



Le droit est-il porteur d'espoir¹ ?

Résumé : Qu'est-ce que le droit a à apporter au débat, désormais vigoureux, se déroulant en économie, sociologie, psychologie, philosophie, études littéraires et anthropologie sur la nature et les sources de l'espoir dans la vie personnelle et sociale ? En quoi peut-il contribuer à l'espoir ? Est-il porteur d'une quelconque espérance ? Plutôt que de se concentrer sur les finalités du droit (la justice sociale, l'efficacité économique, ...), cette étude porte sur ses moyens (ou techniques juridiques). La critique des travaux de Hans Vaihinger, Morris Cohen et Pierre Schlag, sur les techniques et fictions juridiques, permet de dégager le fait que le droit est porteur d'espoir par ses qualités en matière de « faire semblant ».

Abstract : This essay asks what legal studies can contribute to the now vigorous debates in economics, sociology, psychology, philosophy, literary studies and anthropology about the nature and sources of hope in personal and social life. What does the law contribute to hope? Is there anything hopeful about law? Rather than focus on the ends of law (social justice, economic efficiency, etc.) this essay focuses instead on the means (or techniques of the law). Through a critical engagement with the work of Hans Vaihinger, Morris Cohen and Pierre Schlag on legal fictions and legal technicalities, the essay argues that what is "hopeful" about law is its "As If" quality².

Mots-clés : fiction juridique, théorie du droit, science du droit, Japon, espoir.

Key-words : legal fiction, legal theory, jurisprudence, Japan, hope

I. Présentation du texte d'Annelise Riles par Laetitia Guerlain

1. Pour accompagner ce dossier consacré aux rapports entre droit et anthropologie, les coordinateurs de ce numéro ont choisi de présenter un texte de l'une des grandes voix de l'anthropologie juridique américaine : celle d'Annelise Riles. Professeur d'anthropologie (2002-2018) et professeur Jack G. Clarke d'études juridiques sur l'Extrême-Orient (2007-2018) à l'Université de Cornell aux États-Unis, Annelise Riles est diplômée de l'Université de Princeton (1988) et de la *London School of Economics* (1990). Titulaire d'un diplôme de *Juris Doctor* de l'Université d'Harvard (1993), elle soutient une thèse d'anthropologie sociale à l'Université de Cambridge en 1996 (*International law and institutions as a field of knowledge : an anthropological approach*).

2. Ce brillant parcours académique lui vaut de décrocher un post-doctorat à la Fondation du barreau américain (*American Bar Foundation*) en 1996-1997, avant d'y officier en tant que chercheuse de 1997 à 2002. Elle a aussi enseigné à l'Université du Pacifique Sud en 1995 en qualité de *lecturer*. Enfin, après avoir été professeur visiteur à l'Université de Cornell en 2001, elle devient professeur au sein du département d'anthropologie, et directrice du programme Clarke, dédié au droit et à la culture d'Extrême-Orient. En

1 Traduction d'A. Riles, « Is the Law Hopeful ? », *The Economy of Hope*, dir. H. Miyazaki et R. Swedberg, University of Pennsylvania Press, 2016, p. 126-146.

2 https://scholarship.law.cornell.edu/clsops_papers/68/

2007, elle devient *Jack G. Clarke '52 Professor of Far Eastern Legal Studies*. Elle a, en outre, notamment été professeur invitée aux universités de Yale, Tokyo et Melbourne, ainsi qu'à la *London School of Economics*, et chercheur invitée à la Banque du Japon.

3. Maîtrisant le chinois, le japonais, le français et le fidjien, Annelise Riles a mené des recherches d'anthropologie du droit en Chine, au Japon et dans le Pacifique. Connue pour son apport à l'épistémologie juridique, son œuvre traite aussi bien du droit comparé que des conflits de lois, de la régulation financière ou encore des banques centrales, des institutions internationales et du rôle de l'expertise. Son premier livre, *The Network Inside Out* (University of Michigan Press, 2000), remarqué par la critique, a obtenu le *Certificate of Merit* de l'Association américaine pour le droit international (2002). L'ouvrage se propose d'analyser un impensé de la recherche ethnographique : le rôle des réseaux et autres artefacts de la vie institutionnelle (documents, propositions de financement, *newsletters* ou organigrammes). L'auteur élabore une approche théorique lui permettant d'étudier ces artefacts à la lumière d'une étude de cas portant sur la préparation et la participation d'un groupe de bureaucrates fidjiens à la Quatrième conférence des Nations Unies sur les femmes en 1995. À travers cette étude de cas, Annelise Riles propose une nouvelle méthode ethnographique pour appréhender le réseau « à l'envers ». En partant du principe que l'anthropologue se situe à l'intérieur du réseau, que, loin d'être un simple observateur de la vie institutionnelle, il en est au contraire pleinement partie prenante, elle parvient à renouveler l'étude des pratiques du savoir institutionnel, apportant ainsi une contribution importante à l'anthropologie des phénomènes transnationaux.

4. Son second livre, collectif (*Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2001), se veut une histoire intellectuelle du droit comparé, présenté à travers une relecture de ses grands auteurs (Montesquieu, Max Weber, Hermann Kantorowicz, John Henry Wigmore, René David ou encore Rodolfo Sacco). Ce court *opus* souhaite inciter les étudiants à la curiosité, tout en s'adressant également aux chercheurs désireux de réfléchir sur l'identité de leur discipline et ses relations avec le colonialisme, le modernisme, la guerre froide et autres événements ayant façonné son identité. Son troisième ouvrage, *Documents : Artifacts of Modern Knowledge* (University of Michigan Press, 2006), rassemble les contributions de juristes, d'anthropologues, de sociologues et d'historiens des sciences. L'ouvrage propose une réflexion critique sur les méthodes de la recherche ethnographique et analyse les nouveaux défis des sciences humaines et sociales, confrontées à un monde au sein duquel les personnes sujets de recherche partagent les passions professionnelles et les problématiques des chercheurs. L'ouvrage se demande ainsi comment cette situation crée et fait circuler de nouvelles formes de savoir, d'expertise et de gouvernance.

5. En 2011, Annelise Riles publie son quatrième ouvrage, intitulé *Collateral Knowledge : Legal Reasoning in the Global Financial Markets* (University of Chicago Press), fruit de dix années de recherches de terrain au sein du milieu des juristes et régulateurs des marchés mondiaux des produits dérivés. Enfin, en 2018 paraît son ouvrage le plus récent : *Financial Citizenship : Experts, Publics & The Politics of Central Banking* (Cornell University Press). Elle y défend l'idée d'une crise de légitimité des démocraties contemporaines, liée au gouffre entre la culture des gouvernés et celle des gouvernants, tout en mettant en avant le rôle des experts (banquiers centraux, régulateurs, initiés du marché) comme communauté et groupe culturel spécifiques. Le livre se présente comme un appel à l'action de la part des experts et du public, pour affronter la crise de légitimité affectant notre économie et nos démocraties.

6. Cette même visée l'a conduite à fonder et diriger, en 2011, Meridian 180 (<http://meridian-180.org>), une plate-forme transnationale multilingue destinée à promouvoir solutions stratégiques (*policy solutions*) et expérimentations. Forte d'environ 850 membres, et associant universitaires et acteurs du monde des affaires et du secteur public, Meridian 180 s'efforce de créer une infrastructure intellectuelle, sociale et politique destinée à affronter les crises à venir. Au 1^{er} septembre dernier, Annelise Riles a rejoint l'Université de Northwestern, en tant que professeur de droit et d'anthropologie. Sa réflexion et son engagement pour le décloisonnement du monde universitaire et de la sphère publique lui valent d'être nommée directrice exécutive du *Buffett Institute for Global Studies*, institution dédiée à la résolution de problèmes mondiaux à travers une recherche collaborative et engagée et un dialogue constant avec le

public. Elle occupe également les fonctions de rectrice associée aux affaires mondiales (*Associate Provost for Global Affairs*).

7. Le texte que nous avons choisi de traduire au bénéfice du lecteur français est intitulé « Is the Law Hopeful ? »³. Il propose une discussion de la notion de fiction juridique, au regard du développement, au sein de sciences humaines et sociales désabusées, des études sur l'espoir, et soutient que le droit, par sa capacité à faire « comme si », contribue à l'espoir tel que défini par l'anthropologue Hirokazu Miyazaki, c'est-à-dire une réorientation des connaissances. À travers une discussion théorique serrée et exigeante, Annelise Riles démontre tout que ce que le droit peut apporter aux réflexions académiques sur le monde contemporain et les crises qu'il affronte, et, partant, qu'il a toute sa place au sein des sciences humaines et sociales souhaitant relever les défis du XXI^e siècle. Ce texte offre ainsi une excellente porte d'entrée dans la pensée de son auteur, et introduit opportunément à quelques-uns de ses thèmes de prédilection : le capitalisme, le décloisonnement disciplinaire, l'attention à la théorie juridique et la réinscription du droit dans la sphère publique qu'elle entend opérer.

