

Du Sinaï au Champ-de-Mars : François Ost entre droit et littérature

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Du Sinaï au Champ-de-Mars : François Ost entre droit et littérature », in *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman — <https://benoitfrydman.com/fr/chapter/2018-du-sinai-au-champ-de-mars-francois-ost-entre-droit-et-litte>

Benoit Frydman

D*u Sinaï au Champ-de-Mars*¹ n'est pas le livre le plus connu de François Ost, mais c'est à mes yeux un livre important tant par le problème fondamental qu'il explore que par la position singulière qu'il occupe dans l'œuvre de l'auteur. La publication de l'ouvrage date de 1999, mais il faut remonter quelques années plus tôt pour en trouver la genèse. L'essai constitue en effet la version remaniée de la contribution de François Ost aux travaux que le Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques (SIEJ) avaient consacrés sous sa direction, de 1993 à 1996, au thème *Droit négocié, droit imposé* ?² Son titre initial jouait avec le texte un peu austère du premier alinéa de l'article 1134 du Code civil : « Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à celles qui les ont faites »³.

J'ai eu la chance de participer pendant ces trois années aux travaux de ce Séminaire, où j'avais été accueilli à bras ouverts, comme tant d'autres avant et après moi, par Michel van de Kerchove et François Ost. Leur bienveillance et leurs encouragements ont, dans la dynamique collective très constructive du SIEJ, accompagné mes premiers pas de doctorant. Ils ont accueilli mes premières publications⁴. J'en garde un souvenir vivant et convivial jusqu'à aujourd'hui et suis heureux de pouvoir exprimer à nouveau ma gratitude à l'occasion de cet hommage.

La reprise par François Ost de son travail, ainsi remis sur le métier et qui le sera encore après avoir pris et mesuré le temps du droit⁵, qui est aussi celui de la fiction, signale la lente maturation en cours d'un grand projet. La traversée *Du Sinaï au Champ-de-Mars* témoigne en effet d'une transition importante dans l'œuvre de François Ost. Au départ de réflexions conceptuelles de théorie du droit, elle entame un cheminement vers le lait et le miel de la littérature. C'est d'ailleurs, je crois, la première contribution de François Ost aux études de « droit et littérature »⁶, qui devient la même année le nouveau thème central

1. F. Ost, *Du Sinaï au Champ-de-Mars. L'autre et le même au fondement du droit*, éd. Lessius, 1999 (ci-après abrégé *Du Sinaï*).

2. Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé* ?, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1996.

3. *Droit négocié, droit imposé* ?, op. cit., pp. 17-107.

4. A l'invitation chaleureuse de François Ost, la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* a accueilli mon premier article : « Philologie et exégèse : un cas d'herméneutique comparée », *RIEJ*, 1994.33, pp. 59-83. – J'ai également pu contribuer aux travaux du SIEJ par un exposé et un article : « Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », in *Droit négocié, droit imposé* ?, op. cit., pp. 231-252.

5. F. Ost, *Le temps du droit*, O. Jacob, 1999. – Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications F.U.S.L., 1999.

6. Dans une note encore discrète, F. Ost rattache d'ailleurs explicitement sa démarche à ce courant d'étude (*Du Sinaï*, p. 25, note 53).

Du Sinaï au Champ-de-Mars : François Ost entre droit...

d'investigation du SIEJ⁷. La plus grande part du livre est en effet consacrée aux analyses de grands « textes littéraires »⁸ tirés, d'une part, de l'*Exode* et, de l'autre, des tragédies d'Eschyle et de Sophocle, qui seront à nouveau reprises et amplifiées, cinq ans plus tard, dans l'ouvrage *Raconter la loi*⁹.

Ce passage au désert a peut-être ainsi permis à l'auteur de se chercher lui-même, de se confronter à ses désirs et à ses tentations, de mûrir une évolution, qui n'est certainement pas une rupture ni même un tournant, mais plutôt la voie d'un accomplissement de sa vocation d'auteur¹⁰. Tous les lecteurs de François Ost savent depuis toujours qu'il est une plume, que le fécond théoricien du droit dissimule mal un écrivain rentré, qui réclame avec de plus en plus d'insistance son billet de sortie. Chez lui, la métaphore n'est plus une figure de style, mais un outil de la pensée qui creuse les significations et structure les concepts. Avec Hermès, son juge modèle, qu'il nous propose comme une alternative tant au juge Hercule de Dworkin, lequel n'est guère plus qu'un surnom, qu'au modèle jupitérien de la loi en majesté, François Ost a déjà investi la figure du mythe¹¹. Hermès, qui viendra d'ailleurs se rappeler au bon souvenir du lecteur dans la conclusion de l'essai¹², dépasse la simple allégorie. C'est le motif qui se trame et s'enrichit sans cesse sur le métier d'une pensée en mouvement, auquel il ne manque plus que de s'inscrire dans la durée d'un récit.

