

Huizinga et le droit : le procès et le jeu en Italie

Droit et Société 17/18-1991
(p. 27-41)

Simona ANDRINI *

Résumé

Parler de jeu sans évoquer Huizinga serait quasiment impossible. Mais il n'en est pas de même lorsqu'on parle des rapports entre le jeu et le droit. Le présent article a pour objet d'établir une relation entre la pensée de Johan Huizinga et le monde du droit. Un monde que Huizinga connaissait bien, encore que pas toujours de façon directe (c'est le cas pour Max Weber, qu'il ne connut que par le biais de Troeltsch). Un monde pour lequel la pensée de Huizinga était loin d'être inconnue. C'est le cas, en l'occurrence, des deux plus éminents juristes italiens, Francesco Carnelutti et Piero Calamandrei qui, sur l'approche huizinguienne et sur l'analogie entre deux notions – procès et jeu – qui retint l'attention de l'auteur néerlandais, modulèrent leur combat en faveur de deux conceptions opposées et antagonistes du procès.

Summary

Though any discussion of games immediately calls to mind Johan Huizinga and his *Homo ludens*, the connection between game and law is scarcely as forthcoming. This essay's purpose is to clarify the relationship between Huizinga's thought and a juridical experience with which Huizinga himself was, if indirectly a times (as in the case of his knowledge of Max Weber, gained mainly by reading Troeltsch) familiar. Jurists are in their turn equally familiar with Huizinga's writings, as is the case with two great Italian trial law specialists, Francesco Carnelutti and Piero Calamandrei who articulate opposing and conflicting views on trial law and procedure taking their cue from the analogies between trial procedures and game posited by the Dutch thinker.

L'AUTEUR

Licenciée en Sciences Politiques à l'Université de Rome, titulaire d'une maîtrise du Cours de perfectionnement de la Faculté de Droit de l'Université de Rome. Chercheuse à l'Institut de Sociologie de la Faculté de Droit de l'Université de Macerata. Elle est actuellement professeur de sociologie du droit à la Faculté des Sciences Politiques de l'Université de Pérouse.

Elle a enseigné à l'Institut de Philosophie du Droit de l'Université de Rome et elle a effectué des recherches sur des thèmes philosophico-juridiques et sociologiques, notamment sur l'œuvre de Max Weber et d'Emile Durkheim et sur la naissance de la sociologie en Italie.

Elle a également effectué des recherches pour le compte du Ministère de l'Instruction publique (La restauration de l'enseignement dans les provinces belges du Royaume des Pays-Bas (1815-1830) ; I principi generali del diritto, Université de Rome), du Comité National de la Recherche (La sociologia italiana nella seconda metà dell'ottocento, Université de Bari ; Modelli di università e progetti di riforma, Université de Pérouse ; Modelli di città. Strutture e funzioni politiche, Université de Turin). Parmi ses essais les plus récents : « Amministrazione e sindacato in Emile Durkheim », in AA.VV., *Il pubblico funzionario. Modelli storici e comparativi*, Pérouse, 1981 ; « Luhmann in Italia », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 3, 1980 ; « Il rischio della conoscenza », *Democrazia e diritto*, 6, 1988 ; « La sfida del presente e il linguaggio della politica », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXVI, 1989 ; « Oltre il limite del dire », *Democrazia e diritto*, 3-4, 1990. Elle vient de publier : *La pratica della razionalità. Diritto e potere in Max Weber*, Milano, Angeli, 1990.

* Professeur de Sociologie du droit à la Faculté de Sciences Politiques de l'Université de Pérouse, Italie.

I. L'apparition de *Homo ludens*

Lorsqu'en 1946 paraît en Italie la première traduction de *Homo ludens*, écrit en 1939 (Huizinga, 1946), Johan Huizinga est loin d'être un inconnu pour la critique italienne. Bien au contraire, en dehors de la Suisse et, bien entendu, des Pays-Bas, nulle part ailleurs les œuvres de l'auteur néerlandais n'auront été aussi connues et suivies, avec une attention aussi soutenue, qu'en Italie. Et ce grâce à des traductions aussi promptes que courageuses, si l'on pense au régime politique de l'époque (les années 1920-30) ou à la culture qui dominait en Italie, d'empreinte nettement idéaliste.

Bien que la pensée de Huizinga soit foncièrement étrangère à l'humus culturel italien, l'auteur est bien connu et présent, encore que – et cela peut paraître paradoxal – sa fortune en Italie tient plutôt au fait qu'on le critique plutôt qu'on ne l'accepte.