8. En 2018, Annelise Riles, obtenant le prix Maier de la Fondation Alexander von Humboldt-Stiftung destiné à promouvoir l'internationalisation des sciences humaines et sociales, décrivait profiter de cette occasion pour tourner son regard vers l'Europe et en faire son nouveau terrain de recherches. Puisse la traduction de ce texte modestement contribuer à ce rapprochement entre anthropologies juridiques américaine et européenne.

II. « Le droit est-il porteur d'espoir ? »⁴, par Annelise Riles (traduction David Foulks et Prune Decoux)

9. Ces dernières années, la théorie sociale s'est interrogée sur les problèmes suscités par le fait de vivre avec, ou sous, le capitalisme, faisant ainsi émerger le thème de l'espoir. Yuji Genda, économiste du travail, attire l'attention sur ces personnes de tous âges qui ne trouvent que difficilement la motivation nécessaire pour continuer à agir en unités sociales économiquement productives (Genda 2005). L'anthropologue Ghassan Hage nous parle quant à lui de la crise morale touchant les gens ordinaires, crise qui affecte leur façon de réagir face au triomphe du capitalisme (Hage 2003). Naoki Kasuga, autre anthropologue, analyse le « cas des *freeters* », ces jeunes Japonais qui refusent de rentrer à temps plein dans le monde du travail, et y voit une nouvelle forme de résistance, incompréhensible tant dans le cadre du capitalisme que dans celui de ses critiques (Kasuga, ce volume). Pour sa part, l'anthropologue Hirokazu Miyazaki étudie comment des sujets aussi divers que des commerçants japonais, des villageois fidjiens ou des sociologues trouvent les ressources nécessaires à la continuation de leurs rôles respectifs dans le système capitaliste mondial (Miyazaki 2004; Miyazaki 2006).

10. Une façon courante de décrire cette question consiste à en faire un enjeu de l'instrumentalisation de l'agentivité (*agency*). Au sein du système capitaliste, l'agentivité humaine est considérée comme un simple instrument. Dans la littérature des études de l'espoir, le problème y est souvent décrit comme une crise

3 Initialement paru dans l'ouvrage *The Economy of Hope*, dirigé par Hirokazu Miyazaki et Richard Swedberg, aux University of Pennsylvania Press en 2016 (<http://www.upenn.edu/pennpress/book/15583.html>), l'article, traduit par David Foulks et Prune Decoux, a bénéficié du soutien de l'ANR *VISA - La vie savante. Vers un renouvellement du genre biographique dans les science studies (anthropologie-ethnologie, XIX^e - XXI^e siècle)*. Nous remercions vivement son porteur, Nicolas Adell, anthropologue à l'Université de Toulouse - Jean Jaurès, pour son aide décisive.

4 Je remercie Hirokazu Miyazaki pour son aide sur ce papier et pour ses encouragements, qui ne transparaissent que trop faiblement ici. Je remercie également René Provost, Iwao Sato, Richard Swedberg et le public du Hope Studies Conference convoqué par l'Institut des sciences sociales de l'Université de Tokyo, en décembre 2007, à l'assemblée annuelle de la Law and Society Association en mai 2008, et la faculté de droit de l'Université de Montréal pour des commentaires qui ont grandement influencé le raisonnement.

intellectuelle, morale ou politique qui voit disparaître ce qui pouvait être présumé, voire considéré comme acquis, c'est-à-dire la confiance des travailleurs en la juste récompense pour l'engagement d'une vie. Par conséquent, les gens sont réduits à l'impuissance non seulement par des forces extérieures, mais également par des forces intérieures en raison de la perte de leur énergie et de leur motivation.

11. Les théoriciens de l'espoir tracent un parallèle entre cette situation et leur propre perte de confiance dans les fondements et les missions de la sociologie (Miyazaki 2004). En se concentrant sur les liens entre les problèmes de la vie ordinaire et de la vie académique, les études de l'espoir soulignent la manière dont l'instrumentalisation excessive des sciences sociales évince les questions difficiles avant qu'il ne soit possible d'y répondre. Par conséquent, beaucoup de chercheurs tirent leur inspiration d'œuvres de fiction comme celle du romancier Ryu Murakami (1977; 1995; 2003; 2006; 2007), la fiction étant perçue comme ne pouvant être soumise à une telle instrumentalisation.

12. Par contraste, le droit, discipline au cœur de l'instrumentalisation capitaliste, n'a pas connu de crise comparable à celle de la sociologie et les juristes semblent avoir évité les problèmes majeurs rencontrés par les acteurs sociaux étudiés par Genda, Kasuga et d'autres. Et cela, en dépit de générations d'efforts sophistiqués pour créer une crise théorique et politique fondée sur la critique d'un droit instrument du capitalisme, incarnant et perpétuant l'inégalité sociale (Friedman 1973); ou encore, en dépit des critiques sur l'indéterminisme de la doctrine juridique – puisqu'elle peut être utilisée pour produire ou justifier tout résultat, elle ne donne en conséquence absolument aucune indication aux acteurs juridiques sur la façon d'agir (Unger 1986). En réalité, c'est peut-être l'ennui exprimé par les juristes critiques de l'argumentation juridique qui est directement en lien avec les préoccupations de Genda et Kasuga. En effet, ces chercheurs admettent souvent qu'ils n'ont plus en eux l'enthousiasme nécessaire pour participer aux sempiternelles répétitions d'arguments identiques, au même déroulement de vieilles positions politiques et doctrinales (Kennedy 1997, Schlag 1995). Ils pourraient être vus dès lors comme les *freeters* de la faculté de Droit⁶. Mais malgré ces petites poches de *freeteering*, il reste très surprenant que le droit, compte tenu de sa relation avec les sciences sociales et humaines et de sa place centrale dans l'instrumentalisation capitaliste, ne connaisse pas plus l'épuisement ou la perte d'espoir.

13. Pourrions-nous alors parler du droit comme d'une discipline porteuse d'espoir? Tout dépend de la définition de l'espoir que nous adoptons. Ce n'est clairement pas le cas concernant le sens décrit par le sociologue Richard Swedberg, qui y voit le « souhait de la réalisation de quelque chose » (chapitre 2, ce volume). En effet, la croyance en un droit apte à tenir ses promesses de changement social a été décrit comme un « espoir vain » (Rosenberg 1991). Si les juristes espèrent, ce n'est pas en quelque chose de concret et défini de manière instrumentale. Comme je l'ai soutenu ailleurs, leur savoir n'est pas orienté vers une cible extérieure, même s'il vise un objectif spécifique comme un changement, une croissance économique ou la rationalisation des ressources gouvernementales (Riles 2004)⁷. De même, le droit n'est pas porteur d'espoir si nous avons en tête la notion d'« espoir radical » du philosophe Jonathan Lear (Lear 2006); il n'y a rien de très radical dans le droit, banal et technologiquement ordinaire. Mais si nous adoptons la définition de Miyazaki d'un espoir « réorientation de connaissances » (2006 : 149) décrite plus loin, je crois que cela nous donnera le vocabulaire nécessaire pour comprendre le pouvoir de la pratique juridique, ainsi qu'un programme pour reproduire ce pouvoir dans d'autres champs intellectuels.

5 Ce concept regroupe le fait pour un sujet de devenir « agent », ce qui est le cas « lorsqu'il exerce intentionnellement une influence personnelle sur son propre fonctionnement, sur le cours de sa vie et de ses actions, sur les autres et sur les systèmes d'actions collectives ou encore sur l'espace social et naturel ». A. Jézégou, « L'agentivité humaine : un moteur essentiel pour l'élaboration d'un environnement personnel d'apprentissage », *Sciences et Technologies de l'Information et de la Communication pour l'Éducation et la Formation*, 21, 2014, p. 272. Voir aussi V. Bulot, P. Thomas et Y. Delevoye-Turrelu, « Agentivité : se vivre ou se juger agent ? », *L'Encéphale*, 33, 2007, p. 603-608, qui définissent l'agentivité comme le fait de se vivre auteur de ses propres actions. (*N. des T.*)

6 Pour une discussion sur les *freeters* et le *freeteering*, voir le chapitre de Genda dans ce volume.

7 S'appuyant sur mon analyse des connaissances juridiques, Miyazaki a soutenu (contrairement à Swedberg, à mon avis) que dans tous les cas, un tel « espoir en une fin prédéterminée ferme la porte aux moyens » (2005 : 289-90).

14. Il s'avère que la fiction n'est pas quelque chose d'externe au droit, mais un élément fondamental du droit lui-même. Il est possible de citer, à titre d'illustrations de fictions juridiques, le fait de traiter une entreprise comme une personne ou le régime matrimonial de *common law* appelé *coverture*, selon lequel l'épouse fusionne en la personne de l'époux par le mariage. Dans la définition classique, une fiction juridique consiste pour un juge, un juriste ou un avocat à décrire un fait en sachant pertinemment, comme tout le monde d'ailleurs, que ce fait *n'est pas réel*. Comme le dit Lon Fuller, une fiction juridique est « soit (1) une déclaration faite en ayant une conscience complète ou partielle de sa fausseté, soit (2) une fausse déclaration reconnue comme ayant une utilité » (Fuller 1930a). Elle se différencie d'un mensonge, car « elle n'est pas destinée à tromper » – tous ceux qui l'utilisent la *savent* fausse (Fuller 1930a). Pour lui, elle diffère également d'une hypothèse, car il n'est pas question de démontrer sa vérité⁸ et il faut également la distinguer d'une présomption légale qui est potentiellement réfutable⁹.

