), la seconde impliquant un « pouvoir de décision illimité et arbitraire qui s'exercerait sans règles préalables » (système de « justice sans législateur »)⁹⁵ ?

L'étude des différentes temporalités juridiques nous a conduits, quant à nous, à des conclusions convergentes : l'autonomie et la performance de systèmes juridiques complexes comme les nôtres supposent un équilibre entre homéostasie et rupture, continuité et changement. Trop statiques, les ordres juridiques se distinguent mal de la morale, des mœurs et des usages, comme c'est le cas dans les sociétés traditionnelles ; trop aléatoires et mouvants, les systèmes juridiques ne se démarquent plus guère des règles techniques auxquelles ils confèrent une traduction normative, comme c'est souvent le cas dans le cadre de l'État providence⁹⁶.

S'il faut donc nécessairement s'accommoder d'un certain degré de mutabilité du juridique, c'est que les acteurs du jeu juridique, quels qu'ils soient, disposent d'un pouvoir, minimal parfois, mais cependant irréductible, d'infléchir les règles de la partie. Tantôt il s'agira seulement de se mouvoir dans le champ de pouvoir discrétionnaire ouvert par le cadre normatif lui-même ; tantôt il s'agira, plus radicalement, de négocier et de modifier ce cadre lui-même.

Conflit « sous le droit » (invention de nouveaux « coups » dans un cadre inchangé), dans le premier cas ; conflit « sur le droit »

92. F. Tulkens, « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1990-24, p. 38 ; cf. également F. Frank, *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Peter Smith, 1970, p. 7 : « Only a limited degree of legal certainty can be attained ».

93. En ce sens J. Henriot, *op. cit.*, p. 242 (avec cette précision : « la décision peut être prudente : elle comporte toujours une dose variable d'imprudence »).

94. M. Troper, « Système juridique et Etat », *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, p. 43. Sur cette question, cf. F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, (op. cit.), 1988, p. 54-63.

95. Ch. Perelman, « Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe », *Archives de philosophie du droit*, t. VII, 1962, p. 42.

96. Sur ce point, cf. F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, (op. cit.), p. 229-232.

François OST,
Michel van de KERCHOVE
*Le jeu : un paradigme fécond
pour la théorie du droit ?*

(contestation du cadre lui-même), dans le second. Ce serait se méprendre que de croire le droit à l'abri de ces conflits portant sur la règle du jeu elle-même, comme si la vocation des organes juridiques consistait exclusivement à individualiser des normes générales, selon un mouvement descendant qui, du sommet à la base, ne ferait que dégager un prescrit toujours déjà contenu dans la norme supérieure. Le jeu juridique révèle au contraire de nombreux exemples de « hiérarchies enchevêtrées » ou « boucles étranges » au terme desquelles le niveau inférieur détermine paradoxalement le message du niveau supérieur⁹⁷. Ce qui se dégage en définitive de telles situations, c'est le caractère auto-modificateur du droit : dans ce jeu social singulier, la transformation des règles compte en effet au nombre des coups possibles. C'est du reste exactement sur ce principe que Peter Suber a mis au point le *Nomic*, nouveau jeu de société, inspiré de la réflexivité du droit, et qui consiste précisément à pouvoir en modifier constamment les règles⁹⁸. Sans doute ces changements s'opèrent-ils encore « selon les règles », mais, aucune de ces règles du second degré n'étant elles-mêmes immuables (même si leur modification est moins aisée, comme c'est généralement le cas des normes constitutionnelles), il faut bien convenir que l'incertitude, pour n'être pas radicale, n'en est pas moins inscrite au principe du droit. Une fois encore le paradigme ludique aura ainsi porté au grand jour un trait fondamental du phénomène juridique.

5. Internalité et externalité

Une cinquième caractéristique du jeu – et non la moins fascinante – tient au rapport paradoxal qu'il établit entre dedans et dehors. Par son existence même, le jeu dessine un espace qui lui est propre et que tout conduit à appréhender comme séparé du contexte de la vie réelle. C'est, on s'en souvient, un des traits que Huizinga et Caillois prêtent au jeu : « activité située en-dehors de la vie courante ».

Certes, tout jeu implique une différenciation par rapport au flux des activités et des significations ordinaires ; comme un système se détache de son environnement par un principe de différenciation qui lui est propre, de même le jeu doit bénéficier d'un minimum d'autonomie pour exister. Il ne paraît cependant pas possible de radicaliser ce processus de différenciation ou d'autonomisation. Tout comme la *Gestaltpsychologie* a montré que la figure ne se détachait que sur un fond à l'égard duquel elle continue d'entretenir un rapport constitutif, de même le jeu ne fait sens que de reconduire un lien paradoxal de rupture et de *proximité* par rapport à la vie « réelle ». Ainsi, jouer n'est certainement pas s'exiler du réel, tout au plus est-ce un divertissement (passage à un autre plan). Jouer, explique J. Henriot, c'est « se tenir à la fois dans et dehors »⁹⁹.

97. Sur l'application de ces concepts empruntés à D. Hofstadter, cf. F. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, (op. cit.), p. 183 et sv.

98. Cf. D. Hofstadter, « Le Nomic : un jeu auto-modificateur fondé sur la réflexivité du droit », in *Ma Thémagie*, Interéditions, 1988, p. 76 et sv.

99. *Op. cit.*, p. 149.

