

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

François Rigaux, un juriste singulier

Thunis, Xavier

Published in:

La vie privée, une liberté parmi les autres ?

Publication date:

1992

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 1992, François Rigaux, un juriste singulier. Dans *La vie privée, une liberté parmi les autres ?*. Travaux de la Faculté de droit de Namur, VOL. 17, Larcier , Bruxelles, p. 279-301.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

FRANÇOIS RIGAUX, UN JURISTE SINGULIER

« La parole est moitié à celui qui parle, moitié à celui qui l'écoute » (Montaigne).

1. C'est peut-être quand on les referme que commence la vie des grands livres : ils poursuivent en nous leur trajectoire sans s'arrêter vraiment et s'incorporent à ce fonds ultime et personnel où, à notre insu le plus souvent, se forment nos idées, nos convictions, jusqu'à la façon de poser nos questions.

Bien plus que l'ampleur de sa production, la fécondité d'un auteur n'est-elle pas justement cette capacité d'engendrer son lecteur, de réussir avec lui et par lui cette création continuée où se jouent en définitive la vérité et le destin d'une œuvre ?

F. RIGAUX est un auteur fécond et le lire a toujours été pour moi un acte jubilatoire. En bon cartographe, il sait tracer son itinéraire intellectuel en invitant le lecteur à frayer ses propres pistes. Mieux il le déroute. Juriste singulier. Tellement juriste qu'il en vient à explorer les fondements du droit, réaliste mais proclamant avec vigueur son idéal de justice, pratiquant une méthode largement inductive, presque anglo-saxonne mais tout de même grand fabricant de concepts, pourfendant les théories générales du droit mais avec une telle constance que ses critiques elles-mêmes font promesse de système. Toutes ces tensions animent une œuvre multiple, changeante, ouverte, écrite dans un style que n'eût pas désavoué Marcel Proust, où la phrase, complexe, syntaxiquement rusée, trouve par l'expansion le surcroît de précision nécessaire, et s'attache à restituer dans le souffle d'un même développement, l'ensemble et le détail, la ligne et le motif, la structure et le mouvement.

Cette œuvre, je n'ai ni l'ambition ni la compétence de la synthétiser (et donc de la simplifier), encore moins de l'analyser de façon (prétendument) critique. Si critique il y a, c'est une critique de sympathie, une sorte de désaccord heureux et reconnais-

sant par où un lecteur manifeste l'attachement qu'il porte à son auteur.

C'est à un libre parcours dans l'œuvre de F. RIGAUX que j'invite le lecteur, en espérant, par le jeu de la citation, du rapprochement et du commentaire faire parler l'auteur d'une voix qui, sans être tout à fait la sienne, lui sera néanmoins familière.

Deux étapes dans ce parcours : une description de l'évolution du couple liberté-propriété dans l'*Introduction à la science du droit* et les écrits consacrés à la protection de la vie privée (I). Simple description, on y insiste, qui vise à souligner la continuité de pensée de l'auteur dans un domaine particulier, celui de la protection de la vie privée, thème central du présent ouvrage. Description un peu orientée déjà où sont formulées quelques réflexions sur la méthode appliquée par l'auteur. Ceci permet d'introduire une évocation et une discussion plus approfondie de certains thèmes récurrents qui parcourent l'ensemble de l'œuvre et lui donnent son mouvement et son originalité (II).

I. — DE L'INTRODUCTION À LA SCIENCE DU DROIT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE (1) : LES RAPPORTS DU COUPLE LIBERTÉ-PROPRIÉTÉ

2. Pourquoi commencer par l'*Introduction* ? Réponse : parce que cet ouvrage au titre trompeur (2) est plus qu'une introduction.

L'auteur examine les solutions que le droit apporte à quelques situations de vie (3) (divorce, adoption, régime juridique de la monnaie, etc.) aussi bien que les valeurs qu'il poursuit et les méthodes qu'il utilise pour les mettre en œuvre (4). Dans cet ouvrage, où une grande maîtrise technique sert et soutient une critique du système libéral portée avec une vigueur adolescente,

(1) Ce raccourci commode vise à la fois *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité* (Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1990, ci-après cité *Protection de la vie privée*) et les *Leçons* données à Namur sur le même thème (ci-après citées *Leçons*). L'*Introduction à la science du droit* (Bruxelles, Vie ouvrière, 1974) est citée *Introduction*.

(2) V. en ce sens les remarques de R. LEGROS, « A propos d'un livre récent : L'*Introduction* à la science du droit de François Rigaux », *J.T.*, 1975, pp. 669 et s.

(3) *Introduction*, 2^e partie, pp. 191 et s.

(4) *Introduction*, 3^e partie, pp. 335 et s.

se dessinent plus ou moins nettement les idées qui seront développées dans *La protection de la vie privée* et les *Leçons*.

3. Limitons-nous pour l'instant, aux rapports du couple liberté-propriété auxquels sont consacrés de nombreux chapitres de l'*Introduction*.

L'exposé des liens unissant propriété et liberté chez quelques grands philosophes (Locke, Kant, Hegel, etc.) ne permet pas de discerner si F. RIGAUX va jusqu'à récuser toute forme de propriété (5).

L'auteur ne paraît pas contester que la propriété privée soit comme un prolongement naturel de la liberté mais elle est aussi, suivant l'expression de Mounier, une propriété dont son titulaire prive les autres (6). L'institution, qu'elle se fonde sur le travail ou sur son utilité sociale, se heurte toutefois à des objections sérieuses (7). Tout le monde n'étant pas propriétaire, il s'ensuit logiquement que tout le monde n'est pas libre. Bien plus, la maîtrise exercée par quelques-uns porte atteinte à la liberté de beaucoup d'autres.

4. Sur le plan juridique, la critique porte sur la place prise par la propriété privée au sein du Code civil et même au sein de l'Etat de droit (8). La distinction entre le droit privé et le droit public n'est à cet égard qu'un trompe-l'œil, « un artifice architectural dissimulant le véritable plan de l'édifice » (9) tout entier construit pour assurer la protection des droits subjectifs patrimoniaux (10). Idée chère à l'auteur (11) sur laquelle on reviendra.

5. Au-delà de la protection exagérée dont bénéficie la propriété privée, F. RIGAUX dénonce les excès de patrimonialisation des droits subjectifs dans des termes particulièrement vifs (12),

(5) V. à ce sujet les réflexions de L. RAUCENT, *Ann. Droit Louvain*, 1976, pp. 138 et s.

(6) *Introduction*, p. 208 et aussi p. 381.

(7) *Introduction*, p. 244.

(8) Comp. cependant p. 228 où l'auteur se demande si la propriété n'a pas perdu une partie de son importance.

(9) *Introduction*, p. 257.

(10) *Introduction*, p. 365.

(11) Elle est développée dans un ouvrage ultérieur *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pédone, 1977 cité ci-après *Droit public et droit privé*.