15. Certains théoriciens du droit suggèrent désormais que les fictions juridiques, loin de simplement participer à ordonner la société et ses phénomènes politiques ou économiques, constituent ces phénomènes, fournissant les cadres de lecture au travers desquels les acteurs sociaux appréhendent les réalités sociales. Par exemple, les recherches de Yan Thomas, sur les fictions juridiques en matière de gestion des fonds d'héritage en droit romain, nous montrent à quel point les « faits », s'il y a décès, s'il y a un corps, sont produits en interne par l'argumentation juridique, alors même que cette argumentation elle-même creuse un fossé entre les questions de fait et de droit : « Ce pouvoir – pouvoir de commander au réel en rompant ostensiblement avec lui – gouverne à mon sens la compréhension que nous devons avoir du *ius civile* antique » (Thomas 1995 : 20). Comme le dit Geoffrey Samuel, « ce qui est (...) intéressant (...), [c']est la mesure dans laquelle les concepts juridiques traditionnels agissent comme des schémas dans la construction des objets de la science juridique ». Il donne l'exemple de catégories, telles que celles de « personne », « dommage », « chose » et « faute », que le droit traite comme des faits, et que les acteurs sociaux traitent comme des catégories sociales, mais qui sont en réalité des catégories juridiques. Samuel appelle ces catégories des « faits virtuels » parce que « ce sont des modes factuels qui transcendent la réalité actuelle ». Certaines sortes de dommages peuvent ne pas correspondre à un « dommage », alors que certains types de choses peuvent ne pas correspondre à une « chose ». En somme,

Considérer la science juridique comme un discours portant sur des situations factuelles réelles, c'est se méprendre fondamentalement sur la pensée juridique... [Le droit] fonctionne autant au sein du monde des faits qu'au sein du monde du droit et c'est ce double rôle qui le dote de sa capacité à créer des faits virtuels. (Samuel 2004).

16. En droit, le débat sur les fictions juridiques est différent de celui des études de l'espoir : il ne s'agit pas de savoir comment continuer après avoir perdu tout ce en quoi on croyait, mais plutôt de savoir comment on en est venu à croire en cela, et quel est le statut épistémologique et politique de cette croyance ? Quelles sont les techniques et les autorités qui amènent ces fictions à la vie et qui leur permettent de perdurer, de passer d'un juriste à un autre ? En d'autres termes, les fictions juridiques permettent de mettre en lumière la source technique du pouvoir *agentif* du droit. Réciproquement, ce qui peut alimenter la réflexion sur l'espoir, c'est de reformuler les préoccupations sur les conditions de l'impuissance sous le capitalisme et de les transformer en défi, celui de reproduire le pouvoir de l'espoir lui-même. Toutefois, permettez-moi de partir plus simplement de la question du statut épistémologique de la fiction en droit, et de la façon dont il pourrait nous faire réfléchir à la sur-instrumentalisation du monde capitaliste.

8 Sur ce point, une fiction juridique diffère également des idéaux modèles des sciences sociales wébériennes, où le but même de la convention est d'ouvrir davantage de possibilités inventives – d'autres défis, modifications, critiques ou tests empiriques. Une fiction juridique diffère aussi de ce que les sociologues appellent l'idéologie, puisque celle-ci n'est efficace que si elle est considérée comme vraie par au moins quelques acteurs politiques.

9 Comme le dit Yan Thomas, « la présomption intègre l'imperfection de la connaissance humaine, le droit revêtant une apparence de certitude, un probable qui ne peut être éternellement débattu. La fiction traitera d'une idée résolument contraire même si les résultats sont parfois empiriquement comparables. La fiction ne se contente pas de mettre un terme à la recherche du vrai : c'est cette même recherche qu'elle répudie d'emblée. La fiction est une négation du vrai manifeste qu'elle transgresse afin de le refonder autrement, l'ordre même de la nature des choses... Avec la fiction, nous sommes en présence du mystère le plus radicalement étranger à la pensée commune qu'offre, non pas la pensée juridique, mais plus précisément la technique du droit, l'*ars iuris* » (Thomas 1995 : 18). Pour une vision contraire de la fiction juridique, vue comme essentiellement identique à la présomption, voir Stolzenberg (2007).

Les Instruments du « Comme Si »

17. La fiction juridique fait l'objet d'un débat scientifique de longue date et certains la défendent ardemment comme étant le moteur même du progrès du droit. Sir Henry Maine, par exemple, saluait la contribution des fictions juridiques à l'évolution du droit de l'époque romaine à nos jours. Pour lui, elles constituent l'une des trois institutions-clés, à côté des tribunaux d'équité et du corps législatif, par lesquelles le droit évolue afin de s'adapter aux changements de la société (Maine 1986 [1861])¹⁰. Toutefois, les fictions juridiques ont connu des contempteurs tout aussi prestigieux. Jeremy Bentham les considérait comme l'exact contraire d'un gouvernement éthique et transparent. Selon lui, il s'agit d'un miroir aux alouettes utilisé par les juristes afin de favoriser leurs propres intérêts de classe. Si les juristes souhaitent changer le droit, ils doivent le faire par le biais de la législation, à laquelle le peuple a un accès minimum, plutôt qu'en sous-main :

Cela a toujours été employé comme justification de ce qui, sans cela, serait injustifiable... L'employer au soutien d'un acte de gouvernance, c'est par là faire la preuve de la malice de cet acte... Dans tous les cas et quels que soient les domaines, ces instruments de mauvaise administration et leurs créateurs ont bénéficié, à mauvais droit, de la fraternité des juristes (Bentham 1843 c. IX : 77-8).

18. Nombreux sont, en la matière, les partisans contemporains de Bentham. Le constitutionnaliste Cass Sunstein a clairement soutenu que nous avons besoin de « principes, pas de fictions » – que les fictions juridiques sont « inutiles et nuisibles au raisonnement juridique et aux résultats. [Elles] ne sont pas indispensables. Le droit serait meilleur s'il n'en comportait aucune » (Sunstein 1990). Mais pour d'autres, la fiction reflète un paradigme à propos de la nature même du droit. Le juriste réaliste Jerome Frank critique ainsi ce qu'il considère comme le dogmatisme du formalisme juridique :

Ce que les juges n'ont pas vu, à de rares exceptions près, c'est que, en un sens, toutes les règles juridiques, principes, préceptes, concepts, normes – tous les énoncés juridiques – sont des fictions. Dans leur application aux faits de l'espèce, elles doivent être utilisées avec une conscience aigüe de leurs qualifications inexprimées, de leur caractère purement « opérationnel ». Utilisées en niant leur caractère artificiel, elles deviennent des dogmes nuisibles (Frank 1970 [1930] : 179).

19. Ce qui est en jeu dans ce débat créativité vs opacité, c'est une certaine subtilité épistémologique à propos des fictions juridiques. L'une des premières tentatives de théorisation de leurs fondements épistémologiques, *The Philosophy of As If* de Hans Vaihinger (Vaihinger 2001 [1924]), a inspiré des générations de théories juridiques. Cet auteur nous propose un raisonnement plus large, fondé sur un mélange idiosyncrasique de Kant et de Nietzsche et en accord avec le pragmatisme philosophique naissant, à propos de l'utilisation de ce qu'il appelle le « Comme Si » dans tous les aspects de la connaissance, des mathématiques à l'économie en passant par la religion. Pour lui, un « Comme Si » est une connaissance consciemment fautive qui est par conséquent, et pour cette raison même, *irréfutable*. Vaihinger attire l'attention sur la position épistémologique délicate du Comme Si, sur sa « tension » subtile et ambivalente. Le Comme Si n'est *ni vrai ni faux*, insiste-t-il, c'est la tension entre ce qui est vrai et ce qui ne l'est pas. Pour l'auteur, c'est cette dernière qui est la source de tout progrès dans la connaissance :

Une fois le monde du « Comme Si » créé, ce monde de « l'irréel » est tout aussi important que celui du soi-disant réel (au sens ordinaire du mot); en fait, il est même beaucoup plus important pour l'éthique et l'esthétique (Vaihinger 2001 [1924] : xlvii)¹¹.

¹⁰ Par exemple, la fiction juridique de l'adoption a permis aux citoyens romains d'incorporer des étrangers à leurs communautés, tout en préservant la parenté qui définit les allégeances politiques. Les fictions « satisfont le désir d'amélioration, qui ne manque pas, tout en n'offensant pas la crainte religieuse du changement, qui est toujours présente », soutient-il. En d'autres termes, sans fictions juridiques, le droit stagnerait – en retour, la société refuserait de reconnaître en droit des changements depuis longtemps acceptés par elle (1931 : 22).