En effet, l'œuvre de Huizinga devient bientôt un terrain de critiques provenant d'auteurs qui, pourtant, partent des perspectives et des positions théoriques les plus disparates. C'est le cas, par exemple, de Delio Cantimori et de Carlo Antoni. Le premier s'en prend à l'œuvre de Huizinga (il s'agit en l'occurrence de la première traduction allemande de *In de schaduwen van morgen, een diagnose van het geestelijk lijden van onzen tijd* (1935) (Huizinga, 1937)), en raison de la « gaucherie » du « déballage d'un esprit d'artiste individualiste et libéralisant » (Cantimori, 1936, p. 383). L'Italien reprendra son grief à l'égard du Néerlandais vingt-six ans plus tard, lorsqu'il rédigera l'avant-propos à la deuxième traduction italienne de l'œuvre (Cantimori, 1962, p. VII-VIII).

L'attitude est encore la même chez le second, Carlo Antoni, qui, lui, aurait dû se féliciter (c'était un adepte convaincu de Benedetto Croce) de trouver chez Huizinga une attitude « individualiste » et « libéralisante » et qui, de surcroît, avait des contacts personnels avec le Néerlandais, qu'il avait connu à Rome en 1934 ; ce qui ne l'empêche pas de critiquer Huizinga d'autant plus à fond que sa critique ne se borne pas à un seul ouvrage, *In de schaduwen van morgen*, mais s'étend à l'ensemble de ses œuvres (que l'Italien était à même de lire dans la version originale). En effet, l'essai d'Antoni (Antoni, 1940) mérite d'être cité pour deux raisons. C'est le premier essai – bien que fortement critique – qui présente un aperçu des œuvres de Huizinga ; l'essai d'Antoni mentionne ou analyse un grand nombre d'œuvres de Huizinga : *Het aesthetische bestanddeel van geschiedkundige voorstellingen* ; *Historische levensidealen* (1915) ; *Erasmus* (1924) (traduction allemande 1928, italienne 1941) ; les essais sur la Renaissance faisant partie de *Cultuurhistorische Verkenningen* (1926) ; les essais « américains » : *Amerika levend en denkend* (1927) et *Mensch en menigte in Amerika* (1928), les *Tien Studien* (1926), puis *In de schaduwen van morgen* (traduction allemande *Im Schatten von Morgen* (1935), italienne

La crisi della civiltà (1937)); et bien entendu *Herfsttij der Middeleeuwen* (1919), qui paraîtra en traduction allemande en 1924 (*Herbst des Mittelalters*) et sera suivi de la traduction française (*Le déclin du Moyen Age*, 1937) et italienne (*Autunno del Medioevo*, 1940).

À propos de la traduction française, il faut rappeler que ce fut précisément Antoni qui fit remarquer que Huizinga employait le mot « automne », ou plus exactement « heure automnale » (*Herbsttij*), pour écarter un terme dangereux comme « *décadence* », que la traduction française, en revanche, accentue (« *Le déclin* ») (Antoni, 1940, p. 2).

L'autre raison de l'importance de l'essai d'Antoni sur Huizinga tient à la place qu'il occupe dans le contexte du volume qui n'était qu'un recueil d'articles par lesquels l'auteur retrace « la transition, voire la chute de la pensée allemande, à partir des problèmes posés par l'historicisme, dans le sociologisme "typologique" » (Antoni, 1940).

Il s'agissait d'articles monographiques où, à des noms comme ceux de Dilthey, Troeltsch, Meineke et Weber, Antoni ajoute ceux du Néerlandais Huizinga et du Suisse Wölfflin, du moment qu'ils appartiennent, selon l'auteur, « encore que marginalement, à la même mouvance » : la crise de l'historicisme allemand destiné à déboucher (dans le sens de « dégénérer ») dans la sociologie.

II. Le défi de *Homo ludens*

C'est dans un tel climat culturel qu'arrive en Italie *Homo ludens*, qui met l'accent sur certains aspects déjà présents dans d'autres ouvrages de Huizinga (p. ex. *Le déclin*), ce qui faisait dire aux commentateurs de l'époque que « Huizinga avait opté pour le « royaume de l'accidentel », et par conséquent, pour la *Kulturgeschichte*, l'histoire des formes de civilisation ne fournissant que des "comment", sans fournir de "pourquoi" » (Antoni, p. XXIX, 1940). Paradoxalement, c'était exactement ce qu'Antoni reprochait à Huizinga. Et ce qui était destiné à devenir son plus grand mérite aux yeux de la critique postérieure (U. Eco, 1985, p. 286).

