

I. Antelogium

Il est enrichissant de constater que la réflexion juridique est un concept qui recouvre plusieurs significations. Il évoque pour beaucoup un amalgame de tendances pas toujours bien définies. Ainsi, quelqu'un s'attendra à des écrits sur des thèmes conservateurs. Un autre sera attiré par ce qu'il qualifierait d'univocité, voire de singularité : sans superflu, sans fioritures. Un autre encore espèrera une approche originale de la pensée humaine, en particulier de la capacité de développement créatif de l'hémisphère droit de notre cerveau, qui viendrait compléter l'hémisphère gauche plus rigide et structuré.

En soi, ces attentes ne sont pas totalement infondées et, l'une plus que l'autre, elles sont concernées par le questionnement des processus de réflexion juridique envisagé dans cet ouvrage.

Bien sûr, le livre s'adresse avant tout aux lecteurs qui souhaitent en savoir plus sur la façon de penser des juristes. Qu'il ne s'agisse pas d'une recherche purement descriptive découle du fait qu'il y a une tension entre le droit et la réalité. La façon de penser des juristes est inextricablement liée à la manière selon laquelle ils pourraient et même devraient penser afin de surmonter ce schisme. Que cette vision puisse apparaître comme prescriptive, même programmatique, est bien voulu. La science juridique n'est pas une science permissive ou contemplative, dans la mesure où telle ou telle définition scientifique l'emporterait. Le droit est une pratique d'application sociale au sens le plus essentiel : une pratique humaine, relationnelle, dont l'essence se trouve dans l'application elle-même. Le droit est réalité, le droit est application : ce n'est pas

schisme

tant celle de la norme au cas, comme Judith Shklar¹ (Harvard) a décrit le légalisme actuel comme une pensée d'application morale, mais d'une approche de la réalité, d'une prise de position comme une forme de réflexion juridique.

Afin de comprendre quelle attitude est nécessaire et de quel développement a besoin la réflexion juridique, ce livre présente d'abord la structure de pensée juridique existante, puis montre dans quelle mesure cette structure, ce cadre est devenu insoutenable dans la société actuelle, et enfin suit l'exploration d'un paradigme juridique qui peut idéalement répondre aux aspirations actuelles et futures.

Réfléchir à propos du droit

réévaluation

La réflexion juridique exige donc – en substance – une réflexion sur le droit. Au fond, chaque réflexion juridique, chaque réflexion du droit et sur le droit, implique une vision du droit à partir de la relation entre le droit et la réalité. C'est pourquoi cet ouvrage propose également une analyse de la vision juridique actuellement en vigueur et la soumet à une réévaluation critique en vue d'un droit plus efficace et meilleur. De même, cette recherche s'ouvre par la question sur le droit par excellence, la question de l'identité de l'idiome juridique, la question de ce qui est et doit être compris comme droit.

¹ SHKLAR, J., *Legalism : Law, Morals and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge, 1964, 2e ed. 1986, p. 1-2 : « the ethical attitude that holds moral conduct to be a matter of rule following, and moral relationships to consist of duties and rights determined by rules ».

Dans le livre, un certain nombre d'auteurs sont considérés des *compagnons de route*, car ils ont récemment activé le débat sur la réflexion juridique. En particulier peuvent être mentionnés Cass Sunstein, Richard Posner et Frederick Schauer, et dans une moindre mesure Ronald Dworkin et Martha Nussbaum. C'est en effet un groupe étrange mais fascinant à fréquenter. Je leur suis redevable et reconnaissant. Pourtant, le livre ne peut être appelé unilatéralement américain ou anglo-saxon. Bien que la littérature européenne actuelle ne soit pas ou moins en pointe dans ce domaine, la sortie du dilemme juridique semble se faire de préférence en passant par des auteurs français comme Jacques Derrida et Gilles Deleuze.

L'expérience du Conseil supérieur de la justice, surtout au cours des huit années au sein de la Commission de nominations et de désignations, s'est révélée tout aussi instructive. Les discussions à bâtons rompus avec les magistrats candidats et les supérieurs de corps ont permis d'aiguiser la connaissance et la compréhension de la façon de penser des juristes. Les sept années passées en tant que doyen d'une faculté de droit ont également été importantes dans ce domaine, d'autant plus qu'au cours de cette période, la soi-disant réforme dite « de Bologne » a été menée, au cours de laquelle l'étude du droit a radicalement changé. Les contacts avec l'un ou l'autre procéduriste autoproclamé ont permis de mieux comprendre la nécessité d'une meilleure sélection éthique des juristes, qu'ils souhaitent devenir avocat, juriste d'entreprise, magistrat, professeur de droit ou doyen.

