

OBSERVATIONS prononcées à la suite de la communication de M. Pol Boucher
(séance du lundi 31 mars 2008)

Jean Baechler : Il ressort de votre communication que le droit pourrait être pour Leibniz un langage plus ou moins cohérent qu'il se propose de porter à un état de cohérence parfaite afin d'éliminer contradictions et perplexités. Si l'on définit le langage comme un algorithme ou un système ou une méthode générale d'engendrement d'une infinité d'énoncés singuliers, la démarche se comprend aisément.

Il se pourrait que pour lui le langage fût une métaphore. Dans cette hypothèse, quelle serait la substance que traduit la métaphore ? Mais il se pourrait aussi que le droit fût lui-même un langage, ce qui induit la question de savoir si ce langage est autoréférentiel – et dans ce cas, sur quel fondement s'appuie-t-il ? Comment évite-t-il l'arbitraire ? – ou bien si ce langage n'est pas autoréférentiel – et dans ce cas, quelle est sa référence ?

Mais Leibniz n'est pas seulement juriste, ni même philosophe du droit. Son œuvre dépasse de beaucoup le champ des considérations juridiques. D'une part, il a poursuivi presque toute sa vie le projet de fonder une mathesis générale, un langage universel qui rendît compte de tout. D'autre part, il s'intéressait aux singularités, c'est-à-dire au concret. Dans le domaine du droit, cela donne d'un côté un système général du droit et de l'autre une casuistique, soit, en cherchant des référents dans le passé, Raymond Lulle d'une part, et Barthole de Sassoferrato d'autre part.

Dans quelle mesure cette polarisation entre le général et le singulier n'a-t-elle pas été résolue par Leibniz dans sa théorie de la monadologie ? Il me semble en effet que les monades sont simultanément des totalités singulières et des singularités totales. Ne pourrait-on pas alors comprendre que le fondement du droit se trouve dans une monade ?

*
* *

Emmanuel le Roy Ladurie : Mon ami Alfred Soman, qui a beaucoup étudié la sorcellerie au XVI^e siècle à partir de documents originaux, disait qu'il se serait volontiers laissé torturer par le Parlement de Paris, parce que la torture y était « humaine » : un verre de vin rouge était en effet proposé après la torture, laquelle se déroulait toujours en présence d'un médecin. Comment qualifieriez-vous la torture telle qu'on la pratiquait à l'époque outre Rhin ?

*
* *

Jacques de Larosière : Votre exposé me ramène à des problèmes juridiques que rencontre l'Union européenne. En effet, il existe dans l'Union européenne la coexistence de droits particuliers de caractère territorial et d'une législation générale de caractère communautaire.

La recherche par Leibniz d'une coexistence rationnelle des législations particulières (mais non d'une unification systématique) est un peu ce que cherche à faire l'Europe,

notamment grâce au concept de subsidiarité. Ce concept est facile à définir : ce qui n'est pas essentiel à la promotion des objectifs de l'Union, peut et doit rester du domaine des nations. Existe-t-il chez Leibniz quelque chose qui préfigurerait la subsidiarité ?

*
* *

Gilbert Guillaume: Leibniz s'est intéressé à l'unification du droit, civil et pénal, selon des normes rationnelles. S'est-il également intéressé, compte tenu de la situation de l'Allemagne à son époque, au droit des gens, que l'on appelle aujourd'hui le droit international public, c'est-à-dire au droit des relations entre les États ?

*
* *

Alain Plantey : J'aurai trois questions.

Est-ce que Leibniz a conçu les différences de concepts qui se trouvent derrière les différences de langues ? A-t-il pris en compte la spécificité du monde asiatique ou celle du monde arabe – déjà bien connus à son époque ?

Leibniz a-t-il analysé la prédominance de certains concepts ?

A-t-il défini le rôle du juge dans le champ du droit ?