Et, aux yeux du lecteur, comme nous l'avons rappelé (U. Eco, 1985, p. 284), on agissait inopinément deux notions qui nous sont devenues désormais bien familières, mais qui, à l'époque, avaient quelque chose de franchement provocant. C'était une notion de culture en tant qu'ensemble de phénomènes sociaux, qui englobaient, sur un pied d'égalité, l'art comme le sport, le droit comme les cérémonies funéraires. Et cette notion en évoquait une autre : celle de l'invariant culturel, très courante dans les approches de l'anthropologie culturelle, mais décidément alternative aux approches des philosophes idéalistes de l'histoire. La notion de « jeu », en tant que constante des comportements culturels, exerçait une

fascination incontestable, en raison même de son allure outrancière. Cette notion de jeu « ... avait vraiment l'air d'un pseudo-concept qui prenait brutalement le pouvoir en s'installant au Palais d'Hiver, qu'habitaient jusqu'alors des hôtes pleins de morgue : l'Esthétique, la Philosophie, l'Éthique, l'Économie » (U. Eco, 1973, p. 284).

III. Les juristes de Huizinga

Nous omettons de faire état de l'appareil de citations (voir, le cas échéant, les notes de *Homo ludens*) qui présentent au lecteur des ouvrages très rarement présents dans le bagage culturel de l'époque. Il suffit de penser à l'*Essai sur le don* de Mauss, aux études de Piaget, à Malinowsky, à Kereny, etc. Il en était de même en ce qui nous concerne ici, le droit, pour lequel cette nouvelle approche était tout aussi téméraire. Ce qu'il importe de souligner immédiatement, c'est que la nouveauté n'était pas seulement d'avoir établi un lien entre le droit (en l'occurrence le procès) et le jeu, en analysant les éventuelles analogies et typologies des termes. « Dans le procès, nous distinguons trois formes ludiques : le jeu de hasard, la compétition ou le pari, la compétition de la parole » (Huizinga, 1946, p. 128). Ce sera, comme nous le verrons, la partie qui retiendra le plus l'attention de la critique postérieure, qui mettra l'accent (plus que Huizinga lui-même) sur le caractère « compétitif » de la controverse judiciaire.

Si nouveauté il y a, ce n'est pas exactement dans ce sens. Max Weber avait déjà fait état de l'analogie entre le procès et le jeu. Dans son essai sur Stammeler (Weber, 1907), Weber affirme clairement que le procès est l'institution juridique qui présente le maximum d'analogies avec le jeu, dès lors qu'on peut le gagner ou le perdre (Andrini, 1990, ch. 1).

Huizinga n'avait pas lu Weber, mais il le connaissait indirectement par le biais de Troeltsch. À la coïncidence et, dans certains cas, à l'analogie entre les idées de Huizinga et celles de Weber avait déjà fait allusion Antoni dans l'essai susmentionné (Antoni, p. 183). Mais c'est Huizinga lui-même qui nous explique cette « parenté ». Dans une note à sa conférence sur « La valeur de l'histoire » (1934), il répond à l'un des ses critiques, Jan Marius Romein : « ... le Dr Romein dresse la liste des cas dans lesquels mes idées présentent une étonnante affinité avec des expressions de Max Weber, et s'étonne de ce que je ne le cite jamais. J'avoue, non sans honte, que les ouvrages de Weber constituent une des lacunes infinies de mes lectures. Malheureusement, c'est le cas ici. Je ne le connais qu'à travers Troeltsch. Mais justement pour cela, je me félicite beaucoup de la concordance d'idées signalée par le Dr Romein » (Huizinga, 1967, p. 89 et p. 91-99).

En revanche Huizinga connaissait Gierke, à propos duquel il déclare : « Une grande partie de ce qu’Otto Gierke rassembla il y a quelque temps, sans explication ultérieure, sous le titre de *Humor in Recht*, et qu’il considéra comme un libre jeu de l’esprit populaire, trouve maintenant un juste éclaircissement dans le cadre des origines compétitives de la décision juridique » (Huizinga, 1946, p. 126).

D’ailleurs, le rapport procès-jeu (Huizinga lui-même est prêt à nous le rappeler) est très ancien. Encore qu’il n’existe pas de représentation spécifique de *loci justitiae*, tout site physiquement approprié peut faire l’affaire, pourvu qu’il soit *stable* : les arènes, la table de jeu, le cercle magique, le temple, l’écran de cinéma, le tribunal. Par leur forme et leur fonction, ils peuvent tous devenir des lieux de jeu, c’est-à-dire des espaces délimités, des lieux isolables, des enclos consacrés, qui font l’objet de règles propres et spéciales » (Huizinga, 1946, p. 29-30).