(12) P. ex. : « La patrimonialisation des valeurs esthétiques est une barbarie que nos descendants ne pourront pas mieux comprendre que le bombardement du Parthénon ou de la cathédrale de Reims » (*Introduction*, p. 229).

ce qui rompt avec le style généralement feutré de la doctrine juridique universitaire. L'ordonnement juridique « libéral », dominé par la rationalité économique (13), se présente comme un ordre de division et de séparation, ayant pour effet, sinon pour objet, d'attiser les conflits dans un monde divisé (14). Et de conclure en termes toujours aussi vifs : « Le système juridique (libéral) ..., est adapté à une société inégalitaire et qui entend le rester ... Une société égalitaire, qui aurait éliminé le mythe de la liberté-propriété, laisse place à d'autres modèles de libertés, sans doute plus authentiques et dont l'exercice serait plus communément partagé. Cela implique aussi des structures juridiques très différentes » (15). Si F. RIGAUX ne paraît pas dans ses publications avoir précisé en quoi consisteraient de telles structures, il a par contre poursuivi ses recherches sur les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux, pour remettre en cause la pertinence de la distinction en étudiant les « biens de la personnalité » et la « liberté de la vie privée » (16). En fin de compte, par le biais d'une analyse très technique des concepts clés du système juridique libéral, il a précisé ses critiques à l'égard de celui-ci (17).

6. A peu près vingt ans séparent l'*Introduction* des publications consacrées à la protection de la vie privée et des biens de la personnalité (18). Trois idées essentielles esquissées dans le premier se retrouvent, amplifiées et précisées, dans les secondes.

1° Contestation des tendances hégémoniques du droit de propriété qui n'a pas vocation à s'appliquer aux « droits » de la personnalité (A).

2° Remise en cause de la distinction traditionnelle entre les droits subjectifs patrimoniaux et les droits subjectifs extrapatrimoniaux dont relèveraient les « droits » de la personnalité (B).

(13) *Introduction*, p. 364.

(14) *Introduction*, p. 364 ; cf. aussi p. 372 : « La question se ramène à décider si le droit est un ordre de division et de séparation, ou un ordre de communion et de coopération ».

(15) *Introduction*, p. 382.

(16) Bien qu'elle ne soit pas usuelle — la doctrine dominante parle de droit de la personnalité et de droit à la vie privée — cette terminologie est adoptée par l'auteur pour des raisons très précises sur lesquelles nous reviendrons.

(17) Cf. notamment le chapitre XXV de la *Protection de la vie privée* intitulé : « La signification idéologique du droit de la personnalité et du droit au respect de la vie privée ».

(18) Sont visées les publications suivantes : *Protection de la vie privée*, un article ultérieur intitulé « La liberté de la vie privée » (*R.I.D.C.*, 1991, pp. 539 et s.) et les « Leçons » contenues dans le présent volume.

3° Affirmation du caractère idéologique de la doctrine des « droits » de la personnalité (C).

Après avoir exposé les idées de l'auteur, on fera quelques réflexions (D) sur sa méthode et sur les problèmes qu'elle pose.

A. — *Contestation des tendances hégémoniques du droit de propriété et de la notion même de « droits » de la personnalité*

7. Le droit de propriété conçu comme un ordre d'exclusion (19) a été une sorte de matrice intellectuelle, de modèle, d'image pour définir le régime des autres droits subjectifs patrimoniaux mais il s'est aussi projeté sur les biens de la personnalité (20) qui, selon F. RIGAUX, lui sont irréductibles.

Pourquoi tout d'abord parler de « biens de la personnalité » plutôt que de « droits de la personnalité » ? Il s'agit d'un choix significatif dont l'auteur expose longuement les raisons (21). Les prétendus « droits » de la personnalité ont généralement des contours indistincts puisque leur assiette n'est pas déterminée par la configuration physique de la chose ni par le pouvoir que le titulaire de ces droits pourrait faire valoir à l'égard d'un débiteur particulier. Ces droits sont plutôt des libertés, marquées du sceau de l'indétermination, trouvant leurs limites dans les libertés d'autrui (22), ce qui soulève d'ailleurs la question du règlement des conflits entre libertés.

8. Même si elle met l'accent sur le fait que certaines libertés (23) peuvent entrer dans le commerce juridique et faire l'objet d'une exploitation contractuelle, l'expression « biens de la personnalité », retenue par l'auteur paraît ambiguë dans la mesure où la notion de bien est précisément comprise dans un sens quasi exclusivement patrimonial et pécuniaire par la tradi-

(19) *Introduction*, pp. 202 et 209.

(20) Selon F. RIGAUX, l'hégémonie du droit de propriété se manifeste également en droit public et en droit international où la territorialité du pouvoir des Etats et leur souveraineté ont été pensées à l'image de la propriété immobilière (*Introduction*, pp. 43 et s. ; pp. 209 et s.), ce qui expliquerait leur relative impuissance à réglementer efficacement les activités transfrontalières de sociétés transnationales.

(21) V. not. 5^e *Leçon*, n° 133 et s. ; n° 159 et s.

(22) V. le titre très clair « La liberté de la vie privée », *R.I.D.C.*, 1991, pp. 539 et s. ; particulièrement p. 560.

(23) Pas toutes cependant : le corps et l'honneur (*Leçons*, n° 145 et s.) sont indisponibles.

tion juridique occidentale (24). Avec F. RIGAUX, il faut souligner qu'il s'agit là d'un rétrécissement significatif mais sans doute injustifié du concept à son acception économique. Quoi qu'il en soit, l'existence de droits subjectifs de la personnalité comparables aux droits réels ou aux droits de créance est rejetée au profit d'une explication fondée sur le respect de la liberté individuelle (25). F. RIGAUX le souligne fortement : l'aspect individuel a été exagérément mis en exergue dans la problématique traditionnelle de la vie privée (26) au point d'en arriver à une conception quasi solipsiste de celle-ci. Il s'agit bien plus de protéger la liberté de chacun d'entretenir *avec autrui* des rapports humains de *façon singulière* et à l'abri de toute ingérence extérieure que de lui garantir une solitude insulaire (ou monadique).

Des observations très similaires reviennent d'ailleurs dans l'*Introduction*, quand l'auteur déplore qu'on réduise « au monologue du propriétaire un droit qui s'insère dans un discours » (27) et dans la *Protection de la vie privée* quand il critique la définition de la *privacy* comme le droit d'être laissé seul alors que « loin d'aménager un espace de solitude, la protection des biens de la personnalité est une des modalités du règlement de la vie en société » (28).

B. — *Remise en cause de la distinction
entre les droits patrimoniaux
et les droits extrapatrimoniaux*

9. La distinction traditionnelle entre les droits patrimoniaux et les « droits » de la personnalité qui seraient extrapatrimo-

(24) Comp. les considérations dans le même sens faites par l'auteur dans l'*Introduction*, p. 196 et dans la *Protection de la vie privée*, p. 749.