*
* *

Réponses :

À Jean Baechler :

La philosophie leibnizienne peut être définie comme un monisme rationaliste en vertu duquel notre esprit et l'esprit divin ont en partage la même rationalité, au degré d'extension près, puisque Dieu est capable de soupeser l'infinité des circonstances impliquées dans chacun des mondes possibles, pour choisir le meilleur, tandis que nous en sommes incapables du fait de notre finitude. Mais dans son cas, comme dans le nôtre, l'objectivité du choix provient du fait que le calcul porte sur les termes et leurs rapports réels, c'est-à-dire sur ce qui peut être aussi bien interprété confusément comme des êtres ayant une existence matérielle, qu'être pensé clairement, comme des principes métaphysiques d'action (i.e. des monades). Certes le langage peut-être considéré ici comme autoréférentiel, puisque nos raisons se fondent en dernier lieu sur celles contenues dans l'esprit divin, et que ces dernières n'ont pas d'autres justification qu'elles-mêmes. Mais ce caractère autoréférentiel n'implique pas l'absence de certitude, comme dans le cas d'un dictionnaire où chaque mot est à ce point défini par les autres qu'on ne parvient jamais aux termes fondamentaux, car l'expression complète des circonstances d'un acte, aboutit finalement à l'égalité entre le sujet et la somme de ses prédicats, c'est-à-dire à la certitude du principe d'identité.

De ce point de vue, le projet de *Scientia Magna* ou de calcul universel qu'on retrouve imparfaitement abordé par Lulle, aux dires de Leibniz, n'est qu'une application de la démarche de rationalisation du Droit qui se développe pendant les XV^e et XVI^e siècles. Il ne faudrait donc pas lui opposer la casuistique, car l'objectif de

cette approche individualisée des situations qu'on retrouve dans les théories des topiques, n'est pas d'aboutir à la parcellisation du savoir et à la subjectivité des réponses, mais au contraire, de parvenir à une subsumption indiscutable de l'espèce dans son genre, par l'examen complet des circonstances. Pour le dire brièvement, la casuistique juridique du XVI^e dont Leibniz reprend les conclusions dans ses travaux de codification (en particulier dans sa théorie de l'ordonnancement des exceptions), n'est qu'une application systématique des procédés de classification. Il est donc parfaitement légitime d'introduire ici la notion de monade, définie comme une totalité singulière et une singularité totale, puisqu'on y découvre un même principe d'intégration des parties les plus infimes dans le tout. Mais cette thèse qu'on pourrait soutenir du point de vue théologique de la justice divine, n'apporte rien du point de vue de la justice humaine. En effet, si l'on peut soutenir que l'accord entre les monades relève de l'harmonie préétablie parce que ces principes métaphysiques d'action sont par essence « sans portes ni fenêtres », le caractère empirique du Droit impose d'accorder une réalité physique et objective aux relations qu'entretiennent les individus.

À Emmanuel Le Roy Ladurie : En droit français, la recherche de la preuve est prioritaire sur l'aveu, et ce dernier ne peut être obtenu par la contrainte qu'en présence d'un fait constituant une preuve pleine, ou d'un concours d'indices permettant d'aboutir à une très forte probabilité. Cette caractéristique est partagée par de nombreuses législations étrangères et on la retrouve dans des codes de droit criminel comme la *Caroline* de 1532, où l'usage de la question est assorti de règles limitatives s'appliquant en cas de doute. En revanche, la quatrième partie de la *Jurisprudentia forensis romano-saxonica* de Carpsov, consacrée au droit pénal, témoigne d'une attitude très différente. L'application de la question n'exige pas la certitude, ou à défaut, la disparition du doute raisonnable. On l'applique également pour lever un doute qu'on pourrait qualifier de déraisonnable, comme dans le cas du couple adultérin découvert, comme dit le texte, *pudenda in pudendis*, et qu'on soumet à la question pour savoir si l'adultère a été consommé jusqu'à l'émission de semence. De même, on y découvre une véritable accumulation de cas pour lesquels on applique une peine capitale. Plus de 200 types de crimes aboutissant à cette extrémité résumée par l'expression *punitur gladio*, sont énoncés dans la quarantaine de *Constitutiones* formant cette quatrième partie, où la minorité n'est pas une excuse pour l'application de cette sanction. Il semble donc y avoir une différence notable entre le droit allemand et le droit français sur la question des châtiments et de la torture, dont la raison d'être tient sans doute à la différence des contextes historiques de leur rédaction. En effet, l'ouvrage de Carpsov, réédité en 1668, au moment même où Leibniz publie sa *Nova Methodus*, paraît en 1638 alors que la Guerre de Trente ans n'est pas terminée. Il semble ainsi constituer une réponse répressive à une situation d'extrême désordre social.