¹¹ Par exemple, la fiction juridique de l'adoption a permis aux citoyens romains d'incorporer des étrangers à leurs communautés, tout en préservant la parenté qui définit les allégeances politiques. Les fictions « satisfont le désir d'amélioration, qui ne manque pas, tout en n'offensant pas la crainte religieuse du changement, qui est toujours présente », soutient-il. En d'autres termes, sans fictions juridiques, le droit stagnerait – en retour, la société refuserait de reconnaître en droit des changements depuis longtemps acceptés par elle (1931 : 22).

20. Vaihinger appelle à rester ouvert envers ce qu'il nomme la qualité de la connaissance « Comme Si », plutôt que de critiquer son éloignement de la réalité : « Tout ce que nous pouvons dire, c'est que des phénomènes objectifs peuvent être étudiés *comme s'ils* se comportaient de telle ou telle manière et qu'il n'y a absolument aucune raison d'endosser une attitude dogmatique et de changer le "Comme Si" en "Ceci" » (2001 : 81).

21. Les études sur l'espoir doivent répondre à une question, mais si cette question voit disparaître des présupposés longtemps tenus pour acquis, à propos de la vie ou du travail engageant les acteurs sociaux – intellectuels et autres, alors la fiction juridique devient un engagement différent, sans croyance ni incrédulité. Après tout, ce n'est pas une présomption, mais une fiction. En effet, en s'attardant sur la subjectivité de la connaissance, Vaihinger fait de l'espoir une figure talismanique idéale pour les humanistes désireux de déloger certaines revendications empiristes des sciences sociales. Dans cette perspective, le monde de l'irréel est tout aussi important, tout aussi vrai, que le monde du réel. Edmund Leach, s'inspirant de Vaihinger, a appuyé son propre engagement sur des modèles théoriques, certes « irréels » et « statiques », avec la tournure provocante du « Comme Si » (Comaroff 1992 : 23 ; Leach 1982). L'anthropologue Roy Wagner, quant à lui, a emprunté le « Comme Si » et le travail de Vaihinger sur la nature de l'analogie comme fiction dans un but, celui d'inciter à considérer l'ethnographie comme une large tâche analogique permettant d'étudier une chose comme si elle en était une autre (Wagner 1986 : 9)¹².

22. Pour les sociologues et les spécialistes des sciences sociales à tendance humaniste, le Comme Si, comme le tournant vers l'espoir, a été considéré comme permettant de suspendre l'instrumentalisation de l'analyse sociale. Bien que d'accord avec ceux louant le texte de Vaihinger pour sa réorientation optimiste des connaissances sociologiques, je trouve que ses lectures anti-instrumentales y sont curieusement omises. Pour lui, le Comme Si, comme la fiction, est et n'est qu'*un moyen d'arriver à une fin* : « Alors, la pensée doit être considérée comme un mécanisme, comme une machine, comme un instrument au service de la vie » (Vaihinger 2001 [1924] : 5)¹³. C'est à ce point-là en particulier de la théorie de Vaihinger que les juristes ont adhéré. Sa vision de vérités subjectives dotées d'une nature instrumentale cristallise une sorte de logique chez les juristes : le caractère particulier de la fiction juridique, affirmation devant constamment et au préalable être entendue comme fausse, prouve que c'est un *instrument explicite*, un dispositif avec un but défini, *un moyen pour une fin*. Pour Maine par exemple, les fictions juridiques, en tant qu'outils pour les juges face à des cas individuels, servent un large objectif social et historique de réforme du droit. Pour Bentham au contraire, bien que les fictions juridiques puissent promouvoir les intérêts des plaideurs individuels, le problème n'est pas dans leur statut épistémologique mais dans le fait qu'elles ne poursuivent aucun but social : « [La fiction] n'a jamais été employée dans un mauvais but. Elle n'a d'ailleurs jamais été employée dans aucun but, mais elle permet une justification à ce qui serait autrement injustifiable » (Bentham et Bowring 1843 v. IX : 77). En d'autres termes, les deux auteurs s'accordent sur la qualité intentionnelle de la fiction, mais s'opposent sur l'idée que la fin justifie les moyens.

12 Lon Fuller considérait avec enthousiasme Vaihinger comme le plus grand théoricien de la fiction juridique et a consacré la plus grande partie de son travail sur les fictions, devenu classique, à résumer et expliquer les textes de Vaihinger : « Je suis fermement convaincu qu'étudier Vaihinger fait de nous des meilleurs penseurs du droit » (Fuller 1930, c : 880 n.177). De même, Hans Kelsen s'inspirera beaucoup de Vaihinger dans son propre travail sur les fictions juridiques, et Jerome Frank l'utilise également (d'une manière très enthousiaste mais assez plate) au soutien de son opinion selon laquelle le droit peut être rempli de « distorsions conceptuelles » (Frank 1970 (1930) : 342, voir aussi Lichtman 1930-31).

13 Cette subtile orientation épistémologique et esthétique a suscité l'admiration de nombreux anthropologues. S'inspirant de Hans Vaihinger, Edmund Leach a répertorié, il y a de nombreuses années, certains modèles « irréels » et « statiques » de la pensée anthropologique avec la tournure provocatrice du « Comme si » (Comaroff & Comaroff 1992 ; Leach 1982). Roy Wagner a plus tard emprunté cette tournure, ainsi que le travail de Vaihinger sur la nature de l'analogie comme fiction, pour se référer à la tâche analogique plus large qui consiste à voir une chose comme si c'en était une autre. Cela pourrait inclure non seulement le modèle « Comme Si » de théorie anthropologique « Comme Si » du projet ethnographique lui-même :

Une perspective, que l'on peut relier à la construction culturelle prenant le référentialisme comme symbole, le « est » de la convention comme une sorte de subjonctif, est d'entrer dans une suspension provisoire – le monde du « Comme Si » de Vaihinger (Wagner 1986 : 9).

23. Ce statut de la fiction, vu comme un moyen au service de fins, est donc au cœur des engagements épistémologiques et éthiques complexes et délicats des juristes. Lon Fuller met l'accent sur les qualités pratiques de la fiction légale en soutenant qu'au moins un de ses buts est d'offrir une abréviation technique, un « raccourci commode » (Fuller 1930b), un marqueur ou un indicateur des moments où la pensée atteint ses limites. Prenons l'exemple où un juge, qui doit trancher un litige entre conjoints divorcés sur la façon de traiter des embryons humains congelés, décide de les qualifier de « quasi-biens ». Il est possible de les imaginer comme appartenant tant à la catégorie des personnes qu'à celle des biens, et ce afin de créer un support pour pallier notre incapacité actuelle, dans les cas de différends pratiques, à qualifier ces embryons au regard des catégories juridiques préexistantes des personnes et des biens. Fuller soutient que la fiction juridique est un instrument qui sert à surmonter ce type d'ornières, un outil qui permet de dépasser nos propres limites conceptuelles. Nomi Stolzenberg, qui s'inspire de la théorie psychanalytique, actualise la théorie de Fuller et présente la fiction juridique comme un outil nécessaire pour affronter l'anxiété inhérente à l'incertitude du monde (comme par exemple l'incertitude de la paternité) tout en évitant l'enquête factuelle (2007).

24. Ainsi, en premier lieu, l'étude des fictions juridiques pourrait apporter ceci aux études de l'espoir : la redirection de notre attention vers la qualité de l'instrumentalisation, loin des efforts pour échapper à cette instrumentalisation capitaliste. Effectivement, si le *Comme Si* s'apparente à l'espoir, il est prouvé qu'il imprègne les institutions capitalistes dans lesquelles certains voient la source du désespoir mondial. Comme l'a longtemps répété l'un des grands-pères du droit économique international, l'ordre économique international est un ordre économique « Comme Si » (Röpke 1954). Les acteurs juridiques qui travaillent sur les marchés financiers mondiaux en sont également des adeptes, la gouvernance privée étant considérée par ses promoteurs comme un projet fragile. La préoccupation ultime du droit économique international est de savoir comment *construire* un « ordre économique » – qui n'« existe » pas à l'origine. Comme le souligne un avocat¹⁴ spécialiste des affaires internationales, le Français Charley Hannoun, la prolifération des fictions de toutes sortes en droit des affaires est particulièrement intéressante, car elles se trouvent dans un domaine où, selon sa propre idéologie, le droit devrait refléter la réalité (1995 : 84). En effet, il soutient que, dans cette branche du droit, les fictions juridiques montrent que l'on s'inquiète plus de l'intervention technique sur les réalités économiques afin de parvenir à certains objectifs, que de l'adéquation du droit à la réalité¹⁵. En d'autres termes, le droit des affaires se préoccupe moins de refléter la réalité qu'il n'y paraît. Selon Hannoun, les fictions juridiques du droit des affaires international n'ont pas mis au premier plan les « réalités » économiques, mais les effets de la pratique¹⁶ (1995 : 93). La qualité du « Comme Si » en matière de capitalisme mondial tourne autour de celle de la connaissance juridique du « Comme Si ».