(25) Selbstbestimmungsrecht : *Protection de la vie privée*, pp. 730 et s. ; pp. 758 et s.

(26) 1^{re} leçon, n^{os} 19 et s.

(27) *Introduction*, p. 209.

(28) *Protection de la vie privée*, p. 694 ; 1^{re} Leçon, n^{os} 19 et s.

Comp. les réflexions d'E. MOUNIER, *Communisme, anarchie et personnalisme*, Ed. du Seuil, 1966, p. 37 : « ... des centres d'énergie théoriquement inépuisables (les libertés), des attractions (fraternité), des répulsions surtout (la sainte indépendance), un équilibre mathématique des forces (égalité) ..., la maîtrise spirituelle de la personne plus ou moins assimilée à l'impenétrabilité physique (l'inviolabilité), le prochain n'étant prévu que comme un empiètement possible, ou, au positif, comme l'objet d'une revendication. »

niaux doit être remise en cause, à tout le moins fortement nuancée (29).

Après avoir démontré que le droit subjectif ne qualifie pas correctement la relation qui se noue entre le sujet et les attributs de sa personnalité, F. RIGAUX met en question la qualification non patrimoniale des biens de la personnalité (30). Même si le corps et l'honneur ne sont en principe pas disponibles, il n'en reste pas moins que certains biens de la personnalité (p. ex. l'image, le nom, la réputation, etc.) peuvent faire l'objet d'une exploitation patrimoniale (31). A cela s'ajoute que l'atteinte portée aux biens de la personnalité par la faute d'un tiers sera souvent réparée par le paiement de dommages-intérêts. A l'inverse — et ceci paraît très neuf — F. RIGAUX montre que des droits subjectifs généralement considérés comme patrimoniaux tels que le droit du locataire ou du travailleur, ont une composante morale (32).

C. — *Le caractère « idéologique »
de la doctrine des « droits » de la personnalité*

10. Dans l'*Introduction*, F. RIGAUX souligne que l'accent placé sur les droits économiques et sociaux revêt un caractère idéologique dans la mesure où des droits consistants, exclusifs (droit de propriété, etc.) paraissent mis sur le même pied que des droits selon lui sans contenu (droit au travail, etc.) (33).

Si l'on en croit l'auteur, ce caractère idéologique marquerait aussi l'émergence des « droits » de la personnalité et rendrait suspecte l'insistance avec laquelle la doctrine y verrait des droits non patrimoniaux. Quelques extraits valent mieux que de longs commentaires (34) : « La véritable nature du droit au respect de la vie privée se laisse mieux appréhender si on le rapproche des

(29) V. déjà dans l'*Introduction*, p. 200.

(30) Ceci est clairement synthétisé dans « Liberté de la vie privée », *R.I.D.C.*, 1991, pp. 561 et s. ; cf. aussi *Leçons*, n^{os} 142 et s. ; n^{os} 146 et s.

(31) V. déjà *Introduction*, p. 201.

(32) V. les exemples cités dans « Liberté de la vie privée », *R.I.D.C.*, 1991, pp. 562 et s. ; *Leçons*, n^{os} 155 et s. ; comp. *Introduction*, p. 201.

(33) *Introduction*, p. 203 ; cf. aussi p. 347 « L'accent mis aujourd'hui sur les droits de l'homme et l'insertion de ceux-ci dans des instruments juridiques s'expliquent par la nécessité de contrebalancer par des droits subjectifs nouveaux les droits subjectifs traditionnels — et au premier chef, le droit de propriété — qui occupent tout le domaine du droit. »

(34) *Protection de la vie privée*, pp. 752 et s.

droits économiques et sociaux apparus en même temps que lui dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme (...). Ce serait trop dire que les droits nouveaux ont été conçus contre la propriété, mais ils exercent une fonction de complément ou de substitut. Pour que le droit de propriété demeure tolérable, avec les considérables inégalités qu'il a entretenues, force a été d'instituer tantôt des droits subjectifs nouveaux tantôt l'illusion de tels droits (...). La nature idéologique de la forme de droit subjectif conférée aux droits nouveaux est aisée à comprendre. Face à la maîtrise inconditionnée du propriétaire et du créancier (selon les techniques traditionnelles du droit civil), il était difficile de ne pas céder à la tentation de construire selon le même modèle le droit au respect de la vie privée et les droits économiques et sociaux » (35).

11. De l'*Introduction* à la *Protection de la vie privée*, la critique s'est précisée, les notions se sont affinées mais l'inspiration fondamentale n'a pas changé comme en témoigne ce dernier fragment que l'on retrouve identique dans les deux ouvrages : « L'homme occidental n'a jamais cessé de chercher refuge dans l'affirmation du mépris des richesses, ce lieu commun d'une pensée philosophique qui est depuis l'antiquité l'alibi d'une civilisation solidement axée sur la conquête des biens matériels » (36).

D. — *Quelques réflexions transitoires*

12. Travaillant de façon inductive, recourant largement à la jurisprudence et au droit comparé avec toutes les difficultés que la méthode suppose (37), F. RIGAUX selon la démarche antidogmatique qui lui est familière, se refuse les certitudes rassurantes que procurerait une définition préalable et intangible de la vie privée ou du *right of privacy* (38). La conséquence en est que le juge (pas plus que la science du droit) ne peut *a priori* donner de réponse catégorique et définitive à un conflit de libertés concurrentes ou encore à un conflit entre l'intérêt général et une

(35) Pour un commentaire de cette partie de l'ouvrage, v. J.-P. MASSON, *J.T.*, 1991, pp. 487 et s.

(36) *Introduction*, p. 196 et *Protection de la vie privée*, p. 749.

(37) V. not. *Protection de la vie privée*, p. 8.

(38) *Protection de la vie privée*, pp. 6 et s. ; pp. 716 et s.

liberté. A partir du moment où n'existe pas de « noyau dur » de la personnalité, le juge doit peser les intérêts en présence et évaluer la restriction qu'il convient d'apporter à une liberté individuelle en raison de l'intérêt général (39) (méthode de pondération des intérêts, *balancing of interests test*, *Interessenabwägung*).

D'aucuns trouveront que c'est là donner bien du pouvoir aux juges (40) et faire montre d'impressionnisme ou d'empirisme juridique. Cet empirisme qui paraît conséquent peut inquiéter ceux qui recherchent les arguments théoriques susceptibles d'assurer, quelles que soient les circonstances et la nécessité sociale, une protection intangible aux sujets de droit.

13. La méthode de F. RIGAUX est incontestablement séduisante : son analyse très fine et très juridique du « donné » jurisprudentiel lui permet de renouveler les problèmes de base de philosophie du droit et de tirer la communauté juridique de son « sommeil dogmatique ».

L'accent mis sur la dimension sociale des libertés est salutaire.