Ce rapport ambivalent qu'entretient l'activité ludique, Winnicott le nomme : « espace potentiel » ou « espace transitionnel ». Il constitue, selon lui, le lieu même d'émergence de la personnalité du jeune enfant qui apprend progressivement à renoncer à l'indistinction fusionnelle à l'égard de sa mère, sans pour autant s'enfermer (sauf dérive pathologique) dans son propre monde clos. C'est, semble-t-il, l'activité ludique – dont les productions créatrices de l'âge adulte, art et science notamment, ne sont que le prolongement – qui, littéralement, constitue cet espace transitionnel où s'élabore le soi, à la fois séparé d'autrui et relié à lui ¹⁰⁰.

Les frontières du jeu et du « hors-jeu » apparaissent donc à la fois mouvantes, poreuses et réversibles ¹⁰¹ ; tout se passe comme si dedans et dehors s'impliquaient mutuellement, voire échangeaient leurs positions. Entre jeu et sérieux, par exemple, il n'est pas de limites tranchées. De même, entre spectateurs et acteurs : ne dit-on pas que ces derniers sont « pris au jeu » ? Le plus souvent aussi les enjeux du jeu sont extra-ludiques, ou du moins relèvent-ils simultanément de jeux distincts. A l'instar du fameux ruban de Möbius, les frontières du jeu, qui devraient normalement le séparer de l'extérieur, semblent au contraire conduire en son cœur. L'extérieur devient intérieur, l'intérieur se projette à l'extérieur. C'est qu'un jeu (ou un système) est toujours en même temps autre chose que lui-même, en dépit des efforts qu'il manifeste pour réguler son fonctionnement. En lui continue de survivre, parfois seulement à l'état de simples potentialités, le « non-jeu » (ou l'« autre jeu », ou le « double jeu »).

La règle du jeu qui semble découper, définir, séparer, est aussi, du même mouvement, ce qui rapproche et relie. A la fois articulation et séparation, la loi, dit Ehrmann, « tient lieu d'origine » ¹⁰² : elle instaure un univers qui se donne pour fondé et autonome, en même temps qu'elle révèle l'impossibilité d'une telle clôture fondatrice.

Une fois encore la transposition au champ juridique du paradigme ludique – ici défini par l'articulation du dedans et du dehors – s'avère extrêmement féconde. On se limitera à évoquer trois illustrations de cette dialectique ; elles concernent respectivement la question de la définition du droit, la problématique du pluralisme juridique, et enfin les paradoxes du fondement de l'ordre juridique.

En ce qui concerne la définition du droit, et en dépit des difficultés récurrentes de l'entreprise, il convient bien évidemment de s'accorder sur un critère opératoire de délimitation de l'objet « droit ». Il nous paraît, quant à nous, que l'on peut trouver un tel critère, susceptible de réduire, sans la supprimer totalement pour autant, la polysémie qui affecte le terme « droit », dans l'usage privilégié que les juges font de ce terme. Parmi les acteurs juridiques, ne sont-ils pas ceux qui sont explicitement investis de la tâche de

100. D. W. Winnicott, *Jeu et réalité. L'espace potentiel*, (op. cit.), p. 133, p.24 et sv.

101. Cf. notamment E. Duyckaerts, « Pour un point de vue fragmentaire sur le jeu », in *Le jeu et la politique, Quaderni*, 1987, n° 2, p. 11 et sv. ; cf. aussi Y. Barel, *Le paradoxe et le système. Essai sur le fantastique social*. Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1979, p. 48 : « Un système social est une entité floue, qui a des frontières et un extérieur, et dont pourtant aussi les frontières passent à l'intérieur de lui-même ».

102. J. Ehrmann, « L'homme en jeu », *loc.cit.*, p. 607.

François OST,
Michel van de KERCHOVE
*Le jeu : un paradigme fécond
pour la théorie du droit ?*

« dire le droit » ? Chargés de la « *jurisdictio* », il leur revient non seulement de trancher les litiges à la lumière du droit, mais aussi, par le fait même, de décider de manière ultime si une règle ou une prérogative constitue du droit ou non ¹⁰³.

Un tel critère est assurément opératoire ; il garantit une clôture et une efficacité à la fois suffisantes et raisonnables à l'ordre juridique, au sens où une réponse institutionnelle, publique et dotée d'autorité, est donnée à la question de savoir où passe la ligne de partage du droit et du non-droit. Il ne faudrait pas en déduire pour autant qu'un tel partage jurisprudentiel sépare deux mondes clos et statiques. Il apparaît, au contraire, à l'étude de la jurisprudence, qu'entre droit et non-droit, entre le système juridique et son environnement, d'incessants échanges s'opèrent, de même que s'y développe un « infra-droit » qui tantôt renforce le modèle établi, tantôt le concurrence et l'affaiblit. Ainsi donc, de même qu'un jeu ne s'impose qu'à la faveur de la décision qui l'instaure dans sa spécificité ¹⁰⁴, mais qu'il ne saurait se jouer en état d'apesanteur sociale, sans entretenir d'innombrables rapports à son environnement, ainsi en est-il également du droit.

Envisagé comme « ensemble de règles », le droit ne se ramène pas aux codes, dans la mesure où les règles sanctionnées et reconnues ne constituent que la face émergée d'un vaste ensemble de normes, « conçues » et « vécues » au sein du corps social, auxquelles les juges sont toujours susceptibles de conférer des effets juridiques. Envisagé comme « ensemble de prérogatives », le droit ne se ramène pas non plus au catalogue des prérogatives consacrées en forme de droits subjectifs ; ici encore opère, en marge de la juridicité officielle, une frange très active d'intérêts qui, s'ils sont reconnus « légitimes » par le juge, exerceront tantôt des effets créateurs de droit, tantôt, au contraire, comme dans la théorie de l'abus de droit, un rôle de contrôle et de limitation des droits subjectifs ¹⁰⁵.