La distance dans le temps et dans l'espace entre le Sinaï et le Champ-de-Mars correspond aussi, dans le livre, à celle à franchir entre la méditation sur le récit fondateur et l'analyse des spéculations philosophiques sur le contrat social. On enseigne que la philosophie serait née en libérant la réflexion sur le monde de la gangue des mythes et des généalogies. Platon lui-même ne cesse de proclamer la supériorité de la pensée dialogique (*logos*) sur les récits (*mythos*) séducteurs et trompeurs du poète et du sophiste. Pourtant, il ne résiste pas dans ses dialogues à placer dans la bouche de Socrate et de ses interlocuteurs des mythes qui constituent encore pour le lecteur d'aujourd'hui les

7. Ph. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove, L. Van Eynde (dir.), *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, Publications F.U.S.L., 2001. Pour François Ost cependant, ce n'est pas un thème comme un autre, mais l'ouverture d'un champ de recherches et de publications, tant collectives qu'individuelles, particulièrement fécond, qu'il mènera désormais en parallèle avec ses travaux de théorie du droit.

8. *Du Sinaï*, p. 25.

9. F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, 2004.

10. La métaphore du passage que je file dans ce texte est présente dans l'essai, de même, dans une moindre mesure, que celle du saut et du moment au désert que j'exploite également. Le lecteur attentif ne manquera pas de les y retrouver.

11. « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, sous la dir. de Pierre Bouretz, Paris, Esprit, 1991, pp. 241-272.

12. *Du Sinaï*, « Hermès encore », conclusion, pp. 123-126.

Benoit Frydman

parties les plus savoureuses de ses oeuvres¹³. C'est que le mythe, ainsi que l'écrivait Claude Lévi-Strauss, est « bon à penser » comme on dit d'un fruit qu'il est « bon à manger ».

François Ost emprunte en sens inverse le chemin d'un retour aux grands récits, qu'il entreprend de cuisiner au fourneau de la recherche pour convier ses lecteurs au grand banquet du sens, mais sans renoncer pour autant aux techniques de l'analyse et du commentaire des textes philosophiques et juridiques. Il revendique d'ailleurs ce mélange des genres et le justifie dans un passage qui mérite d'être cité *in extenso* car il explique la méthode qu'il a conçu pour progresser sur la voie nouvelle, ouverte par le récit, dans laquelle il engage son œuvre :

« (...) il nous faut encore répondre à l'étonnement que pourrait susciter l'utilisation que nous faisons – et qui pourrait paraître passablement éclectique – de textes littéraires en alternance avec des analyses philosophiques et des commentaires juridiques. Cette option est délibérée ; elle répond à un objectif de méthode qui consiste à combiner les ressources du discours narratif à celles du discours argumentatif. De cette mise en résonance de l'événement et du concept, nous attendons un renforcement de leur pouvoir respectif : puissance heuristique du récit et pouvoir analytique de la théorie. Les grands récits sont une source inépuisable de sens ; ils gagnent cependant à passer par le creuset de l'analyse théorique pour déployer leurs virtualités et articuler leurs différentes dimensions. En définitive, c'est toujours à un travail d'élucidation du sens des produits sociaux (textes, événements et pratiques) qu'il s'agit de se livrer ; mais si c'est le récit qui ouvre la voie, il revient à l'analyse de l'aménager ».

Ce premier mouvement vers la littérature en annonce un second qui fera passer François Ost de l'autre côté du miroir de la fiction. Passage autrement délicat de la science à la littérature, du statut d'écrivain à celui d'écrivain, dont témoigne le cas Roland Barthes. L'auteur des *Mythologies*¹⁴ aura mis d'une certaine façon toute son œuvre à essayer de franchir, sans véritablement y réussir en dépit d'un désir évident et d'un talent éclatant. Il a sans doute été retenu par la peur, celle de donner lui-même dans des conventions, que mieux que personne il avait su exhiber, d'un genre dont il avait lui-même annoncé la fin. Ou peut-être davantage encore, la peur de se dévoiler trop intimement dans la fiction derrière lequel l'auteur espère en vain se dissimuler.

13. G. Droz, *Les mythes platoniciens*, Seuil, col. Points, 1992. – « Le mythe a été sauvé de l'oubli et ne s'est point perdu. Il peut, si nous y ajoutons foi, nous sauver nous-mêmes » (*République*, L. X, cité par G. Droz).

14. R. Barthes, *Mythologies*, Seuil, 1957.

Du Sinaï au Champ-de-Mars : François Ost entre droit...

François pose quant à lui ce second pas dans la foulée du premier. Dès 2004, l'année de *Raconter la loi*, il publie sa première pièce de théâtre, *Antigone voilée*¹⁵, qui est aussi sa première « contribution littéraire »¹⁶. « Il faut accorder tout son poids à l'adjectif "littéraire", c'est François Ost qui parle, car une pièce de théâtre est évidemment plus, et autre chose, qu'un débat d'idées ou l'exposé de doctrines savantes »¹⁷. Et il ajoute : « Laboratoire expérimental de l'humain, pierre de touche du jugement moral en situation, la littérature rouvre le champ des possibles, ne reculant pas devant les passages à la limite les plus audacieux »¹⁸.