Bien que le sujet ne se prête pas à une simplification pour les raisons expliquées dans le livre, et qui viennent de la complexité de la réalité, on a tenté de ne pas augmenter inutilement cette complexité avec une structure encombrante ou une prolifération de notes. Le lecteur qui souhaite approfondir certaines par-

l'étude du droit

sélection

vocation

ties est renvoyé à la littérature² qui a précédé ce travail. Des insertions permettent de capturer le texte sous différents angles. Ce livre ne peut être considéré comme non contraignant mais plutôt comme instigateur parce qu'il exige du lecteur qu'il adopte une attitude différente de celle qui est purement contemplative. Dans ce contexte, comme dans le cas de Weber³, le droit n'est pas tant une question de profession, mais positionné comme vocation, puisque la faisabilité du droit dans l'ordre principal dépend des personnes de ce droit, les juristes qui s'approprient la réflexion juridique. En ce sens, le livre vise trois types de lecteurs : le non-juriste, qui veut en savoir plus sur un cadre de pensée qui le détermine depuis sa naissance, voire qui envisage peut-être même de commencer l'étude du droit; l'avo-

² Voir entre autres : FLEERACKERS, F., *Affective Legal Analysis. On the Resolution of Conflict*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000; Id., *Het Vel van de Rechter. Van oordeelsvorming tot conflictregeling*, Larcier, Gent, 2002, édition augmentée 2008; Id. *Het Recht van de Filosoof. Glossarium voor geschillenregeling*, Larcier, Gent, 2006, édition augmentée 2009; *Theorie in het Recht*, Larcier, Gent, 2018.

³ Souvent, lorsque ce sujet est abordé, la littérature juridique flamande fait encore référence à « La politique du juge » (adapt. par B. DEJEMEPPE, Swinnen, Bruxelles, 1983) du regretté professeur louvaniste Walter VAN GERVEN. Bien que le livre fournisse principalement une vue d'ensemble et l'élaboration des idées vécues par l'auteur au cours de sa formation à la faculté de droit de Chicago, l'ouvrage reste à juste titre décisif dans notre région, puisque c'est le premier en ce sens qui a forcé le juriste flamand à se remettre en question et qui a bénéficié d'une large diffusion. Par la suite, l'auteur est resté fidèle au thème dans des travaux plus généraux et des contributions spécifiques. Son collègue gantois Marcel STORME peut également être considéré comme un pionnier dans ce domaine. Et bien sûr, il y avait aussi des professeurs de droit inspirés, qui ont transmis leur paradigme en paroles et par écrit, comme les louvanistes DILLEMANS et BLANPAIN, qui sont mentionnés dans ce contexte en raison de leur force morale et pédagogique. Après tout, l'étude du droit est nécessairement une formation paradigmatique dans laquelle les mots éveillent l'attention, mais surtout des exemples qui montrent le chemin à suivre.

cat-en-formation, qui veut approfondir ce qui constitue le droit; mais aussi et surtout l'avocat pur-sang, qui incarne cette réflexion juridique.

Langue et texte

Les juristes sont des personnes de langue et de texte. Logiquement, ils expriment leur monde sous forme de texte et utilisent un langage juridique pour transmettre des connaissances juridiques. Ce transfert d'idées est crucial, car il crée une communauté de droit, dont font partie les sujets de droit. Dans ce contexte, il est essentiel de savoir comment un avis juridique se forme, ou mieux encore, comment il se réalise. Plus précisément, la question fondamentale qui se pose est celle de la perspicacité juridique du juriste lui-même : comment il utilise les outils ou les instruments qui lui ont été enseignés pour comprendre la réalité d'un point de vue juridique.

avis juridique

Ce livre est le résultat d'une recherche de ce qui reste habituellement non-dit dans le monde juridique. Lorsqu'on interroge les juristes sur leur réflexion juridique, il s'ensuit tout au plus des réponses légalistes et catégoriques sur la simple application de la loi ou du droit comparé. Un coup d'œil dans la tête du juriste qui juge et qui réfléchit est rarement proposé. Quelques-uns osent admettre que leur processus d'évaluation est intuitif, *nec plus ultra*.

Le noyau de ce problème est mis en évidence à l'aide d'un exemple. Pendant trois ans, le même cas a été soumis à un groupe changeant de magistrats à l'Institut de formation judiciaire. L'affaire semblait simple.