14 Cela pourrait inclure non seulement le modèle « Comme Si » de théorie anthropologique mais aussi la nature « Comme Si » du projet ethnographique lui-même :

Une perspective, que l'on peut relier à la construction culturelle prenant le référentialisme comme symbole, le « est » de la convention comme une sorte de subjonctif, est d'entrer dans une suspension provisoire – le monde du « Comme Si » de Vaihinger (Wagner 1986 : 9).

15 En effet, la fiction n'est que l'élaboration ou la perfection de la qualité instrumentale de tout savoir :

La pensée est destinée à se perfectionner continuellement et à devenir ainsi un outil de plus en plus utile. A cette fin, comme d'autres activités naturelles, elle élargit son domaine en inventant des instruments... La fonction naturelle de la pensée, dont nous avons parlé ci-dessus en tant qu'outil, élargit également son instrumentalité par l'invention d'outils, d'instruments de la pensée, dont l'un est [la fiction] (Wagner 2001 : 6).

C'est cet accent mis sur les qualités instrumentales et intentionnelles du *Comme Si* qui distingue le travail de Vaihinger de la tradition kantienne, conduisant ainsi certains à le voir comme un pragmatique : « Il faut se rappeler que le but du monde des idées dans son ensemble n'est pas de représenter de la réalité – ce serait une tâche absolument impossible – mais plutôt de nous fournir un instrument pour trouver notre chemin plus facilement dans ce monde » (Vaihinger 2001 (1924) : 15).

16 En français dans le texte (*N. des T.*).

Réorienter les connaissances juridiques

25. Or, cette étude a pour but d'appliquer la définition idiosyncratique que Miyazaki donne de l'espoir à une meilleure compréhension des connaissances juridiques. Dans sa démonstration, chaque type de connaissance possède ce qu'il nomme une « directionnalité ». L'appréciation implicite ou explicite, par les acteurs sociaux, de la directionnalité de leurs connaissances les amène à les « réorienter », et cette capacité à voir le potentiel d'une telle réorientation est ce que Miyazaki définit comme « espoir » (qu'elle soit ou non optimiste dans le sens classique du terme) (Miyazaki 2004).

26. Par exemple, les traders qu'il a étudiés partageaient une directionnalité de l'analyse financière, celle du temps économique, dans lequel les actions du présent déterminent le futur, et où les acteurs sont constamment incités à prévoir ce futur alors qu'il ne pourra finalement être connu que lorsqu'il sera trop tard, c'est-à-dire lorsqu'il sera devenu le présent¹⁷. Miyazaki décrit comment le leader de l'équipe, par cette observation incessante de la directionnalité temporelle de l'analyse de marché, a peu à peu bizarrement fantasmé la création d'une machine de négociation apte à prédire précisément les mouvements futurs du marché et donc à remplacer complètement l'analyse humaine. Dans la définition de Miyazaki, ce rêve surréaliste est « porteur d'espoir » (alors qu'au vu de la définition classique, c'est peut-être seulement bizarre) : dans la directionnalité du temps existant dans l'analyse de marché, le futur est constamment imaginé à partir du présent; en prenant conscience de cette directionnalité, il devient possible d'inverser cette trajectoire et de réinventer le présent du point de vue du futur vu par le trading spéculatif (2006). Bien sûr, cette machine n'a jamais vu le jour : Miyazaki fait valoir qu'à la fin l'espoir est toujours déçu (2004 : 22), mais qu'alors la déception devient le moteur d'un nouvel espoir qui conduit à de nouveaux revirements. En conséquence, tout acte d'espoir est toujours la réplique d'un acte antérieur d'espoir, accompli ailleurs, sur un autre terrain analytique (2004).

27. Cette définition technique de l'espoir constitue, je pense, un lexique apte à expliquer le fonctionnement interne de la fiction juridique, qui passe des mains d'un praticien à un autre. Examinons par exemple ce qu'il advient lorsqu'un critique ami de Vaihinger, l'éminent philosophe du droit réaliste américain Morris Cohen, parvient à inverser la logique du Comme Si.

28. L'article de Morris Cohen, « On the Logic of Fiction » (Cohen 1923)¹⁸ marque l'émergence d'une approche moderniste de la fiction juridique, au début du XX^e siècle. Cohen commence par attaquer le « biais positiviste » de la logique aristotélicienne qui valorise les « faits » (477) et qui traite d'artifices les relations entre les faits. Il oppose ce point de vue à ce qu'il appelle la « vision relationnelle moderne » dans laquelle « un ensemble de choses en relation est l'objet de la science » (483). C'est à partir de là que Cohen s'oppose à la définition de Vaihinger qui fait de la fiction une affirmation fautive, mais néanmoins utile. Il objecte qu'une telle déclaration suppose que le monde est constitué de faits – vrais et faux – plutôt que de relations analytiques. Selon Cohen, une telle vision des fictions juridiques pose le problème ultime de traiter la fiction – la relation analytique, jugement ou résolution juridique – comme le contraire d'un fait. Une fiction telle que le calcul de $\sqrt{-1}$, par exemple, n'est pas simplement « fautive mais utile » ; elle existe si l'on accepte qu'« en plus des choses et de leurs qualités », le monde comprend aussi « les relations et les processus entre ces choses », argumente-t-il (486).

29. À mon avis, l'apport de l'article de Cohen à notre compréhension des fictions juridiques, et plus généralement à la conception moderniste du droit, est d'intégrer le type de revirements que Miyazaki souhaitait capturer avec le terme « espoir ». Tout comme le trader étudié par Miyazaki, Cohen a senti la

17 Par exemple, il évoque un débat entre les traders financiers qu'il a étudié, portant sur le fait de savoir s'ils seraient mieux récompensés/punis pour les succès/échecs de l'équipe en tant que groupe ou individuellement. Ce débat en a déclenché un autre sur la question des gains et des pertes commerciales devant être pris dans une vision à court ou à long terme ; si l'on prend une vision à court terme, on approuve les incitations individuelles, tandis que si l'on prend une vision à long terme, on soutient plutôt les incitations collectives.

18 Cohen écrit ici sur la nature de la « fiction » à l'intention d'un public de philosophe. Il ne se réfère qu'en passant aux fictions juridiques, étant bien entendu que son raisonnement reste irrigué par son travail sur la propriété, les contrats et la philosophie du droit.

directionnalité du débat vieux de plusieurs siècles sur les fictions juridiques : il est conscient, implicitement ou non, que la question du statut épistémologique de la fiction juridique – l'affirmation selon laquelle « une société est une personne » est-elle vraie ou fausse ? – débouche sur une autre question, celle de l'agentivité politique du droit – la réponse à une question juridique est-elle trouvée, ou créée ? À l'époque de Cohen, cette dernière question aurait été très lourde de sens, vu que le mouvement réaliste, dont il était un des piliers, travaillait dur pour démontrer que le droit n'était pas simplement un système logique, mais un artefact de jugement, et que, par conséquent, les décisions judiciaires invalidant la législation sociale, par exemple, reposaient sur des choix politiques.

30. Dans cette perspective réaliste, quoi qu'on puisse en penser, les fictions juridiques sont des artefacts du pouvoir judiciaire dévoyé au service des intérêts de classes. Dans un article publié dans la *Harvard Law Review* en 1893, Oliver Mitchell soutient que « les fictions judiciaires ne sont, en vérité, rien d'autre que les servantes du seul véritable pouvoir judiciaire – celui de décision » (Mitchell 1893 : 252); en tant que telles, elles ne sont qu'« une espèce au sein d'un ordre beaucoup plus étendu d'outils juridiques rendus nécessaires par le caractère *non reconnu* du pouvoir législatif exercé par les juges, qui, en conséquence, impliquait le recours à ce principe des fictions » (1893 : 261). En résumé, « une fiction juridique est un dispositif qui tente de dissimuler le fait qu'une décision judiciaire n'est pas en harmonie avec le droit existant. Au regard de cette dernière analyse, la seule utilisation et l'unique but de toute fiction juridique est de dissimuler symboliquement le changement qu'a subi le droit une fois passé entre les mains des juges » (1893 : 262). À la différence de Bentham, Mitchell était lui-même un partisan des fictions juridiques et voyait ces observations comme un compliment plutôt qu'une critique.