Ici encore, François Ost effectue ce « passage à la limite » dans la continuité de sa trajectoire. Il prend appui sur le chef d'œuvre de Sophocle, auquel il avait consacré une première analyse, très juste d'ailleurs, dans l'essai *Du Sinaï*¹⁹. Depuis, le mythe n'a cessé de le hanter. Il dirige d'ailleurs, toujours en 2004, avec Lambros Couloubaritsis, l'ouvrage d'analyses *Antigone et la résistance CIVIL*²⁰, auquel très exceptionnellement il ne contribue pas. Mais il lui consacre un long chapitre dans son livre *Raconter la loi*²¹. Si le texte de Sophocle et le mythe qu'il met en scène instituent une possibilité de parler et d'écrire, il ne s'agit plus dans l'*Antigone voilée* « de dire enfin *ici* ce qui était articulé silencieusement *là-bas* »²², suivant le registre du commentaire, mais bien de faire œuvre littéraire de création et d'action. En donnant vie et chair au personnage d'Aïcha, en mobilisant le mythe d'Antigone dans le débat passionné et bientôt politique sur le port du voile à l'école, qui focalise toutes les conversations, en conférant ainsi, à contre-courant d'une partie de l'opinion et de l'intelligentsia très remontée sur la question, de la dignité et du respect à ces jeunes filles stigmatisées et exclues, François Ost s'engage dans le débat public et se dévoile pour le coup lui-même beaucoup plus avant que dans la plupart de ses ouvrages théoriques. Son théâtre est plus proche de celui de Sartre que de Claudel. L'auteur des *Mouches* n'avait-il pas d'ailleurs pour sa première pièce, puisé lui aussi son inspiration dans

15. F. Ost, *Antigone voilée*, Larcier, col. « Petites fugues », 2004.

16. F. Ost, *Antigone voilée*, op. cit., « avant-propos », p. 8.

17. *Idem*

18. *Idem*.

19. « Antigone ou l'auto-transcendance de la cité » in *Du Sinaï*, pp. 70-73.

20. L. Couloubaritsis et F. Ost, *Antigone et la résistance CIVIL*^e, Ousia, 2004. – J'ai eu à nouveau la chance que François Ost m'invite à y contribuer : B. Frydman, « La rhétorique judiciaire dans l'Antigone de Sophocle », op. cit., pp. 161-184, dont les thèses rejoignent d'ailleurs pour une grande part les analyses de François Ost. Celui-ci m'a ainsi inoculé le virus d'Antigone, qui ne m'a pas quitté depuis (B. Frydman, « Les métamorphoses d'Antigone », textes des conférences de la Chaire Michel Villey 2015, *Droit et Philosophie*, vol. VIII, Dalloz, 2017, en cours de publication).

21. F. Ost, *Raconter la loi*, op. cit., ch. III, pp. 153-203.

22. M. Foucault, *L'ordre du discours* (texte de la leçon inaugurale de M. Foucault au Collège de France), Paris, Gallimard, 1971, pp. 27-28, souligné par l'auteur.

Benoit Frydman

l'un des épisodes de l'Orestie²³, qui retiendra également François Ost dans ses premières analyses littéraires ?²⁴

Ce passage à l'acte littéraire de l'*Antigone voilée* se manifeste encore dans le souhait exprimé avec force par l'auteur que sa pièce soit effectivement montée et jouée²⁵. Il sera comblé sur ce point. Il a depuis écrit deux autres pièces et s'est essayé au conte²⁶, autre genre littéraire prisé par la gens philosophique. Nul doute qu'il nous réserve encore bien d'autres surprises, peut-être du côté du roman ou pourquoi pas de l'épopée²⁷.

*

Cet essai, ramassé comme pour mieux sauter le pas de la littérature, ne nous intéresse pas seulement par la position singulière qu'il occupe dans l'œuvre de François Ost, mais aussi par la question qu'il pose, sur laquelle il reviendra souvent dans ces études de droit et littérature, du fondement théologico-politique de la loi et du lien social. La puissance de l'essai tient en particulier à sa forte unité problématique, par delà la grande diversité des textes qu'il analyse, et à la force et la subtilité de la thèse tendue qu'il défend, laquelle demande à être exposée précisément pour ne pas en donner une vision réductrice.

Nous savons que ce texte constitue d'abord la contribution de François Ost à une recherche collective qui s'interroge sur la montée en puissance du droit négocié, lequel tendrait de plus en plus sinon à se substituer du moins à concurrencer le règne du droit imposé. La thèse principale de François Ost est celle d'un enchevêtrement inextricable de la loi et du contrat²⁸. Il y a dans toute loi une part de négociation, de même qu'il y a de l'institution au fondement de tout contrat²⁹. Il n'existerait donc pas, dans la réalité sociale, de forme

23. Jean-Paul Sartre s'appuie sur les *Choéphores* d'qui racontent le meurtre par Oreste de sa mère Clytemnestre et de son beau-père Egisthe.