De même qu'il est particulièrement fécond de souligner à quel point la jurisprudence, celle de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême des Etats-Unis notamment, consacrent une « morale » relative, plus proche des « bonnes mœurs » ou d'un mode de conduite généralement considéré comme acceptable dans une société donnée (41) que d'un projet éthique véritable, qui, transcendant les données d'expérience, manifeste des prétentions à l'universel (42).

A relire les *Leçons*, il semble que ni la morale véritable, si elle est conçue comme un ordre séparé du droit (43), ni même apparemment la science du droit n'aient à se prononcer sur la validité juridique d'une morale « positive », sociologique, reçue par la jurisprudence exprimant elle-même les opinions et pratiques dominantes d'une société déterminée à un moment de son histoire.

(39) V. not. *Protection de la vie privée*, pp. 766 et s. ; *Leçons*, n° 48 et s. ; n° 134 et s.

(40) Comp. la théorie des troubles du voisinage où le juge est amené à déterminer l'équilibre entre titulaires de droits sur des fonds voisins en tenant également compte de l'intérêt général.

(41) V. 3^e *Leçon*, n° 82 et s.

(42) V. 3^e *Leçon*, n° 50 et s.

(43) V. 7^e *Leçon*, n° 161 et s.

La réception de cette morale « positive », plus tolérante selon certains, plus laxiste selon d'autres paraît en définitive, surtout dans le domaine de la sexualité, avoir élargi l'espace où chaque individu pose ses choix propres, soustraits au conditionnement étatique.

Comme l'indique l'auteur à propos de la jurisprudence de la Cour suprême, « les représentations pornographiques mettant en scène des enfants paraissent le dernier bastion de l'obscénité soustraite à la protection du 1^{er} amendement » (44).

Cette dernière réserve ne devrait-elle pas amener à s'interroger sur les limites probablement extrajuridiques qu'un système juridique ne pourra jamais accepter de voir franchies, quelle que soit l'évolution de la morale « positive », notamment mais non exclusivement dans le domaine sexuel ?

14. La référence à la nécessité « sociale » ou à un intérêt général suffisamment contraignant dans la méthode de pondération des intérêts pose le même genre de questions. Chaque société a sa nécessité mais sauf à faire de celle-ci un pur composé de rapports de forces, ne faut-il pas admettre que des bornes soient fixées à l'expansion naturelle de la nécessité sociale et donc à l'interprétation que la jurisprudence, dans une matière aussi fondamentale que celle des libertés, en donnera ? Mais au nom de quoi fixer ces bornes dans une démarche antidogmatique, inductive et se refusant le confort des évaluations métajuridiques ?

II. — LIBRE PARCOURS DANS L'ŒUVRE

15. Les distinctions (juridiques) seraient-elles les béquilles de la pensée ? Refusant les idées préconçues, F. RIGAUX puise abondamment dans la jurisprudence de quoi ébranler les notions traditionnellement enseignées.

La remise en cause des distinctions entre le fait et le droit, entre le droit public et le droit privé sont deux exemples parmi d'autres du *réalisme antidogmatique* qui amène l'auteur à renou-

(44) V. 3^e Leçon, n° 74.

veler certains problèmes de base de philosophie du droit, tels ceux du positivisme étatique ou de la définition du droit.

Peut-être y a-t-il dans tout réaliste un idéaliste qui s'ignore ou qui se bride. F. RIGAUX est juriste dans l'âme. Il fait confiance au droit pour établir une société plus juste. Au-delà du réalisme pointe le *volontarisme juridique*, cette foi dans la capacité du droit d'orienter le changement social dans un sens moins inégalitaire. F. RIGAUX conjugue le droit *au futur* : c'est dans l'avenir (et dans le droit lui-même) que se profilent les valeurs et que se construit, sans cesse, de façon dynamique, la légitimité d'un système juridique.

A qui avons-nous affaire finalement ? Peut-être bien à un *positiviste modéré*...

A. — *Les distinctions battues en brèche ou les vertus du réalisme antidogmatique*

a) *Remise en cause de la distinction entre fait et droit*

16. C'est un fait non pas brut, non pas existentiel mais toujours déjà élaboré, pétri de notions juridiques qui se trouve soumis au juge, lequel sélectionne, selon le conceptualisme qui lui est propre, les éléments de droit pertinents pour fonder la solution qu'il entend donner au litige.

Pour F. RIGAUX, le fait concret, informe dans sa rassurante et immédiate brutalité, n'existe pas ; il y a plutôt « un ensemble de notations abstraites dont le faisceau est relié aux seules circonstances vraiment concrètes connotant la situation » (45).

Il s'ensuit notamment une définition nouvelle de la qualification : celle-ci n'est pas un passage du concret (situation de vie) à l'abstrait (règle de droit) mais consiste à comparer un donné conceptuel au contenu de l'hypothèse légale (46). Qu'il y ait du droit ou du « normatif » dans le « fait » entraîne d'une part que le syllogisme judiciaire ne puisse être réduit à une simple application mécanique du droit au fait, d'autre part que soient

(45) F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 84.

(46) F. RIGAUX, *op. cit.*, pp. 233 et s. ; v. aussi F. RIGAUX, « La notion de fait en science juridique », *Ann. Dr. Louvain*, 1988/1, pp. 5 et s. ; cf. aussi L. DETHIER, « Le droit par la bande », *Rev. int. d'ét. jur.*, 1990/25, pp. 10 et s.

repensées les limites traditionnellement assignées au contrôle de la Cour de cassation (47).

17. L'attention prêtée par F. RIGAUX à la délimitation des compétences au sein du pouvoir judiciaire mais surtout à la fonction jurisprudentielle ne s'est jamais démentie. Cette attention paraît même, dans les écrits récents, s'être intensifiée. Le juge, « ministre du sens » (48), « rend la norme présente sur la terre des humains, non sans agir sur la signification normative qu'elle contient » (49).

Répetons-le : la méthode même de travail de F. RIGAUX est très souvent *inductive* (50). Le nombre impressionnant de décisions jurisprudentielles recueillies et dépouillées sert non pas à illustrer des distinctions ou des principes bien établis mais à les remettre en cause ou à en déplacer les zones d'application. Même s'il en critique parfois le conceptualisme ou le formalisme excessifs (51), la jurisprudence est, pour F. RIGAUX, un des lieux de vérité du droit. Sans l'interprétation que lui donne le juge, la loi demeure lettre morte.

b) *Remise en cause de la distinction entre le droit public et le droit privé*

18. Déjà dans son *Introduction* de 1974, on l'a dit, F. RIGAUX tenait la distinction entre le droit privé et le droit public pour un trompe-l'œil, le second étant, selon lui, subordonné à la volonté politique de maintenir la propriété privée (52). Cette mise en cause a été répétée et précisée dans les ouvrages ultérieurs (53).