31. Cohen lui-même souscrit fermement à cette compréhension critique et politiquement à gauche de la fiction juridique, ainsi qu'à tout raisonnement juridique la montrant comme artefact politique. Il considère ainsi que certaines fictions pourraient plutôt être qualifiées d'euphémismes – une façon d'éviter d'énoncer explicitement la « désagréable vérité » selon laquelle « les juges ne se contentent pas d'être des arbitres, mais créent aussi du droit » (482). Certains pourraient voir dans la proposition de Vaihinger, où les fictions juridiques ne sont ni vraies ni fausses, l'occasion d'affirmer que le droit n'est rien d'autre qu'un artefact politique, mais c'est précisément ce que Cohen trouve insuffisant dans cette approche. Pour lui, la distinction excessivement positiviste que fait Vaihinger entre la réalité et la fiction interdit d'appréhender pleinement la fiction juridique comme un acte politique, comme un acte de décision et non un acte de description : « il serait absurde de considérer ces fictions comme de fausses propositions. Elles expriment plutôt la résolution d'étendre certains droits légaux » (482). Les abstractions (ou métaphores, ou fictions – toutes ces choses opposées aux faits) sont alors des « volontés méthodologiques, ou des déterminations à envisager un objet d'une certaine manière » (483). Prenons par exemple la fiction hobbesienne du contrat social, comme fondement justifiant la répartition initiale des droits et des devoirs dans la société : « c'est... une grande erreur de penser qu'il est possible de réfuter n'importe quelle ancienne théorie du droit naturel en invalidant le contrat social avec lequel elles sont nées. Définitivement, le contrat social n'est pas une hypothèse quant à ce qui a pu se passer, c'est un concept de transformation sociale » (487-88).

32. Dès lors, pour Cohen, deux positions apparaissent dans le débat juridique moderniste, s'appuyant l'une sur la question du statut épistémologique du droit, et l'autre sur la question du statut politique du droit. Il saisit alors la directionnalité du raisonnement, selon les termes de Miyazaki, c'est-à-dire la façon dont chaque courant peut servir de base ou de soutien à l'autre. Par exemple, la flexibilité épistémologique séduisante du *Comme Si* chez Vaihinger (aussi louable soit-elle) est soutenue par une agentivité politique plutôt rigide : dans son essai, la problématique de la distinction entre ce qui est réel et ce qui est un artifice, entre ce qui est la vérité et ce qui est fiction, est obtenue au prix de la simplification des différences entre ce qui est trouvé et ce qui est créé, ainsi qu'en traitant le droit comme un simple outil créé par l'homme, un artefact de l'action humaine, un instrument.

33. La suite est intéressante. Après que Cohen ait pris conscience de la directionnalité de ce débat – de la façon dont une affirmation sur l'épistémologie s'appuie sur l'agentivité du juge – il renverse soudainement sa propre analyse pour faire une affirmation surprenante à propos de l'agentivité du droit : Vaihinger prétend que les fictions sont *créées*, qu'elles sont les artefacts d'un travail intellectuel créatif. Mais Cohen s'interroge : « Les Romains ont-ils trouvé ou inventé leur système juridique ? » (1923 : 484). « Nous

parlons toujours de découvrir la solution à toutes sortes de problèmes et même les grands ingénieurs témoignent avoir découvert leurs inventions, en avoir eu l'illumination, et qu'ils sont le plus souvent "tombés dessus" alors qu'ils cherchaient autre chose » (1923 : 484-485).

34. Cette déclaration aurait eu un parfum de scandale pour les collègues réalistes de Cohen résolu à démontrer que c'est le juge, et non le droit, qui fait autorité dans les décisions judiciaires, et elle a probablement surpris Cohen lui-même. S'intéresser, comme il le fait, à la dichotomie entre ce qui est trouvé et ce qui est créé dans le droit suggère un point d'attaque différent dans les études du droit et dans les études de l'espoir, autour de la question des conditions dans lesquelles l'agentivité est suspendue. Dans l'analyse de Miyazaki, l'espoir existe dans la mesure où il est possible de saisir en quoi l'action de quelqu'un peut être la cause de ses propres actions (Miyazaki 2004); de même, la question de Cohen nous interroge, dans le cadre d'un raisonnement sur les qualités politiques du droit, sur notre capacité à reconnaître la façon dont, à certains moments, les connaissances juridiques échappent au savant pour devenir plus qu'un outil entre des mains humaines.

Un double Comme Si

35. Notons d'où vient l'affirmation surprenante de Cohen : il l'a obtenue en travaillant simplement sur la norme, qui opère de longue date la connexion entre réalité/artificialité du droit et la qualité de donné/d'artefact du droit. Autrement dit, Cohen renverse la logique de Vaihinger, qui prône une épistémologie subjunctive¹⁹ se fondant sur une compréhension classique de l'agentivité juridique, et nous donne une approche encore plus subjective de cette agentivité fondée sur ce qui était à l'époque l'épistémologie moderniste (notion selon laquelle les relations sont aussi réelles que les « choses » auxquelles elles se rapportent). Ce faisant, il opère un mouvement particulier, celui de faire tourner l'analyse sur elle-même, voire de l'inverser (Riles 2000) afin de saisir une autre possibilité, qui est non plus externe, mais interne à la forme juridique elle-même. Notez que l'exploit réalisé par Cohen dans son article demande des capacités d'intuition – ce qui est le propre des bons juristes, comme l'est pour le bon trader, tel qu'étudié par Miyazaki, le fait de mettre à plat ses connaissances en finances pour en saisir toutes les possibilités.

36. Pour aller plus loin, il me semble que ce genre de renversement est mieux compris lorsqu'il est considéré comme un aspect routinier de l'utilisation pratique de la fiction juridique. Nous pouvons le voir plus clairement en précisant la définition de la fiction juridique, citée initialement, de la manière suivante : une fiction juridique n'est pas n'importe quelle fausse déclaration comprise par tous comme étant fausse; elle doit revêtir une forme particulière. Quand un juge affirme que, lors du mariage la femme se fonde en la personne de son mari, ou que la société est une personne, il rend un jugement, comme le souligne Cohen – le jugement selon lequel la femme perd le contrôle de sa propriété ou que la société peut conclure des contrats ou être tenue responsable. Ce jugement est présenté comme s'il s'agissait d'une affirmation factuelle : la femme est englobée dans son mari; la société est une personne. Une fiction juridique est une conclusion juridique – un acte de jugement – qui prend la forme d'une *déclaration factuelle* : c'est une théorie présentée *comme si* c'était un fait. Nous nous trouvons alors face à un double « comme si » : le « comme si » de fait (l'assertion subjunctive d'une affirmation factuelle connue pour être fausse – la femme se fonde dans son mari) qui tourne autour du jugement considéré comme si c'était un fait lui-même – la conclusion juridique prend la forme d'un fait. C'est ici que réside l'astuce du dispositif : si la conclusion prend la forme d'un fait, ce fait, que tout le monde sait être faux, devient quelque part, sous l'effet de la loi, vrai. Que signifie d'autre part l'affirmation qu'une entreprise est une personne, et un juge comparant, dans

19 *Subjunctive epistemology* dans le texte. Ce terme semble devoir être pris dans son sens philosophique et notamment kantien, selon lequel les objets à connaître ne peuvent l'être qu'à travers l'esprit humain. La subjectivation est le processus inverse de l'objectivation et consiste à intégrer et individualiser ce qui vient de l'extérieur; le subjectivisme est quant à lui la doctrine philosophique voulant que la réalité ne s'offre au sujet qu'en tant que produit de sa propre pensée, niant ainsi l'existence d'une vérité universelle et nécessaire. Voir également M. Nobre, « Subjectivité et objectivité selon Kant et Hegel : un modèle adornien de critique et de métacritique », *Les Études philosophiques*, 3, 2004, p. 311-329. (*N. des T.*)

l'affaire dont il est saisi, entre les droits et obligations des personnes morales et ceux des personnes physiques ?

37. Le remarquable pouvoir agentif de la fiction juridique, commenté par les théoriciens du droit contemporains, n'est donc pas un simple artefact dû à l'épistémologie complexe de cet outil. Au contraire, la puissance du dispositif réside dans sa capacité à réorienter une question d'agentivité en l'associant à une question épistémologique. Ce faisant, il redirige ainsi l'attention de « qui va décider, et comment va-t-il décider ? » à « la déclaration juridique est-elle vraie ou fausse ? ». De ce point de vue, nous pourrions décrire la fiction juridique comme une technique de réorientation, c'est-à-dire d'espoir selon les termes de Miyazaki.

Réorientation de la critique

38. Désormais, il est possible de reformuler les observations ci-dessus de manière plus critique. Indéniablement, la propension à faire disparaître la nature politique du droit dans une forêt d'arguments épistémologiques est précisément ce que critiquent les théoriciens du droit lorsqu'ils se réfèrent à « la mystification » du raisonnement juridique (Schlag 1998). Dans cette perspective, le raisonnement juridique masque une vérité simple : le pouvoir se trouve à l'extérieur et non à l'intérieur de la forme juridique. C'est sur ce terrain académique que nous trouvons le parallèle le plus intéressant entre études du droit et études de l'espoir, car les critiques de la mystification du droit participent aux mêmes débats de la théorie sociale, décrite en crise par Hage, Miyazaki et d'autres. Les critiques du droit, pour des raisons qui sont liées, ont souffert d'un épuisement similaire. Comme pour les études sur l'espoir, c'est l'heure des interrogations : après cet échec de la critique, quelle attitude le juriste doit-il adopter ? En d'autres termes, l'espoir (conservateur) du droit peut-il être reproduit sur un terrain critique (progressiste) ? À ce jour, cette question a toujours reçu une réponse. Par exemple, le théoricien du droit Pierre Schlag a critiqué ce qu'il appelle la « science juridique “comme si” » (1998 : 110) – qu'il décrit comme une vision moderne et sophistiquée du droit, consciente de toutes les critiques épistémologiques et politiques, où « alors que des doctrines sont censées obliger et des droits censés primer, cela signifie juste que les doctrines doivent être considérées *comme si* elles étaient contraignantes et les droits *comme s'ils* primaient sur d'autres revendications » (110). Schlag explique :

L'ambition des penseurs juridiques sophistiqués [qui déploient un raisonnement juridique “comme si”] (et elle n'est pas moindre) est d'éviter la métaphysique naïve de l'objectivisme et du subjectivisme tout en conservant le cadre et la force de ces métaphysiques (112).