Ces intérêts qui concurrencent, qui subvertissent, qui parfois annulent les droits subjectifs « officiels », et parfois leur donnent naissance, ces principes qui tantôt génèrent des corps de règles positives, tantôt en sapent l'ordonnement consacré, sont-ils « dedans » ou « dehors » ? Le plus sage n'est-il pas de reconnaître qu'ils sont à la fois dedans et dehors, juridiques et méta- (ou infra-) juridiques ?

Ces observations conduisent directement à la problématique du pluralisme juridique. Il ne suffit plus à cet égard de se contenter de prendre acte de la multiplicité des ordres juridiques observables (étatiques, supra-étatiques, infra-étatiques, déterritorialisés, etc.). Il ne suffit plus non plus de noter les multiples rapports juridiques (reconnaissance, renvoi, délégation, etc.) qui s'établissent entre eux. Qui nierait ces évidences ? Prendre le pluralisme juridique au sérieux implique aujourd'hui d'étudier la manière dont cha-

103. Sur cette question, cf. F. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons...*, (op. cit.), p. 137-182.

104. Un parallèle significatif peut à cet égard être établi avec la définition du sport. P. Parlebas, (*Éléments de sociologie du sport*, Paris, P.U.F., 1986, p. 26) le définit en ces termes :

« 'Sport' : motricité ludique et compétitive approuvée par l'institution ». Le trait décisif de cette définition tient dans la reconnaissance sociale qui permet de distinguer entre « quasi-jeux », « jeux sportifs traditionnels » et « jeux sportifs institutionnels ». Voyez aussi F. Ost et M. van de Kerchove, « *Jurisdictio* et définition du droit », *Droits. Revue française de théorie juridique*, Paris, 1989, 10, p. 53-57.

105. Sur cette question, cf. F. Ost, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2 de *Droit et intérêt*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.

cun de ces ordres normatifs concurrents travaille, les autres, si l'on peut dire, « de l'intérieur ». Leurs rapports ne sont plus seulement de coexistence formelle, mais d'interaction, d'hybridation, de fécondation ou d'étouffement. Comme si chacun d'entre eux contenait au moins partiellement les autres, actualisant certains de leurs « possibles juridiques », potentialisant les autres. On dira donc que l'interprétation et la validation des normes propres à tel ordre juridique ne s'opèrent jamais totalement à l'abri de la contamination de tel ou tel autre. Cette situation, qui n'est pas sans rappeler le vieux paradoxe philosophique de l'unité dans la multiplicité et de la multiplicité dans l'unité, suppose que chaque ordre juridique intègre des éléments, voire des stratégies, qui lui sont apparemment étrangers ou externes ¹⁰⁶.

On a bien observé à cet égard que l'évolution juridique au XX^e siècle en matière de pluralisme avait oscillé entre l'hypothèse de Weber et celle de Gurvitch. Alors que Gurvitch pariait sur le renforcement d'une multitude d'ordres juridiques à côté de l'ordre étatique, Weber observait plutôt une *différenciation interne* de plus en plus poussée de ces systèmes étatiques ¹⁰⁷. Pluralisme externe (de juxtaposition) dans le premier cas, pluralisme interne (de différenciation) dans le second. Ne convient-il pas de penser ensemble ces deux mouvements ? S'il y a différenciation interne de l'ordre juridique étatique, celle-ci résulte de sollicitations externes, elle ne peut se ramener aux seules performances du système considéré. A l'encontre de la thèse radicale, aujourd'hui défendue par N. Luhmann, qui prétend à une telle autarcie des ordres juridiques, nous opposons l'idée d'une « auto-organisation relative » des systèmes juridiques, hypothèse qui emprunte largement au paradigme ludique et ne retient en définitive les termes « interne-externe » que pour mieux les enchevêtrer ¹⁰⁸.

On est finalement conduit, dans cette ligne de pensée, à reconsidérer la question la plus radicale que suscite l'émergence des ordres juridiques : la question de leur fondement ou de leur origine. Si, pareil au jeu qui s'« instaure », le système juridique « s'institue », d'où vient donc son autorité, d'où procède pareil coup de force ? Quelle puissance garantit *l'imperium* dont il se prévaut ? Deux réponses, radicalement opposées, ont été apportées à cette question. Tantôt on soutiendra, du côté du iusnaturalisme, par exemple, que ce fondement ne saurait être qu'extérieur au droit. Le garant est méta-juridique ; on le trouvera dans la nature, ou la raison, ou le mandat divin. Tantôt, au contraire, on s'efforcera de démontrer que le commandement juridique se soutient de sa propre autorité ; la norme fondamentale kelsénienne, point d'aboutissement ultime du positivisme juridique, constitue l'illustration la plus achevée de cette thèse.

Mais, à vrai dire, aucune des deux positions n'apparaît pleinement satisfaisante. Invoquer un fondement extérieur, c'est à la fois

106. En ce sens, cf. Y. Barel, *op. cit.*, p. 71 : « Le système est, d'une certaine manière, autre chose que lui-même ; il est plusieurs systèmes en un ».