(47) C'est le thème de l'ouvrage précité de F. RIGAUX Comp. L. DETHIER, *art. cit.*, p. 12 selon lequel la Cour de cassation ne connaîtrait plus de limites à l'extension de son contrôle.

(48) C'est le titre d'un article de F. RIGAUX « Le juge, ministre du sens », dans *Justice et Argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Edit. de l'U.L.B., 1986, pp. 80 et s.

(49) « La notion de fait ... », *op. cit.*, p. 15.

(50) V. p. ex. explicitement *Droit public et droit privé*, *op. cit.*, p. 4 où l'auteur dès le début renonce à une définition abstraite des notions fondamentales. V. également *Protection de la vie privée*, pp. 6 et s.

(51) V. p. ex. *Droit public et droit privé*, pp. 37-38 ; *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, p. 397.

(52) V. not. *Introduction*, pp. 257 et s.

(53) V. *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, part. pp. 413 et s. ; dans un sens moins critique, *Droit international privé*, t. I, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 1977, pp. 89 et s. et *Protection de la vie privée*, pp. 713 et s.

Selon F. RIGAUX, la distinction entre le droit public et le droit privé est assez formelle dans la mesure où les structures du second abritent des *pouvoirs* économiques privés dont les capacités de décision et de contrainte, quoique s'exprimant sous des formes différentes n'ont rien à envier à celles des pouvoirs publics.

Bien plus, l'efficacité d'action de ces pouvoirs privés, délocalisés, maîtrisant les moyens de production et profitant de leur liberté contractuelle est largement supérieure, dans les relations internationales, à celle des pouvoirs étatiques émiettés, territorialement confinés, incapables de maîtriser correctement l'espace transnational créé par les premiers (54).

Poursuivant son analyse, F. RIGAUX considère qu'aucune raison ne permet de dénier la qualité d'ordre juridique aux règles que se donnent les agents économiques privés.

19. Dans le même temps où il conteste la distinction traditionnelle droit public-droit privé, F. RIGAUX réintroduit dans l'analyse juridique le concept central de pouvoir, ce qui l'amène à récuser le *positivisme étatique* identifiant le droit et l'Etat et le *formalisme de l'effectivité* (55) qui domine l'élaboration du droit international. De façon plus précise, l'apport de F. RIGAUX à la science du droit (56) paraît double :

1° Il réintroduit le politique dans le droit. Cette expression doit être bien comprise. Dans son *Introduction*, l'auteur affirme que le droit est le langage du pouvoir (57), entendant par là non seulement que l'ordre juridique sert un dessein politique mais surtout qu'il perpétue, par ses règles et les méthodes de ceux qui l'appliquent, des rapports inégalitaires. L'apport fait par F. RIGAUX, au départ de l'analyse des relations internationales, est autre : il déplore que les juristes de droit international aient cru

(54) V. not. *Droit public et droit privé*, pp. 407 et s.

(55) Selon F. RIGAUX, « le formalisme (en droit international) apparaît à un double niveau. D'une part, il n'y a pas de production régulière des sources de droit hors l'intervention des Etats et d'autre part la notion même de l'effectivité étatique est déduite de critères purement formels » (*Traité*, t. 1^{er}, p. 86 ; cf. aussi F. RIGAUX, « Le droit des peuples », *Mélanges F. Dehousse*, 1979, p. 91). Dans la pensée de l'auteur, le second niveau paraît viser la réduction du pouvoir étatique à la contrainte matérielle que celui-ci a la capacité de mettre en œuvre dans les limites d'un territoire donné.

(56) Science du droit plutôt que théorie générale du droit, expression dénoncée par l'auteur (*Introduction*, p. 137).

(57) *Introduction*, p. 349.

pouvoir bâtir, par la seule « force » du droit, un ordre juridique international (58). L'erreur est la suivante : le droit, conçu comme un outil neutre et apolitique, ne peut instaurer sa souveraineté sur des Etats n'ayant jamais vraiment abdiqué leurs prérogatives. A travers cette critique, c'est l'idée même de la souveraineté du droit que F. RIGAUX paraît remettre en question (59).

2° Refusant de considérer l'Etat comme seule source de droit et de réduire la contrainte qui caractériserait le droit (60) à une coercition purement physique exercée sur une portion de territoire (61), F. RIGAUX reconnaît la qualité d'ordres juridiques à des règles secrétées par des pouvoirs non étatiques, non territoriaux et faisant respecter leurs prescrits par des contraintes d'un type différent (déchéance, exclusion, excommunication, etc.).

La voie est ainsi ouverte — second apport important — au *pluralisme juridique* (62).

c) *Quelques questions*

20. Il serait généralement admis depuis Kant que le droit est lié à l'aptitude à contraindre. La pensée de F. RIGAUX ne paraît pas fixée sur ce point (63). Son analyse des relations internationales montre, semble-t-il, que le droit n'est pas par lui-même un ordre de contrainte mais qu'il a besoin de la force du pouvoir (politique notamment) pour se faire respecter. La contrainte serait extérieure au droit (64), même si elle lui est nécessaire.

(58) V. not. *Droit international privé*, t. I^{er}, pp. 85 et s.; « Le droit des peuples », *Mélanges F. Dehousse*, pp. 93 et s.

(59) Comp. A. RENAULT et L. SOSOE, *Philosophie du droit*, PUF, 1991, p. 48 (à propos du refus foucauldien de la conception juridico-discursive du pouvoir).

(60) L'aptitude à contraindre est le fait du politique et non du droit comme tel (voir argumentation au texte); d'autre part une règle de droit peut être sanctionnée, sans qu'il y ait nécessairement contrainte ou exécution forcée (v. M. VIRALLY, *La pensée juridique*, L.G.D.J., 1960, pp. 68 et s.).

(61) Cf. notamment la belle définition donnée dans *Droit public et droit privé*, p. 444 : « Le droit est une « chose mentale » dont la réalité se dissimule derrière les apparences physiques du territoire et de la contrainte matérielle ».

(62) V. not. « Le droit au singulier et au pluriel », *Rev. interd. ét. jur.*, 1982; *Droit international privé*, t. I^{er}, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1987, pp. 8 et s.

(63) Comp. *Introduction*, p. 366 (« La contrainte est d'un autre ordre que le droit ») « Droit et pouvoir ou la quête de la validité », p. 20; *Droit international privé*, t. I^{er}, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1987, p. 8; 7^e leçon, n^{os} 164 et s.

(64) En ce sens J. FREUND, *Qu'est-ce que le politique ?*, Ed. du Seuil, coll. Points, 1967, pp. 135 et s. et aussi pp. 146 et s. (à propos du droit international).

Quand il évoque les ordres juridiques non étatiques cependant, F. RIGAUX paraît lier leur juridicité à l'existence de la contrainte bien que celle-ci soit d'un autre type que la contrainte étatique. Si la contrainte ou plus précisément l'aptitude à contraindre est extérieure au droit, on peut alors s'interroger sur ce qui fait la règle juridique par rapport à d'autres types de règles.