39. Schlag en conclut qu'ainsi comprise, l'analyse juridique souffre « d'un certain déficit d'autorité » (112) : « Si, à la suite des scrupules antimétaphysiques contemporains, les entités telles que les principes, les doctrines, les valeurs et les droits sont dépouillées de leurs pouvoirs subjectifs, alors ces pouvoirs doivent être transférés ailleurs pour que le droit conserve son autorité. La question est “où” ? » (111). Il propose alors une analogie qui explique pourquoi cette approche est finalement vouée à l'échec : si le Pape affirmait explicitement que les anges n'existaient pas et que ce ne sont que des paroles « comme si », cela laisserait les fidèles insatisfaits. « Une fois l'illusion métaphysique disparue, l'autorité du pape disparaîtrait avec elle. Il en va de même pour le droit » (112).

40. Selon Schlag, la science juridique du « comme si » est *soit* sans pouvoir ni autorité, *soit* la continuation d'une vieille politique de mystification, c'est-à-dire de soumission à une forme juridique. Toujours selon lui, si la science du « comme si » est puissante, c'est tout simplement parce que c'est une façon intelligente de rétablir la croyance en ce qui n'est plus crédible ; c'est simplement « la poursuite de la même ancienne métaphysique, par d'autres moyens » (114). Par exemple, le fait de répéter que « la société est une personne », même sur un ton semi-ironique, peut participer du mouvement d'extension du pouvoir des sociétés ; leur conférer une liberté d'expression semble ainsi plus logique et plus politiquement correct que cela ne l'aurait été autrement.

41. Je m'interroge à propos du scepticisme de Schlag sur la science du « comme si », ou plutôt sur ce que je nomme la possibilité de *reproduire* l'espoir (qu'il qualifie de mystification ou d'enchantement) sur un terrain critique, sous un angle d'observation particulier. Il nous présente l'image d'un savoir juridique considéré comme une marchandise produite par certains et consommée par d'autres, et où le pouvoir est inhérent à la production. Résumant les débats de théorie du droit, il explique que les juristes s'intéressent régulièrement, pour les louer ou les critiquer, aux inventeurs de fictions juridiques. Peut-être ces commentateurs, se targuant également d'être les créateurs originels de nouvelles idées, s'identifient plus facilement à l'image d'un juge, commentateur ou législateur créatif. Mais est-ce un aperçu satisfaisant du fonctionnement du savoir juridique ?

42. Considérons par exemple l'un des piliers du droit américain de la propriété, à savoir la doctrine connue sous le nom de *Implied Warranty of Habitability*. Cette règle ne remonte en réalité qu'aux années 1970. Avant cela, si les locataires n'avaient pas formellement signé un contrat garantissant l'entretien minimum de la sécurité des biens locatifs, ils n'avaient aucun recours contre leur propriétaire et restaient tenus de payer le loyer, et ce même s'ils avaient fui la propriété devenue inhabitable. Traditionnellement, on raconte l'histoire de cette doctrine ainsi : confrontés à la question de l'obligation de sécurité du propriétaire alors même qu'il ne s'y est pas engagé dans le bail, des juges progressistes, sympathisants du mouvement pour l'équité en matière de logement, inventèrent la fiction juridique d'une « garantie implicite » par laquelle on agit « comme si » le propriétaire ou le locataire avait inséré une promesse d'entretien du bien dans le bail. En matière de droit de propriété, cette invention est vue alternativement comme le fait héroïque ou hérétique (selon son bord politique) d'une poignée de juges qui, par un ensemble singulier de décisions chargées politiquement, ont changé le droit à jamais. Pour autant, bien que la création de nouvelles doctrines juridiques soit un terrain formidable pour les fictions juridiques, mettre l'accent en particulier sur la figure d'un juge fabricant de ces fictions exagère, à mon avis, son rôle politique tout en échouant à nous représenter pleinement le pouvoir agentif du droit.

43. Par exemple, lorsque j'enseigne une doctrine comme la *Implied Warranty* pour la première fois à de nouveaux étudiants, ils bataillent dur contre le concept « d'intention constructive » – comment se peut-il, argumentent-ils, qu'un juge puisse simplement, d'un coup de crayon, dire que le propriétaire souhaitait quelque chose alors que toutes les parties savent pertinemment que ce n'était pas le cas ? C'est une part importante de mon travail d'enseignante que de confronter les étudiants à une compréhension « experte » de la fiction juridique, vue comme une modalité subjonctive d'expression. Mais la prochaine fois que la classe rencontrera une doctrine de ce genre – disons, lors de l'apprentissage de l'usucapion, selon laquelle le fait pour une personne d'occuper les terres d'une autre, pendant une période donnée et sans résistance suffisante du propriétaire, permettra le transfert du titre de propriété vers celui qui n'était que le possesseur – je n'aurai qu'à dire « intention constructive » et les étudiants auront « saisi » : ils écriront cette phrase sur leur cahier et passeront à autre chose. Encore une fois, la créativité en cause n'est ni la mienne ni celle des étudiants. En fait, il n'y a pas de créativité du tout. Ce qu'il y a à la place, c'est le pouvoir agentif de l'acte de répliation, le dispositif est devenu celui des étudiants autant que celui de l'enseignant, et les étudiants, pensant maintenant « comme des juristes » (comme on dit) en viennent aussi à l'intégrer : la fiction juridique « œuvre » de manière fine, rapide, technique, afin d'éviter (selon les termes de Wagner) ou de dépasser (selon ceux de Fuller) la nécessité d'un conflit politique entre novice et expert ou entre promoteur et critique de la réforme du droit du logement.

44. Concernant l'élaboration du droit américain sur le logement, où un seul jugement peut changer la règle à jamais, la vie après la fiction, après la création de cette fiction, est totalement ignorée – l'*Implied Warranty of Habitability*, passant dorénavant de main en main, a été disséquée dans les revues juridiques, invoquée dans les mémoires d'innombrables avocats du droit du logement, débattue par des générations d'étudiants en droit, et ce des décennies après l'affaire emblématique ayant mené à sa création. Cette pratique ne peut être correctement saisie par la vision d'un savoir juridique produit par certains et consommé par d'autres. Il serait plus juste de considérer que le savoir juridique devient agentif par son passage d'un acteur à un autre, et que dans ce processus il en vient à devenir constitutif des acteurs mêmes qui le déploient.

45. Schlag se préoccupe également du fait que la science juridique du «comme si» renforce involontairement une vision naïve de la vérité juridique. Mais dans cet exemple, le plus important n'est pas vraiment ce que l'enseignant et les étudiants croient être la vérité sur les termes du contrat; ce qui compte, c'est la pratique, l'action, la *reproduction*. En d'autres termes, Schlag se trompe quand il critique l'instabilité du «comme si» vu comme une vérité proclamée, une théorie. Or, comme le souligne Yan Thomas, une fiction juridique n'appartient pas à la «pensée juridique²⁰», mais est une «technique du droit», «une manière de faire» (Thomas 1995 : 18). Il n'est pas simplement subjonctif ou douteux de s'intéresser à la valeur de vérité de la fiction juridique, c'est en réalité tout à fait hors de propos.

46. Dès lors, où se situe l'autorité de la fiction juridique? Est-ce juste un outil externe à d'autres intérêts, tels que la réforme du logement, le statut académique de l'universitaire en droit ou encore l'autorité de l'enseignant? En fait, à partir du moment où les étudiants cherchent à reproduire la pratique née de la fiction, les buts ayant sous-tendu la création de cette fiction deviennent insignifiants. Vaihinger appelle ce phénomène «la loi de la prépondérance des moyens sur les fins». Il soutient que dans la pensée humaine, le fait d'utiliser le «comme si» comme moyen d'arriver à des fins conceptuelles particulières fera s'estomper ses finalités; ceux qui l'utilisent se concentreront plutôt sur les moyens déployés. Dans l'exemple de la classe décrit ci-dessus, la première discussion, et la seule difficile, porte sur l'intention constructive répondant à des objectifs sociaux, politiques et économiques; les deuxième, troisième et quatrième discussions porteront, quant à elles, uniquement sur l'applicabilité en elle-même de la doctrine de «l'intention constructive».