107. En ce sens, J.-G. Belley, « L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n° 1, avril 1986, p. 17-18.

108. Cf. F. Ost, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, p. 133 et sv. ; F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique*, (op. cit.), p. 150 et sv.

François OST,
Michel van de KERCHOVE
Le jeu : un paradigme fécond
pour la théorie du droit ?

ouvrir la voie à un *regressus ad infinitum* (quel est le fondement de ce fondement, l'origine de cette origine ?), et laisser inexpliqué le principe de la clôture opérationnelle (l'institution) spécifique à l'ordre juridique ainsi « fondé ». A l'inverse, prétendre à l'auto-fondation du droit, c'est s'exposer à toutes les apories de la *causa sui*.

On peut se demander à cet égard si tout effort radical de fondation n'aboutit pas en définitive à ce paradoxe : faire sortir quelque chose de rien, comme si la pensée, sautant par-dessus ses propres épaules, cherchait à se transcender elle-même¹⁰⁹. Une telle situation n'est finalement pensable et assumable qu'à condition de n'en point radicaliser les termes. On ne fonde pas le droit sur du droit, pas plus qu'on ne fonde le droit sur du non-droit. Peut-être même est-ce l'idée de fondation, au sens d'assurer un commencement absolument premier, une transsubstantiation complète, qui doit être rejetée. La pensée du paradoxe, à laquelle mène le paradigme ludique que nous suivons, nous a déjà conduits à accepter l'idée qu'un système était à la fois lui-même et autre chose que lui-même, lui-même et son « autre », réel ou potentiel. Prendre cette thèse vraiment au sérieux n'a-t-il dès lors pas pour effet de déplacer les termes de la question de la fondation ? Il apparaît en effet que, dans ces conditions, penser l'unité, ou la clôture, ou l'origine d'un système jusqu'au bout devient impossible et inopportun¹¹⁰. Au mieux fera-t-on « comme si » cela était possible, et on s'accommodera de cette fiction fondatrice. La loi, avons-nous dit à propos du jeu, « tient lieu » d'origine ; elle occupe, par une sorte d'imposture autorisée, le lieu inassignable du fondement. Kelsen lui-même finira, du reste, par reconnaître le statut fictif de la « norme fondamentale »¹¹¹.

A la place du commencement absolu, c'est le continuum qui se laisse entrevoir ; au lieu de l'opposition binaire des termes (moral/juridique, légal/illégal), c'est l'entrelacement des contraires qui se laisse deviner. N'est-ce pas, en définitive, ce que donne à penser depuis toujours la fable du contrat social ? En « fondant » le pouvoir des gouvernants sur l'assentiment des gouvernés, il noue une dialectique désormais indémêlable. Sans doute un pouvoir « constitué » semble-t-il émerger qui prétendra à l'autonomie, la souveraineté et la suprématie, mais le « constituant originaire », qui en est le principe et la mesure, ne saurait plus en être dissocié. Il y a bien, en un sens, auto-fondation du pouvoir, mais celle-ci n'est pensable que parce que ce pouvoir contient son autre : l'individu, le gouverné – tout comme le donne à voir de façon éclatante le corps du roi (qui contient tous les individus formant la nation) placé au frontispice de l'édition originale du *Léviathan* de Hobbes. Mais si le prince comprend le peuple, l'inverse se vérifie pareillement : l'individu est toujours déjà socialisé, n'existant que de s'identifier au porteur du pouvoir¹¹². Il y a unité dans la diver-

109. En ce sens, cf. Y. Barel, *op. cit.*, p. 80.

110. *Ibidem*, p. 82.

111. H. Kelsen, « Die Funktion der Verfassung », in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, éd. par H. Klecatsky, R. Marcic et H. Schambeck, t. II, Vienne-Francfort-Zürich, 1968, p. 1977.

112. Y. Barel, *op. cit.*, p. 195 et sv. : « La représentation du pouvoir comme quelque chose que la société impose de l'extérieur aux individus et aux groupes (en créant l'Etat, par exemple), est une représentation en partie mythique. Le pouvoir et l'Etat existent, d'une certaine manière, au sein de la société civile, c'est-à-dire au niveau des individus et des relations interindividuelles ».

sité (et diversité dans l'unité) ; il y a internalisation des externalités (et externalisation des internalités).

Un autre enseignement paradoxal se dégage de la fable du contrat social. Si le droit se fonde sur le contrat, c'est que, d'une certaine façon, il y a toujours déjà du droit avant le droit (fonderait-on la loi sur la coutume, comme on le fait souvent, une conclusion analogue s'imposerait)¹¹³. Les théoriciens du jeu aboutissent à de pareilles observations : pas de jeu sans un contrat « pré-ludique ». Le jeu, « système de contraintes librement acceptées », procède d'un engagement préalable, d'un esprit d'entente et de collaboration, d'un « pacte ludique »¹¹⁴. Et Parlebas d'ajouter que la mise au point de ce pacte, la négociation de cette règle fondatrice (accepter de jouer, accepter de jouer de cette façon,...), suppose elle-même un jeu sur la règle¹¹⁵.