24. Il s'intéresse cependant moins au crime d'Oreste qu'à son jugement et donc à la pièce des *Euménides*, auquel il consacre la plus longue analyse dans *Du Sinaï*, « Les Euménides ou le triomphe de la parole (Dire le droit) », pp. 63-70. On retrouve d'ailleurs l'analyse de l'Orestie dans la même position éminente au chapitre II de *Raconter la loi* (op. cit., pp. 83-151) dans lequel la vengeance meurtrière d'Oreste et la pièce des *Choéphores*, font cette fois l'objet d'une analyse spécifique (op. cit., pp. 107-114).

25. F. Ost, *Antigone voilée*, op. cit., p. 7. Dans ce passage, l'auteur lance un véritable appel aux metteurs en scène et aux acteurs, mais aussi aux étudiants et aux lycéens, de s'emparer de son texte, de lui donner vie, de le faire suivre de discussions et de débats.

26. J'ai conservé le souvenir émerveillé et le texte intitulé « L'arche et la tour », « petit conte de Noël babélien » que François Ost m'envoya, ainsi qu'à ses amis je suppose, en guise de bons vœux au début du mois de janvier 2007 et qui est certainement le plus beau cadeau de Noël que j'ai reçu cette année-là.

27. Pour être parfaitement clair, ce sont ici des spéculations toute personnelles et je ne suis le dépositaire d'aucune confiance de la part de notre auteur.

28. *Du Sinaï*, p. 15.

29. *Du Sinaï*, p. 13.

Du Sinaï au Champ-de-Mars : François Ost entre droit...

chimiquement pure de la loi ni du contrat, mais bien des molécules combinant, suivant des structures et des doses variables, tant des éléments imposés que négociés. Nous pourrions dès lors tenter d'y voir une nouvelle application de la fameuse loi de la bipolarité des erreurs, souvent mise en évidence dans les travaux de François Ost et Michel van de Kerchove³⁰, qui plaiderait dans le sens d'un compromis entre deux modèles théoriques extrêmes de la juridicité. Mais François Ost réfute par avance cette lecture aristotélicienne de sa thèse : « Il ne s'agit ni d'une voie moyenne qui tiendrait le milieu entre deux extrêmes ni d'une oscillation pendulaire d'un pôle à l'autre », prévient-il dès l'introduction³¹. « Il s'agit bien plutôt d'une dialectique en acte entre deux formes contrastées de production du droit qui sont toujours et à chaque instant compossibles »³². Mais ce n'est pas une dialectique historique, de type hégélienne, « qui conduirait », de manière nécessaire, du Sinaï au Champ-de-Mars, « par le miracle d'on ne sait quelle ruse de l'histoire, du simple au complexe ou du moins bon au meilleur (à moins que ce ne soit l'inverse) »³³.

François Ost entreprend au contraire de montrer le caractère permanent et indépassable de la tension et de l'entrelacs de l'imposé et du négocié au fondement de toute société et de son droit, tels qu'il les met en lumière dans les grands récits de fondation et les formules du pacte social fondateur. Il relativise sur ce point les grandes oppositions classiques de l'histoire des idées, aussi bien entre Athènes et Jérusalem³⁴ qu'entre les Anciens et des Modernes. Il ne s'agit pas pour lui d'opposer l'immanence de la loi de la cité à la transcendance de la loi divine, non plus que la soi-disant autonomie des modernes et à l'hétéronomie des anciens. Au contraire, l'essai a pour but d'exhiber « le paradoxe fondamental de l'intrication du négocié et de l'imposé »³⁵, qui est à l'œuvre aussi bien dans la réception de la *tora* dans l'*Exode* que dans la fondation des institutions de la cité grecque et dans les théories modernes du contrat social. L'auteur ne s'intéresse

30. F. Ost et M. van de Kerchove, « De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit », in *Archives de philosophie du droit*, t. 33, 1988, pp. 177-206.

31. *Du Sinaï*, p. 16

32. *Idem*.

33. *Du Sinaï*, p. 24.

34. Athènes et Jérusalem sont les allégories d'un débat entre la Raison et la Foi dont la culture chrétienne est censée avoir réalisé la synthèse en particulier dans le compromis thomiste. Il retrouve, à l'initiative d'abord de certains penseurs juifs, comme Léon Chestov (*Athènes et Jérusalem. Essai de philosophie religieuse* (1938), Le bruit du temps, 2011) et dans l'œuvre de Léo Strauss, mais aussi chez Franz Rosenzweig et Emmanuel Levinas, la forme du paradoxe ou de la tension irréductible de la raison et la loi/foi, qui est au cœur de ce qu'on appelle « la philosophie juive » (Sur la question en particulier du passage de la transcendance à l'immanence, ou l'inverse, qui l'anime et la travaille en permanence, on lira le livre de Gérard Bensussan, *Qu'est-ce que la philosophie juive?*, Desclée-De Brouwer, 2004).