Un soir d'été, Mme Inge Janssens (70 ans) descend de l'autobus et marche tranquillement sur le trottoir qui mène à la maison de sa fille.

Les oiseaux sifflent, il y a peu de circulation, les gens sont bien habillés et se saluent chaleureusement, on dirait une 'passeggiata' italienne.

De bonne humeur, Mme Janssens poursuit sa promenade sous un soleil bas et légèrement aveuglant jusqu'à ce qu'elle trébuche sur un pavé du trottoir, tombe et se casse la jambe. Elle tient la commune responsable puisque celle-ci doit s'assurer du bon état des trottoirs.

Toutefois, la commune a répondu ne pas avoir été informée auparavant de la situation des pavés défectueux. Mme Janssens, en revanche, affirme que le pavé avait clairement besoin d'être réparé et que la commune elle-même aurait dû enregistrer le défaut et y remédier plus tôt.

Qui tenez-vous pour responsable, la commune ou Mme Janssens ?

Invariablement, avec ces données limitées, il s'est avéré qu'environ la moitié des magistrats présents jugeaient dans telle ou telle direction. Duncan Kennedy⁴, qui avait lancé un exercice similaire à l'époque, nommerait un groupe composé de « communitaristes » et l'autre « d'individualistes », mais la conclusion demeure la même. Chaque jugement juridique, chaque savoir juridique est largement déterminé par la spécificité du juriste : préjugés et partis pris, ainsi que sympathies et antipathies, mais également expériences contextuelles et personnelles. On peut alors s'attendre à ce qu'un juriste fasse preuve de connaissance de soi lorsqu'il juge. Il doit aussi se rendre compte qu'une application pure et simple de la loi ou du légalisme est avant tout

⁴ KENNEDY, D., « Form and Substance of Private Law Adjudication », *Harvard Law Review*, 89, 1685.

impur, et surtout inadaptée à l'unicité d'un cas (constamment) nouveau. En fait, les discussions avec les magistrats ont montré que beaucoup ont tendance à suivre à la lettre des directives telles que le tableau indicatif sur les dommages-intérêts, même si l'affaire, dans toute sa force, indique une issue différente ou une indemnisation nettement supérieure. De ce point de vue, le juriste de formation classique souffre d'une double cécité : quant à l'effet de ses propres déterminants, ainsi que quant à l'interprétation du légalisme régulier comme une application apodictique du droit. Cette double rigidité doit être combattue par la sélection et la formation.

Sélection et formation

Il va de soi que ce sujet est déterminant, non seulement pour la théorie et la pratique du droit, mais aussi pour la manière dont les futurs avocats ou magistrats sont formés et sélectionnés. Quels jeunes sont attirés par l'étude du droit ? Lesquels sont ensuite éliminés par filtrage et lesquels sont finalement autorisés à se faire appeler juristes ? Comment sont-ils formés et selon quelles normes ? Comment se déroule le processus de sélection afin que l'instruction juridique contribue idéalement à la formation du droit ? Quelle vision de la réflexion juridique et des jugements juridiques sous-tend notre formation universitaire en droit et comment pouvons-nous vérifier que cette vision se traduit effectivement par une offre constante de bons juristes socialement pertinents ?

La réforme de Bologne a été décevante sur le plan du contenu. Bien qu'à l'époque la primauté d'une réflexion large et profonde était primordiale dans les cercles décanaux, on a opté

pour un baccalauréat juridique dense en droit, avec des matières telles que le droit des obligations ou le droit constitutionnel en première année, en partie à cause de la pression concurrentielle des programmes de formation en pratique juridique. Dans les années de maîtrise, les étudiants pourraient étudier des questions plus larges. Bien sûr, la condition est que les bons étudiants, qui peuvent gérer cet approfondissement, soient encore présents dans les années de master.

formation

La conviction qu'une bonne formation en droit présuppose d'abord et avant tout une bonne formation juridique et une bonne sélection demeure centrale. Et pour tester cela, une vision de l'instruction, c'est-à-dire de la formation juridique et de la formation en droit, est nécessaire.

L'examen par le Conseil supérieur de la justice en vue de l'accession à la magistrature s'est révélé être atteint d'une affection similaire. Au fil des ans, cet examen s'est transformé en un monstre polycéphale, réparti sur plusieurs mois, allant de verdicts d'essai et de traités à des tests de connaissances et même à des tests sous forme de choix multiples.