Voilà donc où mène une pensée non dogmatique du fondement : à la mise en abîme, à l'enroulement spirallique d'un jeu qui ne cesse de se jouer de lui-même, d'un droit qui ne cesse de s'auto-réguler parce que toujours autre que lui-même. Sans doute, la pensée juridique traditionnelle s'efforcera-t-elle d'occulter un tel scandale logique en traçant des frontières tranchées entre l'extérieur et l'intérieur (le juridique et l'extra-juridique), en adoptant une chronologie rassurante (le pré-juridique, le juridique et le post-juridique), en imposant une hiérarchie linéaire (le supra-juridique, le juridique, l'infra-juridique), en se mouvant dans les canons d'une logique identitaire (le juridique n'est pas le non-juridique)¹¹⁶. Mais on ne tranche pas si aisément le nœud gordien du paradoxe, car, aussi « purifié » ou réduit que soit l'objet droit – serait-il même ramené à la pure et simple tautologie de son auto-affirmation, « *dura lex, sed lex* » – que renaîtraient indemnes les questions de l'origine et du fondement. Il est plus sage, en définitive, de faire « comme si » tout cela était clair et distinct. Seul l'humour de ce « comme si », seul l'engagement lucidement détaché de cette fiction et des présomptions qui l'accompagnent (*res iudicata pro veritate habetur*; mais aussi *res legislata, res iuridica...*) laissent entrevoir quelque chose de la nécessité, et de l'impossibilité, de la clôture du système juridique.

B. Paradigme du jeu et théorie du droit

Comme nous l'avons déjà suggéré, il est possible d'appliquer le paradigme du jeu non seulement aux phénomènes étudiés, mais encore à l'activité scientifique elle-même, voire à toute activité discursive en général. Nous évoquerons ainsi successivement les aspects à la fois épistémologiques et éthiques d'une telle conception de la science, ainsi que les conséquences qui peuvent en découler concernant la théorie du droit.

113. Inversement, on pourrait soutenir la thèse qu'il y aura toujours du droit après le droit – thèse que l'on opposera à l'utopie marxiste de la fin de l'État et du dépérissement du droit. Cette utopie eschatologique se contente en fait d'inverser le mythe de l'âge d'or originel constitutif de l'état de nature pré-juridique en le projetant désormais dans le futur (en ce sens, cf. N. Luhmann, « The third question : the creative use of paradoxes in law and legal history », *Journal of Law and Society*, volume 15, n° 2, 1988, p. 159).

114. P. Parlebas, *Éléments de sociologie du sport*, (op. cit.), p. 101 et sv.

1. Aspects épistémologiques

Le fait de concevoir l'activité scientifique comme une « activité ludique »¹¹⁷ ou, si l'on préfère, de parler du « jeu de la science »¹¹⁸, suggère en effet un certain nombre de conséquences qui découlent à la fois de l'idée même de jeu, des différents couples conceptuels qui permettent de le caractériser, ainsi que de la relation dialectique qui en unit les termes.

La première – et peut-être la plus fondamentale – de ces conséquences est inhérente à l'idée même de jeu et réside dans une certaine forme à la fois de relativisation et de diversification de la conception de la science. Relativité de la validité de la connaissance par rapport aux règles spécifiques qui ont été admises dans un champ déterminé du savoir et qui font apparaître celui-ci comme un « jeu réglé d'opérations »¹¹⁹, ainsi qu'à l'indétermination partielle des résultats auxquels ces règles peuvent conduire. Diversité des formes de connaissance également, eu égard à la pluralité des « systèmes interprétatifs »¹²⁰ susceptibles d'être mis en œuvre à l'égard d'un même objet. Il y aurait donc à la fois *du* jeu dans la science, plutôt que des certitudes absolues, et *des* jeux scientifiques différenciés, plutôt qu'un savoir unique, au même titre que Wittgenstein a pu parler de « jeux de langage » différents¹²¹.

Du point de vue de la science du droit, cela suggère d'abord la « pluralité des conceptions » possibles de celle-ci et l'idée que « non seulement elles ne s'excluent pas mais elles s'appellent mutuellement parce qu'elles se complètent »¹²². Si cette idée n'exclut pas certains choix, ni la possibilité de les justifier, elle exclut, par contre, la possibilité de les fonder sur une prétention exclusive à la scientificité et, a fortiori, à la vérité¹²³. Cela suggère ensuite la nécessité d'une articulation de ces différents savoirs, un « jeu des jeux »¹²⁴ qui évite à la fois la confusion des jeux, leur simple juxtaposition et l'abolition de leurs différences. On peut estimer dès lors que la meilleure façon de jouer ce « jeu des jeux » consiste à concevoir la théorie du droit comme une réflexion interdisciplinaire¹²⁵, opérant, à la différence de la pluridisciplinarité ou de la transdisciplinarité, en permanence dans « l'entre-deux »¹²⁶ qui sépare et unit à la fois la dogmatique juridique, d'une part, et les autres sciences juridiques, telles que la sociologie du droit, la sémiotique juridique ou l'anthropologie juridique.

En ce qui concerne les différents couples conceptuels que nous avons déjà associés à l'idée de jeu, il semble tout d'abord nécessaire d'admettre que la science n'est ni pure représentation théorique du réel, ni pur instrument d'action au service de celui-ci. Si la portée symbolique et « spectaculaire » de l'activité scientifique est essentielle en ce qu'elle ébranle à la fois des croyances passées et en fonde de nouvelles, d'autant plus qu'elle est plus largement vulgarisée et médiatisée, elle comporte également une dimension stratégique essentielle. D'abord, au sens où elle est le plus souvent non

117. H. Atlan, *op. cit.*, p. 271.

118. F. Cassano, « Il gioco della scienza », in *Rassegna italiana di sociologia*, t. XXX, n° 1, 1989, p. 118 et sv.

119. J. Ladrière, « Le statut de la science », in *Encyclopaedia Universalis*, t. 16, Paris, Encyclopaedia universalis, 1985, V° Sciences, p. 555.