Ainsi, il y aurait plus une différence de degré qu'une différence de nature entre la règle morale et la règle juridique (65).

21. En ce qui concerne le pluralisme juridique, l'incompétence du soussigné lui interdit de s'attarder autrement que sous forme de questions.

1° Le pluralisme dérive-t-il simplement du constat qu'existent simultanément des systèmes de règles, les uns territoriaux, les autres non, ayant vocation à s'appliquer, de façon efficace, à un même individu ou à un même groupe d'individus ? En d'autres termes, l'effectivité n'est-elle pas dans l'approche pluraliste devenue un critère de juridicité prépondérant ?

2° Peut-on concilier le pluralisme juridique avec une distinction rigoureuse entre la morale et le droit tel que l'auteur la pratique dans la dernière leçon où il paraît d'ailleurs aussi en revenir à une définition plus classique du droit comme un ordre de contrainte (66) ?

B. — *Au-delà du réalisme : le volontarisme juridique*

22. Même s'il tient le droit pour le langage du pouvoir, F. RIGAUX se sépare radicalement de l'analyse marxiste du dépérissement du droit. Bien au contraire, c'est une revalorisation du droit que l'auteur appelait de ses vœux en 1974. « C'est en s'efforçant d'introduire dans la réalité sociale des valeurs qui n'y sont pas suffisamment présentes, que le droit comporte un élément idéal. Si le droit a un sens, c'est de nous offrir un projet de société future et de contribuer, par les méthodes qui sont les

(65) Cf. p. ex. « Le droit au singulier et au pluriel », précité p. 55.

(66) Comp. « Le droit au singulier et au pluriel », p. 55 : « La doctrine du pluralisme juridique est logiquement menée à nier toute différence de nature entre morale et droit, entre le *sollen* juridique et le *sollen* moral ».

siennes, à la réaliser » (67). Et plus loin : « Sans une conversion radicale de nos structures mentales individualistes, le droit piétinera ou déclinera » (68).

23. S'il y a un reproche à adresser à F. RIGAUX, c'est assez paradoxalement d'être trop juriste, de faire trop confiance au droit pour établir une société plus juste. Selon lui (dans l'*Introduction*, tout au moins), le droit est premier (69), la morale n'aurait qu'un rôle subsidiaire : celui de soutenir les préceptes juridiques (70) et de corriger l'excès d'individualisme de notre droit (71).

Le droit mérite-t-il cet excès d'honneur ? Suivant une formule célèbre, si l'on voit tous les jours la société changer les lois, a-t-on jamais vu les lois changer la société ?

Cette conception « maximaliste » du droit vient, semble-t-il, de ce que F. RIGAUX réfute (réfutait ? cf. *supra*, n° 21) tout critère de partage entre la morale et le droit (72), ce dernier étant appelé assez logiquement à s'emparer du « tout » de l'homme pour assurer la promotion du changement. F. RIGAUX ne paraît pas faire de réelle distinction entre l'individu et la personne, entre la société et la communauté (73).

Le droit se voit ainsi confier la tâche d'implanter un idéal communautaire de partage et d'égalité dans la société civile.

Tâche exorbitante dont la mise en œuvre comporte des dangers bien connus, la société civile se révélant généralement rebelle à l'injection d'un idéal de vie plus authentique par ceux qui s'en font les interprètes exclusifs. Il est vrai que la voie n'est pas facile à tracer entre une conception minimaliste prétendant limiter le droit à réprimer les abus de liberté et une conception maximaliste où le droit prescrirait positivement à ses destina-

(67) *Introduction*, p. 371.

(68) *Introduction*, p. 373.

(69) *Introduction*, p. 346 ; le texte qui suit se réfère principalement à l'*Introduction* où l'auteur a le plus largement développé ses conceptions. La 7^e *Leçon* paraît cependant amorcer une évolution.

(70) *Introduction*, p. 349.

(71) *Introduction*, p. 347.

(72) V. p. ex. « Le droit au singulier et au pluriel », p. 19 où l'auteur considère qu'il n'y a pas de solution de continuité entre l'impératif juridique et la règle morale. L'opposition droit-morale serait factice. Comp. les opinions en sens contraire exprimées dans la 7^e *leçon*, n° 161 et s.

(73) Plus précisément les notions sont clairement exposées comme distinctes (*Introduction*, pp. 22 et s.) mais l'auteur paraît les confondre quand il proclame son idéal du droit.

taires les comportements devant mener à une société plus juste (74).

24. Risquons une dernière observation : par un singulier paradoxe, F. RIGAUX, qui repère si finement les lieux et les dérives du pouvoir dans ses analyses juridiques, paraît en méconnaître la réalité quand il assigne au droit la tâche de mettre en œuvre une société plus juste. Qu'on le veuille ou non, tout pouvoir, s'il n'est pas contredit et même s'il est contredit, tend à prendre ses destinataires pour des choses (75) si bien que se fige et parfois se perd l'idéal initial, même généreux et que, par une sorte de pesanteur fatale, ce qui devait être un projet libérateur devient, s'il n'est pas constamment vivifié, au pire un instrument d'oppression, au mieux un objet de dissertation.

C. — *Le temps du futur*

25. F. RIGAUX conjugue le droit au futur. Partons des textes.

A propos du droit en général (76) : « ... à l'idée du droit naturel antérieur au droit positif qui le complète ou le spécifie, il faut substituer celle de valeurs que le droit fait jaillir de son propre devenir et qui se profilent dans l'avenir au lieu d'être un héritage du passé. »

A propos du juriste cependant : « Le juriste est l'homme du présent ; la fidélité au passé, le respect de la tradition soutiennent des solutions actuelles et perdent leur efficacité dès qu'un

(74) Comp. M. FOUCAULT, « Le souci de la vérité », *Magazine littéraire*, mai 1984, p. 23 : « Rien n'est plus inconsistant qu'un régime politique qui est indifférent à la vérité ; mais rien n'est plus dangereux qu'un système politique qui prétend prescrire la vérité. La fonction du « dire vrai » n'a pas à prendre la forme de la loi, tout comme il serait vain de croire qu'elle réside de plein droit dans les jeux spontanés de la communication ... » ; voir aussi E. MOUNIER, *Le personnalisme*, P.U.F., 1971, pp. 46 et s. et la distinction entre les différents types de collectivité.