Il va sans dire que les *choix multiples* n'ont pas leur place dans la formation et la sélection juridiques, sauf dans le contexte d'une application directe. Un futur juriste ne devrait pas tant être testé sur « ce qu'il sait » du droit, même s'il s'agit d'une exigence minimale, mais sur « comment » et « pourquoi » le droit est ce qu'il est. Cela ne se mesure pas au moyen d'un test à *choix multiples*, qui génère tout au plus des *juristes comptables*, pas même des juristes professionnels, et encore moins des penseurs de droit.

juristes professionnels

Un nouvel examen a été mis au point ces dernières années, dans lequel on examine idéalement comment le candidat réussit à aborder la réalité fugace et changeante de chaque nouveau cas

avec les instruments qu'on lui a enseignés, qui par définition se rapportent presque catégoriquement et statiquement à la réalité, en vue d'un jugement juridique effectif.

Dans cet ouvrage, l'examen d'entrée est utilisé comme un paradigme théorique et pratique, pour affiner une description de la réflexion juridique d'une part, et pour tester cette description contre la faisabilité d'un processus de sélection d'autre part. Comme expliqué dans ce livre, cet examen se compose de trois parties, dont la première phase examine la compréhension du casus avec des connotations individuelles, mutuelles, sociales et variables, la deuxième phase examine les connaissances juridiques dans ce contexte et requiert un jugement, tandis que la troisième phase examine dans quelle mesure le jugement formé correspond à l'analyse de cas précédente. Tout au long de cet exercice en trois parties, le juriste est jugé sur sa perception de la réalité, ses connaissances juridiques, sa connaissance de soi et la manière dont il utilise le cadre juridique régulier comme un instrument catégorique et statique contre une réalité qui, presque par définition, ne peut être catégorisée et encore moins immobilisée.

Réfléchir à propos de la réalité

La nature qualifiante et catégorisante de l'homme occidental s'avérera être une pierre d'achoppement majeure. C'est précisément à cause de cette façon de penser qui, dans une perspective de certitude statique et par qualification comparative, prive les événements nouveaux de leur variabilité essentielle, de sorte que l'approche catégorielle ne puisse jamais « saisir » ces événements, que le corpus philosophique juridique de ce livre

recherche un mode de pensée qui répond et réfute aussi une telle insuffisance. Cette ligne de pensée se démarque des références bien intentionnées à l'être humain façonnable, qui, par essence, incarne toujours une vision rationalisante de l'homme et de la réalité⁵.

contrepoint

La question est de savoir comment, avec sa pensée objectivante et catégorique, qui a un effet statique, comparatif et paralysant, l'homme peut jamais « saisir » la différence flamboyante de la réalité. Cette « capture » se réfère d'ailleurs comme un lemme directement au cœur de ces problèmes. Si nous voulons « approcher » le mouvement et la différenciation du monde à quelque degré que ce soit, nous devons appeler un contrepoint à chaque acte de pensée de ce que nous continuons à qualifier et à classer microscopiquement dans notre désir d'objectivation. Seul cet attrait contrapuntique nous offre la possibilité éphémère d'approcher la réalité changeante de la différence et de la tension mutuelle qui en résulte. La tentative virtuelle de perspicacité décrite dans ce livre est donc cruciale, de même que la nécessité de la connaissance de soi par rapport aux préjugés. Bien que le but ultime ne puisse être atteint, c'est précisément la tentative (interactive) de l'atteindre qui est essentielle. Cette pensée se réalise comme une attitude, où la réflexion revient au penseur, l'attaque, le pousse. Penser alors n'est rien de plus, mais

attitude

⁵ Voir : UNGER, R.M., *The Self Awakened : Pragmatism unbound*, Harvard University Press, Cambridge, 2007, dans lequel UNGER remet en question le besoin de catharsis. Voir aussi : SYED, M., *Back Box Thinking*, Portfolio, Penguin, London, 2015, dans lequel le journaliste SYED partage le pessimisme du prix Nobel KAHNEMAN sur la rationalisation, alors que PINKER ne fait que soutenir ce don humain : KAHNEMAN, D., *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2011; PINKER, S., *The Better Angels of our Nature*, Viking, New York, 2011. Voir aussi : BURTON, R., *On Being Certain*, Macmillan, New York, 2008, dans lequel le neurologue BURTON définit la sécurité comme un affect mental.

rien de moins que « positionner » le mental : une « attitude de », une « activation différentielle et dynamique de ». C'est Socrate dans son intégralité. Pas tant une « constatation de ne pas savoir » que la recherche de l'attitude qui nous force à penser contrapuntique, à penser en termes de mouvement, à penser la différence.