47. Si par «le pouvoir» nous entendons, entre autres, la capacité à perdurer, alors le pouvoir du droit réside dans la réception et la reproduction qu'il emporte, passant d'un ensemble d'acteurs du droit à d'autres. Il n'existe pas ici de déficit d'autorité puisque le pouvoir n'est pas un jeu à somme nulle. Telle qu'elle est vécue par les étudiants, la reproduction est à la fois habilitation et responsabilisation. Il m'est possible d'affirmer que ce pouvoir est une définition de l'espoir, une raison de dire que la fiction juridique technique est porteuse d'espoir. Si elle l'est, alors l'espoir c'est le pouvoir. De ce point de vue, on peut espérer passer d'une simple étude du désespoir de l'impuissance à une reproduction du pouvoir de l'espoir.

48. La question porte alors sur l'autorité du droit; peut-elle être appréhendée à travers un prisme qui ne soit pas celui de la soumission aveugle ou celui de la critique? Miyazaki soutient que l'espoir ne peut être analysé, mais seulement «reproduit sur un autre terrain» d'étude (2004). Par conséquent, il ne peut y avoir pour lui d'études critiques de l'espoir, simplement une connaissance de l'espoir; c'est-à-dire une reproduction des sujets de l'espoir par les inversions de la directionnalité des connaissances académiques. Dans cet essai, j'ai ainsi tenté un tel acte de reproduction par le renversement de la directionnalité des critiques du droit.

20 En français dans le texte (*N. des T.*).

References

- Bentham, Jeremy, and John Bowring. 1843. *The works of Jeremy Bentham*. Edinburgh, London,: W. Tait ; Simpkin, Marshall, & co.
- Cohen, Morris R. 1923 "On the Logic of Fiction." *The Journal of Philosophy* 20 (18) : 477-488.
- Comaroff, John L. and Jean Comaroff. 1992. *Ethnography and the Historical Imagination*. Boulder : Westview Press.
- Frank, Jerome. 1970 (1930). *Law and the Modern Mind*. Gloucester, Mass.: Peter Smith.
- Friedman, Lawrence. 1973. *A History of American Law*. New York : Simon & Schuster.
- Fuller, Lon L. 1930a. "Legal Fictions." *Illinois Law Review* 25(4) : 363-99.
- , 1930b. "Legal Fictions Part II." *Illinois Law Review* 25(4) : 513-46.
- , 1930c. "Legal Fictions Part III." *Illinois Law Review* 25(4) : 877-910.
- Genda, Yuji. 2005. *A Nagging Sense of Job Insecurity : The New Reality Facing Japanese Youth*. Translated by J. Hoff. Tokyo, Japan : International House of Japan.
- Hage, Ghassan. 2003. *Against Paranoid Nationalism : Searching for Hope in a Shrinking Society*. Annandale, NSW.: Pluto Press.
- Hannoun, Charley. 1995. « Les Fictions en droit Économique » *Droits* 21 : 83-93.
- Horwitz, Morton. 1977. *The Transformation of American Law, 1780-1860*. Cambridge : Harvard University Press.
- , 1992. *The Transformation of American Law, 1870-1960 : the Crisis of Legal Orthodoxy*. New York : Oxford University Press.
- , 1993. *American Legal Realism*. New York : Oxford University Press.
- Kasuga, Naoki. Forthcoming." Hope between 'inside' and 'outside': freeters in Japan". In *Hope in the Economy*. H. Miyazaki and R. Swedberg, eds.
- , 2005. "Law Creators of Law Discoverers ? Japanese Crime Novels Today," Paper delivered to Clarke Program in East Asian Law and Culture, Cornell University, 4 April.
- Kennedy, Duncan. 1983. *Legal Éducation and the Reproduction of Hierarchy : a Polemic Against the System*. Cambridge : Afar.
- , 1997. *A Critique of Adjudication [Fin de Siècle]*. Cambridge : Harvard University Press.
- Leach, Edmund R. 1982. *Social Anthropology*. New York : Oxford University Press.
- Lear, Jonathan. 2006. *Radical hope : ethics in the face of cultural devastation*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Lichtman, Mark M. 1930-31. *Four Modern Philosophies and their Application to Law*. *Temple Law Quarterly* 5 : 215-234.
- MacKinnon, Catharine A. 1989. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge : Harvard University Press.
- Maine, Henry Sumner. 1878. *Lectures on the early history of institutions*. New York : H. Holt and Co.
- , 1883. *Dissertations on early law and customs*. New York : H. Holt and Co.
- , 1897. *Popular government*. London : J. Murray
- , 1931. *Ancient Law*. London : Oxford University Press.
- Mitchell, Oliver R. 1893. "The Fictions of the Law : Have They Proved Useful or Detrimental to its Growth?" *Harvard Law Review* 7(5) : 249-265.
- Miyazaki, Hirokazu. 2003. "The Temporalities of the Market." *American Anthropologist* 105(2) : 255-265
- , 2004. *The Method of Hope : Anthropology, Philosophy, and Fijian Knowledge*. Stanford, Calif.: Stanford University Press.
- , 2005. "From Sugar Cane to 'Swords': Hope and the Extensibility of the Gift in Fiji." *Journal of the Royal Anthropological Institute* 11(2) : 277-295.

- , 2006. "Economy of Dreams : Hope in Global Capitalism and its Critiques." *Cultural Anthropology* 21(2) :147-172.
- Morgan, Lewis Henry. 1851. *League of the Ho-dé-no-sau-nee, or Iroquois*. Rochester : Sage & Brother.
- , 1877. *Ancient society ; or Researches in the lines of human progress from savagery, through barbarism to civilization*. Chicago : Charles H. Kerr & company.
- Murakami, Ryû. 1977. *Almost Transparent Blue*. Translated by Nancy Andrew. Tokyo ; New York : Kodansha International.
- , 1995. *Coin Lockers Babies*. Translated by Stephen Snyder. Tokyo ; New York : Kodansha International.
- , 2006. *Sixty-Nine*. Translated by Ralph F. McCarthy. Tokyo ; New York : Kodansha International.
- , 2003. *In the Miso Soup*. Translated by Ralph F. McCarthy. Tokyo ; New York : Kodansha International.
- , 2007. *Piercing*. Translated by Ralph F. McCarthy. New York, NY : Penguin Books.
- Riles, Annelise. 2004. "Property as Legal Knowledge : Means and Ends." *Journal of the Royal Anthropological Institute* (N.S.) 10 : 775-95.
- , 2011. *Collateral Knowledge : Legal Reason in the Global Financial Markets*. Chicago ; London : University of Chicago Press.
- Röpke, William K. 1954. "Economic Order and International Law." *Receuil Des Cours* 86 : 203.
- Rosenberg, Gerald. 1991. *The Hollow Hope : Can Courts Bring About Social Change ?* Chicago : University of Chicago Press.
- Samuel, Geoffrey. 2004. "Epistemology and comparative law : contributions from the sciences and social sciences." In *Epistemology and methodology of comparative law*. Edited by M.v. Hoecke. 35-77. Oxford ; Portland, Or.: Hart Pub.
- Schlag, Pierre. 1995. *Laying Down the Law : Mysticism, Fetshism, and the American Legal Mind*. New York & London : New York University Press.
- , 1998. *The Enchantment of Reason*. Durham & London : Duke University Press.
- Stolzenberg, Nomi M. 2007. "Anti-anxiety Law : Winnicott and the Legal Fiction of Paternity." *American Imago* 64(3) : 339-379.
- Strathern, Marilyn. 1988. *The Gender of the Gift : Problems with Women and Problems with Society in Melanesia*. Berkeley : University of California Press.
- , 2005. *Kinship, law and the unexpected : relatives are always a surprise*. New York, NY : Cambridge University Press.
- Sunstein, Cass. 1990. "Principles, Not Fictions." *University of Chicago Law Review* 57 : 1247-58.
- Thomas, Yan. 1995. « *Fictio Legis* : L'empire de la fiction Romaine et ses limites Medievales. » *Droits* 21 : 17-63.
- Unger, Roberto. 1975. *Knowledge & Politics*. New York : Free Press.
- , 1977. *Law in Modern Society : Toward a Criticism of Social Theory*. New York : Free Press.
- , 1986. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge : Harvard University Press.
- Vaihinger, Hans. 2001 [1924). *The philosophy of « as if » : a system of the theoretical, practical and religious fictions of mankind*. Translated by C.K. Ogden. London : Routledge.
- Wagner, Roy. 1986. *Symbols that Stand for Themselves*. Chicago : University of Chicago Press.

Présentation

LAETITIA GUERLAIN

Université de Bordeaux

Institut de recherche Montesquieu

Centre Alexandre-Koyré – Histoire des sciences et des techniques (UMR 8560, EHESS/CNRS/MHNNH)

Traduction**PRUNE DECOUX**

Doctorante, Université de Bordeaux

Centre aquitain d'histoire du droit (IRM/CAHD) EA 7434

DAVID FOULKS

Doctorant, Oriel College, University of Oxford