35. *Du Sinaï*, p. 18.

Benoit Frydman

donc pas dans cet essai aux productions du droit positif, mais bien aux récits et aux actes de fondation des sociétés. Il se situe moins sur le plan de la théorie du droit que sur celui de la philosophie politique et même théologico-politique, dès lors qu'il interroge spécialement la nécessité de l'intervention, au moins supposée, d'un tiers extérieur au Peuple, d'une instance tierce transcendante ou divine, qu'elle revête la forme du Dieu du Sinaï, d'Athéna ou du Souverain.

Relisant le récit de l'*Exode*, François Ost n'a pas de peine à montrer que la *tora* n'est pas une loi tombée du ciel qui se serait imposée instantanément au peuple hébreu errant dans le désert. Il nous raconte les multiples épisodes de la relation à distance entre Yahvé et son peuple³⁶. Une relation tumultueuse, de rapprochements mais aussi de ruptures, fragilisée par la crainte, la méfiance et les déceptions mutuelles. Il met en évidence le rôle essentiel de Moïse comme médiateur dans la négociation de l'alliance, mais aussi de la loi qui en est le produit. Car François Ost décortique le processus itératif de négociation qui s'établit entre Dieu et Moïse que ce soit dans la « tente de rencontre » dressée à l'extérieur du camp, où ils s'entretiennent face à face³⁷, ou à l'occasion des rédactions successives sur le Mont Sinaï du texte de la loi, dont on ne sait plus à la fin s'il a été tracé par le doigt de Dieu ou par la main de Moïse³⁸. Laissé à lui-même, le peuple s'est fabriqué un veau d'or pour l'adorer, tandis que Dieu a gravé seul les premières tables de la loi. Moïse brûle l'idole et brise les tables. Ce double geste, nous explique François Ost³⁹, conjure les dangers de la pure immanence et d'une transcendence trop unilatérale, permettant ainsi de forger l'anneau d'alliance dans un alliage plus solide et de libérer la loi de sa gangue de pierre.

Du Mont Sinaï, François Ost nous emmène ensuite vers les collines de la Pnyx et de l'Aréopage. Les tragédies d'Eschyle et de Sophocle, rédigées durant la période de la démocratie athénienne, constituent les matériaux choisis pour l'investigation des fondations. Ces tragé-

36. *Du Sinaï*, pp. 39-40 découpe la longue séquence en dix tableaux, qui font l'objet d'une analyse minutieuse dans toute la suite du chapitre.

37. Ex. 33, 11. – *Du Sinaï*, pp. 40 et 47.

38. *Du Sinaï*, pp. 41 et 47. – Sans même évoquer l'enseignement de la loi orale, qui complète, tempère et féconde la loi écrite. Cet épisode n'est pas mentionné explicitement dans le texte de l'*Exode*, mais jouera plus tard un rôle essentiel dans la tradition juive puisqu'elle permet de conférer à cette loi orale, qui sera consignée dans le *Talmud*, une égale dignité avec la loi écrite, en les faisant remonter toutes deux au Mont Sinaï. L'enseignement de la loi orale, pendant les quarante jours passés par Moïse sur le Mont Sinaï donne lieu dans le *Talmud* à différents épisodes savoureux de discussion entre Dieu et Moïse puisqu'aussi bien l'étude, dans la tradition rabbinique, s'inscrit nécessairement dans un processus dialectique. Voyez notamment *Mena'hat*, 29, commenté par H. Atlan dans « Niveaux de significations et athéisme de l'Écriture », in *La Bible au présent*, xxii^e colloque des intellectuels juifs de langue française, Paris, Gallimard, 1982, pp. 55-59, qui analyse l'épisode où Dieu explique à Moïse le sens des « couronnes » sur certains caractères du texte de la loi et le transporte ainsi dans la classe de R. Akiba.

39. *Du Sinaï*, pp. 51-54.

Du Sinaï au Champ-de-Mars : François Ost entre droit...

dies, riches d'enseignement sur le droit et les institutions de l'époque, convoquent les mythes et les dieux pour rendre compte en particulier de la création des tribunaux et des questions fondamentales que soulève leur fonctionnement. François Ost analyse notamment les *Eu-ménides* qui raconte le jugement d'Oreste, poursuivi par la vengeance des Erinyes qui lui réclament le prix du sang pour le meurtre de sa mère Clytemnestre et de son beau-père Egisthe. Il nous montre, dans cette tragédie qui pour une fois fini bien, une nouvelle combinaison réussie de la transcendance et de l'immanence, cette fois non plus dans l'établissement de la loi, mais dans celui des tribunaux⁴⁰. La déesse Athéna, à qui Oreste demande justice, fonde à cette occasion l'Aréopage, tribunal humain qu'elle préside dans cette affaire inaugurale, dont elle dirige les délibérations. Elle ajoute son suffrage à celui des juges humains partagés pour faire pencher la décision dans le sens de l'acquittement. Fondement divin d'une juridiction humaine qui permet de rompre le cycle interminable de la vengeance familiale pour instituer la justice de la cité.