120. H. Atlan, *op. cit.*, p. 261, qui parle de « jouer le jeu de plusieurs systèmes interprétatifs différents. »

121. L. Wittgenstein, *op. cit.*, p. 118.

122. G. Kalinowski, *Querelle de la science normative* (une contribution à la théorie de la science), Paris, L.G.D.J., 1969, p. 2.

123. A cet égard, cf. notamment F. Ost et M. van de Kerchove, « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviance et société*, 1987, vol. 11, n° 2, p. 183 et sv.

124. H. Atlan, *op. cit.*, p. 347.

125. Cf. notamment F. Ost et M. van de Kerchove, « Pour une théorie interdisciplinaire du droit », in *Id.*, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publ. Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 25 et sv.

126. *Ibidem*, p. 286.

seulement utilisée, mais sollicitée, voire orientée, en vue d'atteindre certains objectifs prédéterminés, et cela de la manière la plus efficace possible et éventuellement au moindre coût, comme le suggère l'existence de différentes « stratégies de recherche » inhérentes à toute politique scientifique. Ensuite, au sens également où les différents chercheurs se trouvent souvent, collectivement ou individuellement, en situation de concurrence sur le « marché » de la recherche et tendent eux-mêmes à mettre en œuvre des stratégies susceptibles, au moins partiellement, de maximiser leurs propres intérêts, notamment par l'obtention à la fois d'un maximum de ressources et d'un maximum d'indépendance scientifique. C'est ainsi qu'on a pu dire que « l'ordre socio-politique se fait scientifique, et l'ordre scientifique, socio-politique »¹²⁷, au sens où, de plus en plus, « l'ordre socio-politique se légitime par la science » à un niveau symbolique et représentatif, et où « l'ordre socio-politique légitime du même coup sa présence *dans* la science »¹²⁸ à un niveau instrumental et stratégique.

Il est également possible d'affirmer que l'activité scientifique est en permanence habitée par une « tension essentielle »¹²⁹ entre coopération et conflit, consensus et dissensus, convergence et divergence, tradition et innovation. C'est ainsi que, selon les termes de Kuhn, le fait que « la recherche *normale* « soit une « activité hautement convergente, fermement fondée sur un solide consensus acquis grâce à l'éducation scientifique et renforcé ensuite par la vie professionnelle »¹³⁰, n'exclut pas l'existence de « tournants *révolutionnaires* », ce qui lui permet d'affirmer que « le chercheur accompli doit faire *simultanément* preuve d'un caractère traditionaliste et iconoclaste »¹³¹. Dans le même sens, on a pu caractériser l'activité scientifique en termes de « révolution bien tempérée »¹³².

Si l'on veut éviter aussi bien un réalisme épistémologique naïf et un constructivisme de type nominaliste, n'est-il pas encore nécessaire d'apercevoir dans l'activité scientifique la présence simultanée des deux pôles réalité-fiction caractéristiques de l'idée même de jeu ? Dans une telle perspective, la science, en effet, n'apparaît pas comme un simple « reflet » du réel, mais comme une construction, une invention, voire une véritable fiction¹³³, qui n'est sans doute pas sans rapport avec le réel et n'exclut pas certaines formes de mise à l'épreuve empirique, mais dont la valeur se mesure moins en termes d'accès univoque à la réalité qu'en termes de fécondité et d'ouverture d'un « jeu des possibles »¹³⁴ dans la connaissance de celle-ci. Elle aurait ainsi en commun avec la pensée mythique de faire d'abord appel à « l'imagination »¹³⁵ et de commencer toujours par « l'invention d'un monde possible »¹³⁶. A la différence des mythes, cependant, elle s'expose à chaque moment « à la critique et à l'expérience pour limiter la part du rêve dans l'image du monde qu'elle élabore »¹³⁷, opérant ainsi un véritable « dialogue entre le possible et le réel »¹³⁸.

127. Y. Barel, « Ordre savant et ordre socio-politique dans la recherche », in *Ordre et désordre en politique scientifique*, éd. par A. Philippart, Bruxelles, 1985, p. 131.

128. *Ibidem*, p. 130.

129. Th. S. Kuhn, *La tension essentielle. Tradition et changement dans les sciences*, trad. par M. Biezunski, P. Jacob, A. Lyotard-May et G. Voyat, Paris, Gallimard, 1990.

130. *Ibidem*, p. 307.

131. *Ibidem*. Cf. également F. Cassano, *op. cit.*, p. 15, où l'auteur insiste sur le fait que la règle fondamentale du « jeu de la science » est de recomposer sans cesse le consensus et l'unité de la communauté scientifique au travers des controverses qu'il rencontre à chaque instant.

132. B. d'Espagnat, « Approfondissement et création : une recherche du réel », in *Création et créativité*, Albeuve, Ed. Castella, 1986, p. 95.

133. Cf. notamment H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob*, 5e éd., Leipzig, Félix Meiner, 1920.

134. F. Jacob, *Le jeu des possibles*, Paris, Fayard, 1982.

135. *Ibidem*, p. 29.

136. *Ibidem*, p. 30.

137. *Ibidem*.

138. *Ibidem*, p. 131.