(75) Ceci a été admirablement exprimé par P. VALÉRY (*Œuvres*, La Pléiade, t. II, pp. 973 et s.) : « ... toute politique tend à traiter les hommes comme des choses, puisqu'il s'agit toujours de disposer d'eux conformément à des idées suffisamment abstraites pour qu'elles puissent, d'une part, être traduites en actions, ce qui exige une extrême simplification de formules ; d'autre part s'appliquer à une diversité indéterminée d'individus inconnus ... De toute façon, l'esprit ne peut, quand il s'occupe des « hommes », que les réduire à des êtres en état de figurer dans ses combinaisons. Il n'en retient que les propriétés nécessaires et suffisantes qui lui permettent de poursuivre un certain « idéal » (d'ordre, de justice, de puissance ou de prospérité ...) et de faire d'une société humaine une sorte d'œuvre, dans laquelle il se reconnaisse. »

(76) *Introduction*, p. 370 ; v. aussi plus loin : « La valeur fondamentale du droit est la prospective. »

avenir nouveau se dévoile mais seulement pas à pas et dans la mesure où ce très proche futur s'incorpore au présent ... » (77). Plus loin dans le même article : « ...il (le droit) aide le présent à construire un avenir meilleur » (78).

A propos de l'interprétation : « Le sens de la Constitution ou de la loi ne doit pas être cherché dans un passé mythique mais dans le futur des interprétations qu'elles recevront ... » (79).

Dernier extrait à propos du juge, « ministre du sens » : « ... la loi n'acquiert un sens que par l'application qui en est faite, sa vérité est au-delà d'elle et non en deçà, ... aucun précepte de la loi ne reçoit son sens d'un tréfonds législatif, il devient significatif par l'application qui en est faite et grâce à l'interprétation que celle-ci implique. En découle aussi le caractère illusoire d'une légendaire « norme fondamentale ». La vérité n'émane pas d'un « passé » mythique, elle ne se laisse découvrir que dans l'avenir. La tradition nous livre un langage et un réseau de significations qui cessent d'être pertinents au moment même où ils sont mis en œuvre. En tout ordre juridique, les institutions ont le pas sur les normes » (80).

26. Certains auteurs (81), présentant une sorte de typologie des multiples temporalités des systèmes juridiques considèrent que le temps de la législation est un temps prométhéen, futuriste parce qu'une législation « anticipe un état de choses possible » (82).

Le temps du juge serait selon les mêmes auteurs « un temps cyclique de l'alternance entre l'avance et le retard » (83).

Quant au temps de la doctrine, il serait traditionnellement considéré comme « intemporel » (84), la dogmatique juridique ayant tendance à se déployer « dans une forme de présent omnitemporel destiné à suggérer la vérité permanente des principes

(77) « Le juriste dans la société de demain », *Revue des Amis de l'Université de Louvain*, 1979, p. 119 ; comp. C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, P.U.F., 1985, p. 54.

(78) *Art. préc.*, p. 124.

(79) « Droit et pouvoir ou la quête de la validité » in *Droit et pouvoir*, Story-Scientia, 1987, p. 12.

(80) « Le juge, ministre du sens », *art. préc.*, p. 92.

(81) M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, P.U.F., 1988, pp. 225 et s.

(82) *Op. cit.*, p. 228.

(83) *Op. cit.*, p. 225.

(84) M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *op. cit.*, p. 226.

invoqués et à mettre ceux-ci à l'abri de tout contexte historique qui pourrait en relativiser la portée » (85).

27. Les conceptions de F. RIGAUX ne paraissent pas s'inscrire dans la typologie (trop) rapidement évoquée ci-dessus. Pour lui, le temps de la jurisprudence, comme celui de la législation, est un temps prométhéen. Le temps de la jurisprudence serait le futur, ce qui coïncide, semble-t-il, avec la valeur « quasi normative » que l'auteur attache à l'interprétation jurisprudentielle de la règle de droit (86).

Quant à l'œuvre de F. RIGAUX, elle n'a rien d'une dogmatique intemporelle. Elle affiche ses présupposés, consciente de sa relativité qui lui est d'ailleurs communiquée par la relativité des systèmes juridiques analysés. Même si elle est imposante, elle demeure ouverte, aussi éloignée que possible des massifs doctrinaux un peu hiératiques et impersonnels dont le discours lisse et clôturé paraît avoir résorbé avec succès toutes les failles.

D. — Un positivisme modéré ?

28. La singularité de F. RIGAUX a été soulignée : réaliste et volontariste à la fois, inductif mais tout de même fabricant de concepts, critique d'autant plus avisé du droit positif qu'il prend celui-ci au sérieux, tenant du pluralisme juridique mais revenant dans ses derniers textes, à une distinction nette entre le droit et la morale. F. RIGAUX est-il, devient-il positiviste et en quel sens ?

La question, pour autant qu'elle ait un sens, est d'autant plus difficile à résoudre que F. RIGAUX n'a jamais, sauf erreur, fait de profession de foi à cet égard et que le concept même de positivisme paraît bien flou (87). Qu'y a-t-il de commun en effet, entre Kelsen, représentant le plus éminent du positivisme logi-

(85) *Ibid.*

(86) Ceci, selon l'auteur lui-même serait la conséquence logique du pluralisme juridique qui est amené à attribuer au précédent jurisprudentiel une « force normative assourdie » (« Le droit au singulier et au pluriel », p. 55) Comp. C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, 1985, p. 82.

(87) Cf. les différentes définitions du positivisme citées dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Story-Scientia, L.G.D.J., 1988, pp. 306 et s.

que et F. Ewald, qui, dans la suite des travaux de M. Foucault (88), se revendique d'un positivisme radical (89) ?

Pas grand-chose, hormis peut-être, pour des raisons et à partir de méthodes bien différentes, le rejet d'un droit naturel immuable, antérieur et extérieur au droit positif, droit naturel dont le droit positif ne ferait que transcrire les prescrits déduits de la réflexion rationnelle (90). A la « lumière » (si l'on peut dire) de cette définition toute négative et bien grossière, F. RIGAUX pourrait certainement être rangé dans le cercle (très ouvert...) des positivistes (91).

29. A défaut d'une définition « positive » du positivisme (92), peut-être est-il possible de situer la pensée de F. RIGAUX par rapport à certains traits de doctrine caractérisant ceux qui s'affirment positivistes ou sont qualifiés tels par leurs pairs, zélateurs ou détracteurs.

Tout d'abord un *positivisme modéré* (93) met l'accent sur l'autonomie de la règle de droit et sur la spécificité des méthodes de ceux qui la créent ou l'interprètent.

Dans une certaine mesure, la vérité du droit se trouve dans le droit ce qui signifie :

1° qu'il ne faut pas l'attendre d'un utopique « métalangage qui permettrait de jeter sur le droit un regard critique, donc externe et cependant respectueux de la normativité qui en fait l'essence propre » (94) ;

2° que la science du droit est maîtresse de ses méthodes et de son objet. C'est donc au juriste, à la communauté des juristes et à eux seuls « de déterminer les conditions auxquelles un système normatif peut être qualifié de juridique. Les critères de juridicité sont une question de droit » (95). A cet égard, même

(88) Lui-même parfois qualifié de positiviste mais dans un sens bien particulier : cf. V. DESCOMBES, *Le même et l'autre*, Ed. de Minuit, 1979, p. 138.