Prenez Newton. La pomme tombera-t-elle si nous ne le pensons pas ? Bien sûr que oui. Que nous apprend cette observation ? Pour la physique, en tant que théorie objective de la gravité, il n'y a aucun problème. Mais en ce qui concerne notre processus de réflexion, cette observation est absurde. Dans ce livre, l'attention n'est pas centrée sur « la chute de la chute » comme vérité objective, mais sur la manière dont le penseur peut « diriger » sa pensée en la désorientant, ou orienter la pensée hétéroarchique. Dans ce même contexte, le juge est central : le penseur en tant qu'être juge. Comment sa réflexion peut-elle arriver à la dynamique différentielle de la réalité ? Comment peut-il orienter sa pensée, à partir de et contre ses propres préjugés, vers un jugement normatif nécessaire, qui serait alors idéalement lié à la réalité différentielle et dynamique du cas, encore et encore ?

désorienter

L'image du juge comme *bouche de la loi* par crainte d'un gouvernement de juges est non seulement désuète, mais elle est même contre-productive. Avec une légère exagération, il est dit que lorsque le choix entre de meilleures lois ou de meilleurs juges doit être fait, le premier ne l'emporte en aucun cas. Ainsi vaut *summum ius, summa iniuria* quant à la singularité de la législation, pas tant à celle des juges, à moins que l'on ne définisse ces derniers simplement comme des applicateurs, comme des bouches de la loi. Au contraire, la recherche d'une meilleure justice se réalise dans la formation et la sélection des juges, et

*différenciation et
mouvement*

non dans le raffinement des lois, qui ne sont ni plus ni moins que l'expression d'une pensée normative objectivante, qualifiante et classifiante. Malheureusement, cette pensée génératrice de droit s'est également ancrée dans la réflexion judiciaire classique, qui est tout aussi catégorisante et comparative. Mais là aussi, comme dans la pensée au sens large, une issue s'ouvre, surtout dans la pratique interactive, qui conduit les juges, et donc les penseurs, à voir leurs propres préjugés, aussi impossibles soient-ils, et à aborder la variabilité (différenciation et mouvement) de la réalité. Ceci peut être réalisé même avec des interventions mineures, telles que la généralisation des chambres collégiales⁶, comme professé dans ce livre, associée à une formation spécifique pour la gestion des conflits et celle des interactions, et une supervision nécessaire par le président du tribunal.

*dynamique de
différence*

Ce n'est pas tant la modification de la législation que la formation et la sélection des magistrats qui déterminent la réflexion juridique. D'où la nécessité de tester leur *praxis* interactive, la manière dont ils sont capables d'aborder cette dynamique de différence.

Bien sûr, l'enseignant du discours juridique lui-même est sujet et serviteur de ce discours. En soi, cela n'a pas besoin d'être problématique. D'où vient l'obsession de toujours remplir notre pensée objectivement et la rendre objectivante ? La pomme tombe. Darwin avait également raison. Les lois physiques sont indiscutables. Mais l'action humaine, éthique et légale ne suit presque nécessairement pas ces lois. Plus encore, il est peu

⁶ Voir *infra*, sub Captatio Malevolentiae.

logique d'imposer de telles lois à l'action humaine ou d'analyser cette action en fonction d'une telle approche.

L'enseignant du discours juridique est, comme mentionné plus haut, à la fois acteur et partie essentielle du discours juridique. Dans ce contexte, les références dworkiniennes aux points de vue internes ou externes dans l'analyse juridique ou le scepticisme moral⁷ s'éloignent de la question ou sont au moins inutiles. En tant que juge, le magistrat fait partie de l'affaire qu'il juge. Cette affaire n'est pas figée dans la qualification. La question de savoir si la matière est un fait ontologique ne devrait pas être posée par le juge, et ce n'est pas sa tâche. Son test n'est pas une découverte de la vérité. Ici, il faut entendre la « génération de droit » telle que la « génération de signification » ou la « génération de sens ». Encore et encore, chaque fois dans de nouveaux cas.

Et la sécurité juridique ? Terme prétentieux, tout comme la sécurité sociale, ou la sécurité en amour. Même pour plus de sécurité dans la vie, nous souscrivons des assurances. Ce qui reste est un fétiche, une distorsion, une rationalisation de la certitude fictive. Seule une sécurité juridique « affective », voire « incertaine », est utile ici et fait sens, dont le juge est nécessairement le sujet et l'objet, à l'intérieur et à l'extérieur. Cela ne peut pas être compris du point de vue de l'objectivation classique, qui peut offrir peu de place à une « certitude incertaine ». Mais quand vous regardez ce paradoxe du point de vue de l'homme qui réfléchit dans la praxis interactive, un monde s'ouvre (littéralement).

sécurité juridique

⁷ DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, p. 30-33.