À Jacques de Larosière : Deux tendances se dessinent dans les travaux leibniziens de codification. On trouve d'une part des projets d'organisation systématique visant à assurer la prévisibilité des solutions, en interdisant de recourir aux techniques d'interprétation des lois, surtout quand elles s'appuient sur la considération de l'intention supposée du législateur, et en généralisant l'usage du référé législatif en cas d'incertitude. Le *De Justitia et Novo Codice* de 1678 en est un exemple parfait. Leibniz y défend une position strictement positiviste et refuse d'accorder au juge un pouvoir interprétatif, et surtout créateur de droit. Il exclut en conséquence le recours à la *ratio legis*, la *communis opinio doctorum* et la possibilité

d'ajouter des exceptions pour compléter la généralité des lois et l'adapter aux nouveaux cas. Un tel principe d'application littérale a évidemment deux conditions de possibilité. Il faut qu'on puisse assurer la complétude du droit par la généralité et l'exhaustivité de ses énoncés, afin que tous les cas d'espèces soient, ou bien traités par simple application de la règle valant pour le genre, ou bien prévus à titre d'exceptions, ou bien ramenés fictivement à des catégories existantes, ou bien enfin, purement et simplement ignorés.

Des difficultés pratiques et théoriques affectaient cependant cette conception. Il fallait, en effet, tenir compte de la lenteur institutionnelle du référé législatif et de l'impossibilité d'interdire au juge de recourir à la *ratio legis*, puisque la simple qualification d'un fait impose d'opérer un tri (et parfois un choix), entre les circonstances accidentelles et les circonstances essentielles de ce fait. Elles conduisirent Leibniz à développer d'autres travaux moins réformateurs, où l'enjeu n'était plus d'aboutir à l'équivalent d'un ordre hiérarchique kelsénien, mais de concilier des sources et des pouvoirs juridiques différents, tout en assurant leur cohérence d'ensemble. La question du caractère dérogoratoire de l'espèce par rapport au genre y redevenait alors centrale, puisqu'il s'agissait finalement d'accorder les deux règles *generi per speciem derogatur* (on déroge au genre par l'espèce) et *semper species generalibus insunt* (les espèces sont toujours comprises dans le genre), que la compilation du Digeste, essentiellement jurisprudentielle, avait réunie dans le *De regulis juris antiqui* (D.50.17), parce qu'il est dans la nature même d'un droit jurisprudentiel de devoir tenir compte des dérogations à la norme introduites par une décision de justice adaptée aux cas d'espèces, ou par voie réglementaire. L'unité du droit serait alors progressivement anéantie, au profit d'une énumération de précédents contradictoires, si l'on ne définissait pas une hiérarchie des sources délimitant le domaine d'application des dérogations pouvant être introduites par une instance de degré inférieur, afin que la règle générale continue de s'appliquer à des matières relevant de l'intérêt général, nonobstant les dispositions contraires pouvant être prises par des instances locales pour des raisons particulières n'affectant pas l'intérêt général. Le principe de subsidiarité qui prend la forme d'une délimitation des frontières entre la « provision de l'homme » et la « provision de la loi » (cf. l'article *provisio* dans le *De Axiomatibus* de Barbosa), s'avérait ainsi inséparable d'une conception du droit où les codes nationaux sont intégrés dans un *jus commune*.

À Gilbert Guillaume :

Le fait que Leibniz ait passé un temps considérable à composer un *Codex Juris Gentium*, témoigne de l'importance qu'il portait aux questions de conflits relevant du droit international public. Il en est de même du *De jure suprematus ac legationis principium germaniae* qu'il écrivit en 1677 à l'occasion du Congrès de Nimègue pour régler la question controversée du partage du pouvoir suprême entre principautés ennemies. On pourrait enfin étendre cette conclusion à l'ensemble des travaux qu'il rédigea dans le cadre de ses fonctions de Conseiller, lors de voyages et d'ambassades à Paris, Hanovre, Berlin ou Vienne. Ses premiers traités présentent cependant cette originalité d'aborder les conflits du droit international public en leur appliquant les concepts de la scolastique et les principes d'un calcul universel. Cela donne parfois des textes assez peu convaincants, comme le *Specimen demonstrationum politicarum pro eligendo rege polonorum* qu'il rédigea dans sa prime jeunesse pour démontrer mathématiquement la nécessité de choisir Philippe-Guillaume de Neubourg comme roi de Pologne, plutôt que le Tsar de Moscou, Condé ou Charles de Lorraine. Mais cela donne aussi des résultats intéressants de manière