De là, François Ost nous transporte chez les Modernes et dans les grands textes de la philosophie politique qui, de Hobbes à Rousseau, théorisent le contrat social. Il ne se contente pas de montrer que « la prétention à l'auto-fondation du social »⁴¹ qui caractérise la doctrine du contrat social suscite « d'innombrables et parfois massifs "retours du refoulé" »⁴², c'est-à-dire de la transcendance, sous la forme de la divinité ou de son substitut mortel, le souverain. Il veut surtout mettre en évidence les paradoxes logiques qui rendent cette entreprise d'auto-fondation impossible⁴³.

Notons d'ailleurs, pour apporter un peu d'eau supplémentaire à ce moulin, que nos philosophes laissent en définitive très peu de marge à la négociation, voire aucune, dans la détermination des clauses du contrat social moderne. Elles sont universelles et relèvent du droit naturel en tant qu'elles se déduisent nécessairement de la droite raison. L'autonomie du social ne s'établit en fait que sous l'égide d'une raison divinisée et transcendantale qui en fixe très précisément le cadre. Rousseau se montre particulièrement clair sur ce point :

« Les clauses de ce contrat [social] sont tellement déterminées par la nature de l'acte que la moindre modification les rendraient vaines et de nul effet ; en sorte que, bien qu'elles n'aient peut-être jamais été formellement énoncées, elles sont partout les mêmes, partout tacitement admises et reconnues »⁴⁴.

40. *Du Sinaï*, pp. 63-70.

41. *Du Sinaï*, p. 88.

42. *Idem*.

43. *Idem*.

Benoit Frydman

Pour Rousseau, non seulement les clauses du pacte social ne sont pas négociables, mais il ne devrait pas davantage avoir d'espace pour la négociation ni même pour la délibération publique des lois. D'abord, la loi est rédigée par le législateur, « figure mythique, “quasi-divine” » selon Rousseau, nous dit François Ost⁴⁵, qui en interrogeait déjà le mythe et celui de sa rationalité dans sa thèse de doctorat et dès le premier Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques de Saint Louis⁴⁶. Ensuite, la loi est l'expression de la volonté générale. Selon Rousseau, celle-ci s'exprimerait dans toute sa pureté « si les citoyens n'avaient aucune communication entre eux » et « que chaque citoyen n'opine que d'après lui ». Dans ce cas, « la délibération serait toujours bonne »⁴⁷.

Cette philosophie de la délibération avec soi-même sera transposée aux institutions judiciaires, dès la Constituante en 1791, par l'introduction de « l'intime conviction » comme critère ultime de la décision des juges⁴⁸. Dans la fameuse adresse aux jurés de l'article 353 du Code d'instruction criminelle, qui a subsisté jusqu'il y a peu dans notre droit, la loi « leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le *silence* et le *recueillement* et de chercher dans la sincérité de leur *conscience*, quelle impression ont faites sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé et ses moyens de défense »⁴⁹. Ayant forgé cette conviction intime dans le for intérieur, ils la confient à un bulletin secret, qui sera brûlé immédiatement après le compte des suffrages.

Point de négociation, ni de compromis. Pas même une discussion publique, contradictoire et argumentée. La délibération politique et judiciaire se limite ici au dialogue invisible et silencieux de l'âme avec elle-même⁵⁰, menée par chacun des citoyens comme une série de monades. Les parlementaires et les juges ne font pas tant valoir un point de vue qui leur serait propre qu'ils ne servent de révélateur à l'expression des décrets de la Raison, un peu à la manière dont les Septante travaillaient chacun solitairement, mais sous l'inspiration

44. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, L. I, ch. VI « Du pacte social », Garnier-Flammarion, 1966, p. 51.

45. *Du Sinaï*, p. 114.

46. F. Ost et J. Lenoble, *Droit, mythe et raison*, Pub. F.U.S.L., 1980. – François Ost : « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Pub. F.U.S.L., 1978, pp. 97-184.

47. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., L. II, ch. III « Si la volonté générale peut errer », pp. 66-67. À l'inverse, si les citoyens discutent entre eux, ils se forment des brigues et des associations privées qui expriment des intérêts particuliers et empêchent l'expression de la volonté générale.

48. Décret des 16 et 29 septembre 1791 réformant la procédure pénale.

49. C'est moi qui souligne. On voit bien que la « délibération » relève ici aussi du for intérieur.

50. Selon la définition célèbre que Platon, à travers Socrate, donne de la pensée dans le *Théétète*, 189a.

Du Sinaï au Champ-de-Mars : François Ost entre droit...

directe du Saint-Esprit, en sorte de parvenir tous exactement à la même traduction de la Bible en grec.