L'observation audacieuse d'une image « homogène » possédée par le juge est traître et non essentielle, tout au plus divertissante rétrospectivement. Mais elle ne touche pas le noyau du problème. Cependant, elle met en évidence une incertitude et même un désespoir existants, bien que non externalisés, de sorte que de nombreux procès sont jugés à partir d'une image qui n'a jamais été rendue explicite et ne peut jamais conduire à une conceptualisation de son propre chef. Ce n'est que lors d'une analyse empirique que nous espérons qu'une telle image unitaire existera encore, et ensuite nous montrons peu ou pas de réticence à réunir de tels procès dans des aperçus comparatifs ou des tableaux indicatifs pour des décisions futures, afin de transformer la vision sous-jacente tacite et surtout mal réfléchie, voire inconsciente, en loi !

Le magistrat comme paradigme

interactivité

Tout au long de l'ouvrage, le concept d'« interactivité » s'avérera particulièrement utile pour sortir de l'impasse paradoxale et tester bien que virtuellement la capacité du juriste, à aborder la variabilité essentielle de chaque nouveau casus, même au moyen de son outillage catégorisant.

Une première pierre pour l'examen des nouveaux magistrats a été posée à l'époque à Bruxelles lors de la conception d'une nouvelle matière « Analyse des conflits juridiques », sous l'impulsion du regretté Recteur Constant Matheussen, qui prônait comme nul autre la formation interactive des juristes. Dans ce cours, les étudiants ont appris par l'interaction à rechercher des déterminants de cas (déjà décrits à l'époque comme

étant des « affecteurs »⁸) pour chaque nouveau casus, puis à remettre en question leur propre qualification afin de vérifier si la solution proposée répond à ces « affecteurs ».

affecteurs

Peu à peu, l'importance de ce qu'on appelle les affecteurs de contrepoint⁹ a été reconnue comme un moyen de générer une dynamique différentielle dans une analyse juridique statique et classique. L'interaction et le contrepoint se sont développés en deux concepts centraux, pour lutter contre la rigidité décrite ci-dessus.

Le fait que dans ce livre le magistrat soit présenté comme un paradigme n'a pas besoin de beaucoup plus d'explications. La capacité, voire le don, de juger (*judging, oordelen*), qui détermine

⁸ Le terme est né de la nécessité d'utiliser un idiome ou un lemme propre pour l'interaction ou l'interactivité juridique, « *aeffector* » avec la ligature « ae » étant le résultat de la recherche de la description la plus large possible de tous les « déterminants » qui peuvent avoir un effet (donc un « *affect* ») sur la position et le comportement d'un acteur ou d'une partie en conflit. En ce sens, l'affectivité et l'efficacité du droit sont une extension l'une de l'autre. Tout au long de ce livre, la version ligaturée est réduite au lemme « *affector* » par souci de clarté.

⁹ Tout au long de ce livre, il est fait référence à trois niveaux en métaphore à la vision musicale de Johann Sebastian BACH : son utilisation du contrepoint harmonique, son approche des Variations Goldberg comme externalisation de la différence, et son *Parodieverfahren*, où il réécrit son propre travail encore et encore, de Kantate à H-Moll Messe, Matthäus-passion et Weihnachtsoratorium. En réécrivant ses pensées, le penseur tente d'évoquer une interactivité nécessaire, dans laquelle il devient idéalement un objet virtuel de ses propres pensées et dépasse sa subjectivité objectivante. Cela lui permet de dire la même chose encore et encore, mais à chaque fois d'une manière différente, du moins parce que cela se dit à un moment différent, et dans un contexte différent. Cela conduit progressivement à une perspicacité qui n'est pas seulement créée ou réalisée de manière objective. Ainsi naît une pensée qui ne coïncide pas seulement avec le penseur. Et pour aborder cette instabilité de la réalité (et donc certainement pas pour la « saisir »), les deux positions contrapuntiques (sujet/objet) doivent s'exprimer encore et encore dans une *Parodieverfahren*, comme une répétition d'interactivité contrapuntique.

chaque juriste, est attendue au plus haut degré de la magistrature assise et debout, où le jugement juridique présuppose avant tout qu'il soit capable, par la connaissance de soi et l'interaction en contrepoint, de démêler les différentes dynamiques de chaque nouveau cas sans les étouffer par un ensemble d'instruments figés et statiques.