François OST,
Michel van de KERCHOVE
*Le jeu : un paradigme fécond
pour la théorie du droit ?*

On peut également ajouter que si la science, comme le jeu, implique le recours à une « procédure gouvernée par des règles »¹³⁹, il n'en demeure pas moins que « les théories scientifiques et leurs hypothèses sont, d'une certaine manière, des constructions *libres* »¹⁴⁰, ce qui amène certains à réduire l'écart qui sépare souvent, dans les représentations communes, la science proprement dite de certains domaines de la culture, comme l'art en particulier¹⁴¹.

Enfin, le dernier couple internalité-externalité présent dans le paradigme ludique nous suggère de dépasser le fameux conflit des méthodes qui a très largement dominé l'histoire récente des sciences humaines et opposé les partisans d'une méthode explicative aux partisans d'une méthode compréhensive. Il apparaît en effet clairement que la méthode compréhensive implique que le chercheur saisisse le sens des activités qu'il étudie, tel qu'il se trouve défini « de l'intérieur » par leurs auteurs, alors que la méthode explicative, au contraire, suppose que le chercheur se mette à distance par rapport à de telles représentations et s'efforce, « de l'extérieur », d'établir certaines relations entre les activités étudiées et un ensemble de données plus englobant. A la suite d'auteurs comme Weber, von Wright ou Ricoeur, il semble à la fois possible et fécond d'articuler ces deux méthodes, sans exclure ni l'une ni l'autre, et de concevoir l'étude des phénomènes humains à partir d'une méthode que certains ont pu qualifier d'« explication compréhensive »¹⁴² et que d'autres ont décrite sous la forme d'une véritable « relation dialectique »¹⁴³ ou d'un « jeu alterné »¹⁴⁴ entre compréhension et explication.

Si chacun de ces couples suggère ainsi une vision renouvelée et, semble-t-il, féconde de l'activité scientifique en général, il nous paraît ouvrir autant de perspectives d'application possibles à la théorie du droit. Étant donné, cependant, que le développement de celles-ci dépasserait de loin les limites de cette contribution, on se contentera de retenir ici, à titre d'hypothèse de travail, une conception de la théorie du droit évitant la tentation de réduire celle-ci à l'un des différents pôles que nous avons évoqués et se fondant résolument sur la relation dialectique que l'on a tenté d'établir entre eux.

A titre de simple illustration d'une telle conception générale, on citera le point de vue « externe modéré » à la lumière duquel il est possible, notamment à la suite de Hart, de caractériser la théorie du droit, et qui, à la différence d'un point de vue « interne » ou d'un point de vue « externe radical », permet précisément d'assurer une relation dialectique entre la compréhension du phénomène juridique et son explication¹⁴⁵.

A l'encontre du point de vue interne qu'adopte globalement la dogmatique juridique, il semble que le recours au paradigme épistémologique du jeu permette à la théorie du droit d'opérer, tel le

139. K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, trad. par N. Thyssen et P. Devaux, Paris, 1973, p. 105.

140. B. d'Espagnat, *op. cit.*, p. 93

141. *Ibidem*.

142. M. Weber, « Essai sur quelques catégories de la sociologie compréhensive », in *Essais sur la théorie de la science*, trad. par J. Freund, Paris, 1965, p. 328.

143. P. Ricoeur, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique*, II, Paris, Seuil, 1986, p. 199.

144. *Ibidem*, p. 180.

145. A ce sujet, cf. notamment F. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, (*op. cit.*), p. 78 et sv.

spectateur ou, a fortiori, le critique d'une pièce de théâtre, le décentrement indispensable à une approche objectivante du phénomène étudié. A l'encontre du point de vue radicalement externe qu'adoptent certaines théories explicatives du droit en tentant de rendre compte des phénomènes juridiques sans se référer aucunement à la signification que leur attribuent les acteurs du système juridique, il semble, par ailleurs, que le paradigme ludique permette à la théorie du droit de ne pas dénaturer la spécificité de son objet, tel le spectateur qui, avant d'émettre le moindre jugement critique, tente de « rentrer » dans le jeu des acteurs afin d'identifier au mieux l'intrigue qui se joue sur scène.

2. Aspects éthiques

Le recours au paradigme du jeu dans l'étude du droit ne comporte pas seulement des aspects épistémologiques. Il comporte également des aspects éthiques que l'on se contentera d'évoquer brièvement.

A ce niveau, la question fondamentale est sans doute celle de savoir s'il est « bien sérieux de parler de jeux »¹⁴⁶ à propos du droit, aussi bien qu'à propos de la connaissance que nous tentons d'en avoir. Plus radicalement encore, la question est de savoir si le droit et la science ne font pas partie de ces « choses qui doivent rester à l'écart du jeu – on a presque envie de dire : à l'abri du jeu »¹⁴⁷ ? Leur appliquer l'idée de jeu ne relève-t-il pas, en effet, non seulement de la fantaisie, mais encore « du mauvais goût, de la désinvolture, de l'indécence », voire de la « provocation »¹⁴⁸ ? L'éthique du chercheur ne s'oppose-t-elle pas à ce que l'on traite sur le mode du jeu le droit – ainsi que les valeurs de justice, de liberté ou de protection des droits de l'homme qu'on y associe –, de même que la science – ainsi que les valeurs de vérité, d'objectivité ou de sincérité qui paraissent lui être liées ?

Cette question, on l'aperçoit dès lors, ne recouvre pas seulement une critique de la frivolité apparente du propos. Elle entend souvent, plus radicalement, conjurer un danger, voire une véritable immoralité, qui consisterait à « pénétrer par effraction dans le domaine où règne un système de valeurs »¹⁴⁹ et à y introduire « le règne du relatif » et « le refus d'un absolu des valeurs »¹⁵⁰.