directe ou indirecte, du fait même de la méthode utilisée. Ainsi, la *Quaestio illustris de 1675* ou le *De gradibus prohibitis* de 1680 ont pour intention de justifier l'opposition aux tentatives annexionnistes de la France, en démontrant que les principautés allemandes dont les princes sont réputés issus d'unions consanguines d'après les règles de droit canonique, ne peuvent être considérées comme *res nullius*, parce que le mode de calcul rendant leurs dirigeants illégitimes, ne s'applique pas au droit saxon, seul compétent en la matière. L'argumentation reprend à cet effet, le mode de calcul des degrés de parenté à peine entrevu dans le *De gradibus et adfinibus* du Digeste (D.38.10), et réduit le nombre de règles successivement formulées par les *Commentaria super arborem consanguinitatis et affinitatis* du grand canoniste du XIII^e Johannes Andreae, et l'*Usus practicus arboris consanguinitatis et affinitatis in foro saxonico* de Benedict Carpzov, pour aboutir à une seule règle dont le bien-fondé est, pour Leibniz, une conséquence directe de sa généralité.

À Alain Plantey : L'idée d'une langue universelle, impose à la fois de comparer une langue à celles qui lui sont étrangères, et de ramener cette diversité à la simplicité de certains éléments essentiels. Leibniz était ainsi naturellement conduit à étudier les éléments de doctrine rapportés par les voyageurs en terre non-européenne, et en particulier ceux des jésuites dont les missions chinoises lui paraissaient d'un grand intérêt, à la fois philosophique et religieux. L'exemple par excellence en est son analyse des idéogrammes de FO-Hi, où il retrouve une application directe du calcul binaire, autrement dit, une propriété fondamentale de l'arithmétique. Un tel point de vue est évidemment à l'opposé du particularisme linguistique enfermant chaque concept dans le réseau sémantique de la langue dans laquelle il apparaît. Il exprime au contraire l'idée de *jus commune* et en tire toutes les conséquences qu'on pouvait obtenir à l'époque, en comparant les traités de droit coutumier écrits par des auteurs aussi différents qu'Azpilcueta ou Chasseneux. Les particularismes juridiques se réduisent alors à des choix opérés dans l'ensemble des possibles permis par les propriétés formelles des rapports juridiques. Ainsi, le *De Arte Combinatoria* souligne l'insuffisance de la conception romaine du mandat, en montrant de manière combinatoire que le nombre de rapports possibles entre le mandant, le mandataire et le tiers, est supérieur au nombre rapporté par le texte de Justinien. Les concepts abstraits deviennent ainsi de véritables moules, générateurs de dispositions concrètes, et doivent par conséquent obtenir une place éminente dans toute théorie.

La définition du rôle du juge est étroitement dépendante de la façon dont on aborde le droit. Quant il s'agit d'en expurger définitivement tous les facteurs d'incertitude, la fonction du juge est définie de manière strictement positiviste et devient celle d'un organe d'application des lois, n'ayant aucun pouvoir créateur par le biais de la jurisprudence. Quand il s'agit seulement d'en améliorer les conditions d'application, ou d'appliquer les lois à des cas d'espèce, cette fonction est conçue dans le cadre classique de l'*interpretatio legis*. Les éléments de la doctrine scolastique se présentent alors sous la plume de Leibniz et l'on voit apparaître une hiérarchie bien connue : 1^o le juge doit statuer conformément aux lois et à l'adage : *lex quamvis dura est lex*. 2^o En cas d'incertitude, il applique les méthodes classiques d'*interpretatio* et d'*extensio* en examinant la *ratio legis*. La théorie des topiques vient alors à son aide pour lui permettre de prononcer une décision rationnellement fondée. 3^o Enfin, en cas d'incertitude absolue, l'obligation qui lui est faite de statuer le conduit de manière exceptionnelle, à trancher l'affaire en équité.