Cette introduction montre aussi que l'interactivité et la réflexion juridique sont tellement imbriquées qu'elles animent la *praxis* juridique, et plus encore : l'essence de tout événement juridique. Dans ce domaine en particulier, il est regrettable que la compétence des juges uniques fasse l'objet d'une généralisation, alors que le mouvement inverse est particulièrement nécessaire pour les raisons invoquées. De plus, comme l'interactivité détermine essentiellement notre réflexion juridique, il est difficile de comprendre une telle généralisation. Dans une *captatio* finale, cette aspiration s'exprime davantage.

vademecum

promenade

Enfin encore ceci. Bien que le livre soit essentiellement de nature juridico-philosophique, il reste centré sur la pratique juridique et espère interpeller les praticiens du droit, d'où le sous-titre *vademecum* : un guide, un manuel ou un mode d'emploi de la réflexion juridique, qui invite à une promenade, voire à une balade, et finalement à une forme de pensée, dans laquelle le sujet se fond.

En ce sens, il s'agit d'un livre juridique, mais pas seulement, puisque le droit est trop important pour être laissé aux seuls juristes.

Des années d'expérience au sein de la Commission de nomination et de désignation du Conseil supérieur de la justice ne vous laissent pas dans l'ignorance. Les juges décident du droit en interprétant une multitude de lois en matière de casuistique. Comme les lois s'appliquent « *erga omnes* » et n'entrent en

vigueur que dans un cas précis, la nomination des juges est déterminante pour une société. Il est donc unique que les politiciens aient externalisé cette tâche de manière constitutionnelle, sans avoir le dernier mot dans ces nominations elles-mêmes. Il est d'autant plus surprenant que, malgré la nomination parlementaire – et donc politique – de la moitié des membres de la commission, la politique partisane soit *de facto* neutralisée par l'interaction des membres et la conviction que cela correspond à une vision bien fondée de la formation du jugement juridique.

Le droit comme interactivité

Ici aussi, comme tout au long de ce livre, l'interaction est au cœur du droit, de la réflexion juridique et de l'élaboration des lois. Le livre lui-même est structuré selon une division spécifique afin de favoriser une bonne compréhension. Comment exprimer ce qui reste non-dit et sous-jacent ? Si, pour l'instant, les publications sur la réflexion juridique se limitent à une analyse rationalisée de l'argumentation juridique et évitent ainsi le noyau de la recherche, cela ne dispense pas la science d'établir par d'autres moyens le pont inattaquable entre le droit et la réalité. Lorsque les magistrats actifs ne vont pas au-delà d'une référence éphémère au légalisme ou à l'intuitionnisme, la faisabilité réelle de leur réflexion juridique pose problème. Même si chaque être humain juge quotidiennement sur des estimations et des décisions, les magistrats ont en tout état de cause l'obligation de questionner et de comprendre leur propre réflexion. Si les magistrats n'ont aucune idée du fonctionnement de leur propre jugement, y compris de la manière dont leurs propres préjugés en font partie, ni de la manière dont ils peuvent déve-

*légalisme ou
intuitionnisme*

magistrats

lopper et optimiser ce jugement pour mieux refléter la réalité de l'affaire, ils ne méritent pas l'épithète magistral. Tout cela ne facilite pas la rédaction d'un livre. Quoi qu'il en soit, ici non plus, l'analyse scientifique classique ne suffit pas, car elle rationalise et catégorise la fixation sur la clarté, la netteté et l'éclaircissement, souvent au détriment de la différenciation et de la dynamique.

Vade-mecum

Littéralement : viens avec moi, accompagne-moi pour un bout de chemin. Ce livre n'a de sens que s'il réussit à emmener le lecteur dans une expérience virtuelle, qui est plus que le simple résultat d'un raisonnement ou d'une prise de position élaborée dans la raison. Bien sûr, le pouvoir de la raison elle-même peut aussi conduire à l'intériorisation, à la perspicacité. Néanmoins, un bon livre nécessite une stratégie, un processus, voire une façon de penser, qui n'entre pas en conflit avec le contenu présenté.

prolégomène

Alors qu'une monographie¹⁰ antérieure avait tenté d'approcher la mise en garde de Wittgenstein sur le transfert de la perspicacité par un amalgame alphabétique de perspectives sur le même thème, ce livre essaie d'offrir ces perspectives au moyen de prolégomènes non catégoriels et différentiels. Même si beaucoup de considérations introductives sont thématiquement liées, elles fonctionnent par excellence comme de brèves réflexions, déployant progressivement un cadre de pensée idio-

¹⁰ FLEERACKERS, F., *Het Recht van de Filosoof. Juridisch glossarium voor geschillenregeling*, Larcier, Gent, 2009, p. 26-27.