(89) F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset, 1985, p. 30.

(90) Sur les différents sens du droit naturel, v. la 7^e Leçon.

(91) V. explicitement *Introduction*, p. 370.

(92) Qualifié dans le *Dictionnaire* précité de « mode d'approche du droit », de « théorie du droit » et d'« idéologie ».

(93) Pour une classification des différentes variantes du positivisme, S. GOYARD-FABRE, « De quelques ambiguïtés du positivisme juridique », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Université de Caen, 1988, n° 13, pp. 29 et s.

(94) F. RIGAUX, « Droit et pouvoir », art. cité, p. 4.

(95) F. RIGAUX, 7^e Leçon, n° 162.

si les analyses du droit que proposent l'économie, la sociologie ou la psychologie par le prisme de leurs méthodes propres sont utiles, le juriste ne doit pas « se laisser intimider par ce qu'il peut tenir pour des voies de fait commises au nom d'autres disciplines scientifiques » (96) ;

3° que si un droit naturel existe, celui-ci n'est pas un autre droit à côté ou au-dessus du droit positif mais une sorte de rationalité immanente, de principe interne de jugement propre à l'ordre juridique (97).

30. Certains traits de pensée séparent nettement F. RIGAUX des formes « dures » ou plus radicales du positivisme.

1° Rejet du positivisme étatique faisant de l'Etat la seule source de droit, dont le respect est assuré par le recours à la contrainte matérielle sur un territoire physiquement délimité, ce qui est une conception (trop) étroite de l'effectivité (v. *supra*) (98).

2° Rejet, apparemment, du formalisme juridique en tant qu'il admet la validité d'une règle de droit quelle que soit la valeur de son contenu pour autant qu'elle satisfasse aux procédés d'élaboration prévus par le système juridique dont elle relève.

Sauf erreur, F. RIGAUX n'a pas systématisé sa pensée sur ce « test » (99) que constitue pour toute philosophie du droit le problème des lois injustes (100).

3° Rejet du positivisme logique selon lequel l'ordre juridique constitue un système fermé, complet et clôturé (101).

Même conceptualisés, ce sont des « faits » que le système juridique entend régir et l'importance que Kelsen lui-même accorde

(96) F. RIGAUX, « Le droit des peuples », *Mélanges F. Dehousse*, 1979, p. 92.

(97) Cf. A. LACHIEZE-REY, « Note sur la notion de droit naturel », *Chronique sociale de France*, n° 3/4, p. 87 : « Comme il y a une norme intérieure de l'ordre économique qui est de produire et non de détruire (cf. F. PERROUX disant que l'économie ne peut pas penser jusqu'au bout la destruction), il y a une norme intérieure de l'ordre juridique qui est de permettre et de garantir la coexistence de libertés. On ne peut concevoir un système juridique qui se donnerait explicitement pour but la suppression des libertés. »

(98) F. RIGAUX n'affirme évidemment pas que le droit étatique ne serait pas une forme d'ordonnement juridique. Il paraît même considérer que c'est la forme d'ordonnement juridique la plus complète (cf. *Droit international privé*, t. 1^{er}, 2^e éd., Larcier, 1987, p. 15). Sur la conception trop restrictive de l'effectivité proposée par Kelsen, cf. not. 7^e Leçon, n°s 205 et s.

(99) A. RENAULT et L. SOSOE, *Philosophie du droit*, P.U.F., 1991, p. 41.

(100) V. cependant sur le formalisme de l'Etat de droit et sa critique, *Introduction*, p. 350.

(101) 7^e Leçon, n°s 197 et s.

à l'effectivité comme critère de juridicité (102) contredit l'autonomie logique prétendue du droit à l'égard du donné de fait.

31. Au terme de ce parcours, où ont été fixés bien subjectivement ces « repères que chacun identifie pour soi-même » (103), beaucoup de questions demeurent en suspens.

Mentionnons-en quelques-unes :

— L'effectivité demeure tout de même un critère important de la juridicité. Mais si elle ne se réduit pas à la menace d'une contrainte étatique s'exerçant sur un territoire délimité, est-il encore possible, comme le fait l'auteur dans sa dernière Leçon, de revenir à une distinction tranchée entre le droit et la morale ?

— A partir du moment où, comme cela semble être le cas, la jurisprudence acquiert valeur quasi normative et se voit dans une matière aussi fondamentale que celle des libertés de la personnalité reconnaître un pouvoir d'appréciation élargi, le rôle de la science du droit n'est-il pas de lui donner des orientations plus précises que celle consistant à appliquer la méthode de pondération des intérêts ?

D'autre part, le pouvoir ainsi reconnu à la jurisprudence ne pourrait-il amener à reconsidérer ou à préciser le concept d'effectivité en fonction de sa mise en œuvre par les tribunaux (104) ?

Si la réponse à cette question est négative, où se situerait alors le droit, ni tout entier dans la règle « lettre morte », ni tout entier dans son interprétation (105) ?

— Si comme le dit l'auteur, après avoir réfuté l'identification du droit et de l'Etat et dissipé les mirages de la territorialité, le droit est une « chose mentale » (106), faut-il encore le définir en fonction de son effectivité ou de sa validité ? Ne faut-il pas plutôt affirmer que le droit n'existe pas ou qu'il n'est qu'un symbole dont il faudrait repérer les traces dans nos catégories de pensée ?

(102) 7^e Leçon, n° 205 ; voy. déjà « Le droit au singulier et au pluriel », p. 53.

(103) *Protection de la vie privée*, p. 6.

(104) Conception apparemment désapprouvée par F. RIGAUX, dans *Droit public et droit privé*, p. 312.

(105) Voy. les réflexions de C. ATIAS, *op. cit.*, p. 151.

(106) *Droit public et droit privé*, p. 444.

32. Ces questions d'un lecteur parmi d'autres n'existeraient pas si l'auteur, par ses écrits, par ses réflexions, ses hésitations mêmes ne les avait suscitées.

Au terme de ce parcours, je peux maintenant mieux dire : ce qui rend l'œuvre de F. RIGAUX féconde c'est que dans sa recherche constante de cohérence, d'unité et de vérité plus grandes qui fait sa valeur scientifique, elle reste imparfaite, inachevée, ouverte aux interprétations de ceux qui la lisent (107), aux interrogations de celui qui la porte et qui est porté par elle, qui la change et se change en elle. Parce qu'un auteur véritable est toujours au travail, à l'œuvre. Pour être meilleur que soi-même ; parce qu'il n'a jamais dit son dernier mot, parce qu'il cherche toujours obscurément à le dire.

Xavier THUNIS

(107) « La destinée, le futur d'un écrit, appartient à l'avenir, que d'autres élucideront et écriront plutôt qu'à une genèse ... » (*Protection de la vie privée*, p. 6).