A l'issue de cette triple investigation, il semble bien que François Ost ait raison de conclure que « le social doit s'auto-fonder, le droit doit se négocier à l'aide de ses propres ressources, et pourtant cela n'est possible qu'en prenant appui sur quelque point fixe extérieur »⁵¹. Mais si cette intervention extérieure, qu'elle émane de Yahvé, d'Athéna ou de la déesse Raison, apparaît indispensable, il nous faut quand même nous interroger aussi sur son coût. La référence au tiers ne serait-elle pas en effet l'occasion et le prétexte de l'éternel retour des maîtres et le moyen d'assurer la domination de ceux qui prétendent parler et régner en leur nom ? Ce point demanderait quelques investigations.

Ainsi, les études bibliques contemporaines ont multiplié les indices, dans l'invention relativement tardive du personnage de Moïse et dans certains épisodes de l'*Exode* analysés par François Ost, de l'intervention d'une source sacerdotale, soucieuse de fonder la légitimité de sa fonction et de son pouvoir⁵². L'épisode du veau d'or en particulier serait destiné à manifester la nécessité d'une médiation des prêtres et du culte entre Israël et son Dieu⁵³.

Bien plus tard, ceux que l'Evangile appelle « les Pharisiens », c'est-à-dire la caste des rabbis, qui pratiquent une lecture essentiellement juridique de la tora, iront jusqu'à dénier au ciel le droit d'interférer dans leurs délibérations et leurs jugements. Dans un passage du *Talmud*, la célèbre aggada du four d'Ochnai⁵⁴, que François Ost a lui-même commenté par ailleurs⁵⁵, les « Sages » rejettent une interprétation qu'une voix céleste leur confirme pourtant. Ils invoquent les textes mêmes du *Deutéronome* et de l'*Exode* pour affirmer que la loi n'est pas dans les cieux et qu'il appartient exclusivement aux sages,

51. *Du Sinaï*, p. 118.

52. Les cohanim sont la caste héréditaire des prêtres, qui descendent en ligne masculine d'Aaron, lequel fut le premier grand prêtre (*cohen gadol*). Ils sont soumis à des règles spécifiques et jouissent de certains privilèges.

53. Th. Römer, *Moïse en version originale : Enquête sur le récit de la sortie d'Égypte*, Bayard/Labor et Fides, 2015. – Voyez également les cours dispensés par l'auteur sur ce sujet dans sa Chaire « Milieux bibliques » au Collège de France (<http://www.college-de-france.fr/site/thomas-romer/>), en particulier les cours de 2013-14 et 2014-15 sur *Le livre de l'Exode : mythes et histoires*.

54. *Baba Metsia*, 59b – Pour une version française de ce texte, son analyse et les références aux commentaires dont il a fait l'objet dans la théorie du droit contemporaine : B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 2011 (3^e éd.), § 45.

55. F. Ost, « L'herméneutique juridique entre hermétisme et dogmatisme. Le jeu de l'interprétation en droit », *Revue internationale de sémiotique juridique*, 6 (1993), pp. 227-247, qui analyse cet épisode comme le type d'une stratégie hermétique, qui utilise le texte plus qu'il ne l'interprète (suivant la distinction opérée par U. Eco dans *Les limites de l'interprétation*, Grasset, 1992).

Benoit Frydman

qui sont aussi les juges, d'en décider le sens suivant la règle de la majorité. Dieu aurait souri et dit : « Mes enfants m'ont vaincu ! ».

Ces « Sages » entendent surtout protéger leur autorité et défendre leurs prérogatives contre les courants mystiques et les prophètes qui, comme Jésus de Nazareth, portent le projet d'une alliance d'un autre ordre entre Dieu et tous les hommes⁵⁶. N'est-ce pas d'ailleurs le lot de presque toutes les religions d'engendrer des castes de prêtres, qui instrumentalisent l'aspiration à la transcendance et la crédulité des fidèles pour alimenter y compris par la violence la force de leur pouvoir ? N'est-ce pas le même texte de l'ancien testament que le tribunal de la sainte inquisition utilisera pour condamner Galilée et faire obstacle aux découvertes de la science ? Et qui ne voit aujourd'hui les dangers mortifères des radicalismes religieux de toutes obédiences ? Bien sûr François Ost n'ignore rien de ces dangers. Il connaît mieux que quiconque les risques que l'on prend à jouer avec le feu du sacré et à déchaîner les puissances imaginaires du mythe. Aussi prône-t-il d'user de MILL^e formes de ruse avec la transcendance pour ne pas s'y abîmer⁵⁷.

Quant à l'Aréopage, qu'a fondé Athéna, n'est-il pas le dernier lieu du pouvoir oligarchique des archontes ? Réduit par les démocrates à un organe judiciaire, par la réforme de – 461, il demeure le tribunal des anciens, qui se réunit nuitamment et interdit tout artifice oratoire. Aussi ne sera-t-il guère surprenant de le voir mis à l'honneur par les adversaires de la démocratie et notamment par des philosophes comme Platon⁵⁸. Les rois-philosophes qu'il appelle de ses vœux gouverneront d'ailleurs selon des procédés qui ne sont pas sans rappeler, en pire, ceux de l'organe aristocratique.