syncrasique. La manière de transférer selon laquelle les lecteurs accèdent au livre en cercles concentriques est en tout cas en contradiction avec une approche analytique qui, comme toujours, s'efforce de transférer la perspicacité pas à pas dans une construction rationnelle. Comme ce livre remet en question en particulier la rationalisation de la réflexion juridique classique, son auteur ne peut s'appuyer sur le conséquentialisme moral ou procédural. Avant que des concepts tels que l'interactivité juridique et la pensée en contrepoint ne soient présentés dans leur mise en œuvre, notamment dans le contexte de l'examen d'entrée à la magistrature, le lecteur déambule¹¹ dans un pointillisme textuel¹², qui l'encourage idéalement à penser selon la manière proposée, tout comme le juriste se frotte idéalement à la réalité. Une analyse classique consécutive et rationalisante ne suffit pas pour aborder cette réalité. L'approche exige plutôt un accompagnement différentiel et dynamique, axé sur le mouvement et la création¹³, dans lequel le penseur juridique saisit et

¹¹ BENJAMIN, W., *Gesammelte Schriften*, Band I/2, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991, p. 558, à propos de : « Der Rausch, dem sich der Flanierende überläßt ».

¹² Plus qu'au pointillisme, puisque figuratif, il est fait référence à l'œuvre de Jackson POLLOCK et à la manière dont il a tenté de réaliser le dynamisme et la versatilité dans une toile. Mais aussi les points du pointillisme montrent comment l'homme peut être touché par une multitude de points initialement indépendants, des contrepoints pour ainsi dire.

¹³ DELEUZE, G., *Logique du sens*, Les Éditions du Minuit, Paris, 1969, p. 15 : « Un corps se retire d'un autre, comme le liquide d'un vase. Les mélanges en général déterminent des états de choses quantitatifs et qualitatifs : les dimensions d'un ensemble, ou bien le rouge du fer, le vert d'un arbre. Mais ce que nous voulons dire par 'grandir', 'diminuer', 'rougir', 'verdoyer', 'trancher', 'être tranché', etc., est d'une tout autre sorte : non plus du tout des états de choses ou des mélanges au fond des corps, mais des événements incorporels à la surface, qui résultent de ces mélanges. *L'arbre verdoie...* ».

traite à maintes reprises les déterminants décisifs dans leur relation mutuelle, différentielle et dynamique.

Que le lecteur en trouve une amorce à travers ce livre, des prolégomènes d'introduction en passant par l'application jusqu'à l'épilogue.

Je salue les nombreux juristes et magistrats qui se sont entretenus avec moi sur ce sujet sensible, en particulier mes collègues actuels de la Commission de nomination et de désignation au sein du Conseil supérieur de la justice : Liliane Briers, Katrien Demeestere, Christian Denoyelle, Hilde Derde, Fritz Horemans, Ria Mortier, Joris Lagrou, Inge T'Hooft, Philip Traest, Joëlle Vandenbulck, Karen Van den Driessche ainsi que leurs prédécesseurs Nico Snelders et Geert Van Haegenborgh qui ont largement contribué à la réalisation du nouveau processus de sélection pour la magistrature. Je leur suis particulièrement reconnaissant de m'avoir permis d'atteindre ce qui arrive rarement aux scientifiques : la réalisation des recherches théoriques dans la pratique. Je leur suis profondément reconnaissant pour l'introduction de cette pratique d'accès à la magistrature. *Ex ordine*, je voudrais remercier le procureur du Roi Franky De Keyzer et le juge de paix Erik Van den Eeden pour leur travail exemplaire et leurs conseils, ainsi que le premier président Bruno Luyten pour son dévouement sans faille à la collégialité comme modèle de justice interactive.

Outre Constant Matheussen déjà mentionné, je voudrais également rendre hommage à titre posthume à Walter Van Gerwen, qui, comme aucun autre a mis des générations de juristes sur la bonne voie. De même Roger Blanpain, Roger Dillemans et, bien sûr, Jan M. Broekman.

Enfin, je voudrais remercier l'éditeur Larcier, en particulier Ellen De Munck, Ruth Depraetere et Herman Verleyen ainsi

que Carl Van Deun, Wouter Maes et Frédéric Amez, pour la version française, rendue possible par le support de la Faculté de lettres de la KU Leuven, campus Bruxelles.

Mais le livre lui-même, ce vade-mecum inadéquat, est pour ma tendre moitié. Pour Karla. Vœux de vie épanouie.