A cette double critique, il nous semble possible de répondre, à la suite de J. Henriot, qu'existe une fois encore, « à l'intérieur de l'idée même de jeu, une *dialectique* du sérieux et du non-sérieux » qui permet d'affirmer, d'une part, qu'« il y a du sérieux dans tout jeu » et qu'« il y a du jeu dans tout sérieux »¹⁵¹.

Tout d'abord, en effet, il importe de se défaire une fois pour toutes des analogies élémentaires qu'on peut être tenté d'établir entre le droit ou la science et certains jeux particuliers dont le caractère futile, frivole ou fantaisiste peut être plus ou moins accentué, selon le cas. L'idée générale de jeu, que nous retenons seule

146. H. Atlan, *op. cit.*, p. 261.

147. J. Henriot, *Sous couleur de jouer*, (op. cit.), p. 64.

148. *Ibidem*, p. 63-64.

149. *Ibidem*, p. 231.

150. *Ibidem*, p. 66.

151. *Ibidem*, p. 201.

François OST,
Michel van de KERCHOVE
*Le jeu : un paradigme fécond
pour la théorie du droit ?*

ici, implique, au contraire, une dimension à la fois d'engagement du joueur, de respect des règles qui régissent le jeu, ainsi que de prise au sérieux des enjeux qu'il comporte, comme le suggère à suffisance l'expression courante « jouer le jeu ». Le recours au paradigme du jeu est donc loin de suggérer une forme quelconque de nihilisme, d'anarchie ou d'anomie, que ce soit dans le domaine de l'action ou celui de la connaissance. Il y a donc bien du sérieux dans le jeu.

Par contre, il ne fait pas de doute qu'un tel paradigme introduise également un certain « jeu » dans le sérieux, en ce sens que l'idée de jeu introduit une certaine relativité là où paraît régner l'absolu, du mouvement là où l'on conçoit souvent de l'immobilité, de la pluralité où l'on prétendrait tout réduire à l'unité.

S'agissant de la *connaissance* du phénomène juridique, il est donc certain que le paradigme du jeu tend à consacrer une conception à la fois gradualiste, plurielle et évolutive de la théorie du droit. Cependant, loin d'être frivole ou indécente au regard de l'éthique de la recherche, une telle conception nous paraît au contraire la meilleure garantie contre la mystification et le dogmatisme et la façon la plus sûre de prendre au sérieux, non telle ou telle connaissance acquise, mais l'activité de connaissance elle-même. A la suite de H. Atlan, on pourrait dire, en ce sens, que « les idées... sont faites pour qu'on en joue sans les prendre au sérieux, mais en prenant le jeu, lui, au sérieux »¹⁵².

S'agissant du *droit* lui-même, il est certain, une fois encore, que le paradigme du jeu introduit une certaine dimension de relativité à la fois dans le temps et dans l'espace, en suggérant notamment que « d'autres règles que les règles habituellement pratiquées sont également concevables »¹⁵³. S'il est vrai qu'une telle conception du droit peut avoir un certain effet de « désenchantement » et entamer la croyance éventuelle du citoyen dans la valeur absolue des règles qui régissent son comportement, il serait inexact d'en conclure qu'elle en suggère l'arbitraire total et les réduise nécessairement à de simples impératifs hypothétiques¹⁵⁴. Elle suggère plutôt que les règles de droit, comme les idées, ne doivent pas être prises trop au sérieux, ce qui n'exclut pas que le droit lui-même, ou, plus fondamentalement, les valeurs qu'il est censé servir, doivent, pour leur part, être pris au sérieux.

Est-il, dès lors, contraire à l'éthique du théoricien du droit de suggérer, comme l'a fait à sa manière Michel Villey, que le juge – et pourquoi pas le citoyen ? – n'est pas « esclave de la règle légale ; il en *joue* comme d'un instrument »¹⁵⁵ ?

Conclusions

La dialectique du sérieux et du non-sérieux qui vient d'être évoquée ne fait que s'ajouter aux diverses relations dialectiques

152. H. Atlan, *op. cit.*, p. 263.

153. J. Henriot, *Sous couleur de jouer*, (op. cit.), p. 66.

154. *Ibidem*, p. 231.

155. M. Villey, « Une définition du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1959, p. 52-53.

L'auteur ajoute encore plus loin : « Il *joue* de la loi, il en *tient* compte. »

qui ont été associées, depuis le début de cette contribution, au paradigme du jeu.

La conclusion qui s'en dégage, à nos yeux, est que le modèle ludique implique précisément à son fondement, sous la forme d'un véritable paradigme logique, l'existence d'une rationalité à la fois dialectique et paradoxale, sous-jacente à toute activité discursive quelconque, de nature à féconder en particulier une théorie critique du droit. Ce paradigme suggère la substitution de la « logique du ET »¹⁵⁶ à la « logique du ou bien ou bien »¹⁵⁷ dans l'étude d'un phénomène comme le droit, en le concevant comme traversé par une « tension » permanente *entre* des pôles antagonistes qui le caractérisent l'un et l'autre.

C'est à l'approfondissement de cette hypothèse centrale que nous espérons pouvoir consacrer certains de nos travaux ultérieurs.

156. G. Deleuze et F. Guattari, *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, Paris, Ed. de Minuit, 1980, p. 37.

157. C. Castoriadis, *Les carrefours du labyrinthe* Paris, Seuil, p. 130.