L'aréopage s'oppose ainsi trait pour trait à l'Héliée, le tribunal citoyen et solaire, dont les jurés siègent en grand nombre sur l'Agora et où les sophistes occupent le prétoire. Ces sophistes qui ont, les premiers, mobilisé la figure du contrat au fondement des lois et de la

56. Jésus Christ, dont Moïse est la préfiguration d'après la tradition chrétienne, est le médiateur par excellence et la synthèse de la transcendance et de l'immanence. Fils de Dieu, incarnation de celui-ci sur terre, sous la forme d'un simple mortel parmi les hommes, mais qui va vaincre la mort, il est le premier ministre d'une nouvelle alliance de la chair et de l'esprit, entre un dieu d'amour et la communauté des humains qui se découvrent frères en lui. La tradition chrétienne brille par son absence dans cet essai de F. Ost, qui a pourtant reçu l'*imprimatur* (par E. Goffinet, vicaire général, évêché de Malines, le 20 août 1999, mentionné dans *Du Sinaï*, p. 4) ou peut-être à cause de cela. La question de la foi, au sens strict et religieux du terme, est séchement écartée comme une « affaire privée » dans une note de bas de page à la fin de l'ouvrage (*Du Sinaï*, p. 125, n. 2). François Ost n'a pas encore, à ma connaissance, proposé sa lecture des textes et des récits du *Nouveau Testament*. Il est attendu sur ce terrain. Le temps viendra sans doute un jour pour lui de les soumettre à l'analyse littéraire et philosophique.

57. *Du Sinaï*, p. 125.

58. J. de Romilly, *Problèmes de la démocratie grecque*, Presses Pocket, 1986.

Du Sinaï au Champ-de-Mars : François Ost entre droit...

cité⁵⁹, développant ainsi ce que François Ost appelle « une conception auto-référentielle de la société »⁶⁰. Une conception où l'homme est devenu mesure de toutes choses et qui confie la construction du futur à l'action politique et la liberté humaine⁶¹. Mais s'interroge François Ost, « une société, quelle qu'elle soit, peut-elle assumer le poids d'une telle indétermination ? L'auto-référence sophistique est-elle vraiment concevable ? »⁶². Protagoras lui-même n'a-t-il pas recouru au titan Prométhée pour expliquer le don de l'art politique aux hommes, dont la répartition à parts égales entre tous les citoyens légitime la forme démocratique du gouvernement ? Du moins Prométhée n'a-t-il pas exigé qu'on lui voue un culte ni imposé le joug de son clergé.

Aussi, je préfère un social instituant qu'un social institué, même s'il faut pour cela affronter le vertige du vide, de l'absence de fondement, qui est aussi celui de la liberté de la pensée et de l'action, avec ses risques. Pour cela, je me rangerai toujours, comme mes illustres prédécesseurs, du côté des sophistes, contre les maîtres de vérité, quels qu'ils soient⁶³. Cette idée d'une société qui produit elle-même son sens et ses institutions rejoint d'ailleurs, me semble-t-il, le concept d'« auto-transcendance » mis en avant par François Ost dans son essai. Encore, fait-il preuve, avec raison, de davantage de prudence, au sens de la *phronesis* grecque. A l'instar des tragiques, il préfère de ne pas dissiper trop vite ce qu'il appelle « l'énigme du fondement »⁶⁴. « On sait, ajoute-t-il, ce qu'il en a coûté à Œdipe d'avoir cru pouvoir se débarrasser du poids de[s] (...) questions [du Sphinx] »⁶⁵. Puisque donc ces mystères qui nous dépassent sont en quelque sorte nécessaires, plutôt que de les élucider, feignons ou plutôt assumons pleinement d'en être les organisateurs. Et ajoutons y par l'écriture et par la littérature qui est peut-être une forme d'auto-transcendance personnelle.

Bon travail et bon vent, cher François ! La suite de ton œuvre t'appelle et t'attend.

La Motte, Bousval, 10 avril 2017.

59. *Du Sinaï*, p. 60.

60. *Idem*.

61. *Idem*.

62. *Idem*.

63. Sur l'opposition en Grèce, dès l'époque archaïque, du modèle de la discussion entre égaux, qui émerge avec la révolution hoplitique, aux maîtres de vérité archaïques que sont le roi de justice, le devin et le poète, ces maîtres de l'*alêtheia* dont les philosophes entendent restaurer le règne contre les sophistes, il faut lire la magnifique étude d'inspiration structuraliste de Marcel Detienne, que je ne me lasserai jamais de lire ni de citer : *Les maîtres de vérité dans la Grèce archaïque*, Maspero, 1967.

64. *Du Sinaï*, p. 80.

65. *Idem*.