Ce qui importe, en effet, ce n’est pas tant le lieu en soi, mais le fait que l’acte du procès advienne à l’intérieur d’une figure géométrique close et que cette constante topographique puisse être de type différent : « de l’enclos maçonné à l’enclos symbolique ; et leurs tracés n’ont pas besoin d’être physiquement perceptibles : il suffit qu’ils soient pensables » (Cordero, 1981, p. 310). C’est la scène sculptée par Héphaïstos sur le bouclier d’Achille, où les vieillards sont assis, d’après le récit de l’Iliade, « sur des pierres lisses, dans le cercle sacré ». C’est la représentation du *hieros kyklos* destiné à survivre, avec des variantes, selon une formule architecturale classique, où « les sièges réservés au collègue chargé de juger forment un hémicycle clôturé par le banc de la défense » (Cordero, 1981, p. 310).

C’est cet espace sacré, cet espace séparé, ce *tèmenos*, qui brise l’espace en profondeur, parce que c’est ici que se passent des choses étrangères à l’existence ordinaire (Huizinga, 1939, p. 119). Nous voici donc confrontés à une autre analogie avec Max Weber, que nous pouvons mettre en évidence grâce à un recoupement de citations de Franco Cordero (Cordero, 1981, p. 318).

Il est question ici de la nature *ausseralltäglich* de l’événement judiciaire. Ce qui domine, dans le jeu comme dans le procès, c’est un ordre propre ou absolu, qui annule le monde ordinaire, qui donne lieu, à sa place, à un monde provisoire, à quelque chose d’illusoire (*in-lusio* est précisément le fait d’être *dans* le jeu) à l’intérieur du monde de tous les jours. Ce qui en résulte, c’est donc une action « close » de par sa nature même (Huizinga, p. 29, 30 et 32). Et ce qui domine, à l’intérieur de ce monde provisoirement substitutif, c’est la règle inexorable.

À peu près à la même époque, Wittgenstein entreprend la rédaction de ses *Bemerkungen über die Grundlagen des Mathematik* (1937-1944) (Wittgenstein, 1956, p. 7), où la nature inexorable des

mathématiques est vue comme découlant de l'ensemble des fondements du jeu logico-mathématique, un jeu qui ne déduit aucune vérité. Cette nature inexorable est vue précisément comme l'image d'un juge inexorable (Cacciari, 1976, p. 77).

La « nouveauté » de Huizinga ne tient donc pas tant à l'analogie entre le procès et le jeu qu'à la façon dont s'opère ce rapprochement, qui n'est pas implicite.

À notre avis, on a parfois compris d'une façon trop « mécanique » ce chapitre de Huizinga à propos des rapports entre le jeu et le procès. La nouveauté de ce chapitre n'est pas le constat de certaines analogies entre le procès et le jeu (la citation de Weber l'atteste), ni la typologie des formes ludiques du procès. La véritable nouveauté – il convient de le rappeler – est d'avoir eu la hardiesse, en 1938, de mettre l'accent sur le rapport entre les notions de juridiction, de jeu de hasard et de sentence oraculaire, et ce en faisant valoir leurs très étroites connexions.

La balance de la justice est présentée en effet comme impliquant l'idée de « soupeser », où se fondent complètement les notions de volonté divine, de destin ou d'issue de la fortune. En tant que symbole, la balance n'est guère opposée à l'épée, du moment « qu'il ne s'agit pas encore d'un triomphe de la vérité morale, de l'idée que la justice pèse plus que l'injustice ». Ici la balance n'est que le symbole du *risque d'une entreprise hasardeuse* (Huizinga, 1946, p. 122). Et saisir une juridiction fait de plus en plus figure d'« entreprise pour tenter le sort ». Voilà la nouveauté, c'est-à-dire l'audace, chez Huizinga. Ici aussi, on décèlera aisément des analogies avec Weber. Comme Weber, Huizinga se souvient de la juridiction primitive (celle que Weber appelle « juridiction irrationnelle ») et, comme Weber, à propos des ordalies, il cite H. Brunner (Brunner, 1892). Mais, en ce qui nous concerne, nous sommes en 1938. À une époque où mettre l'accent sur le hasard lorsqu'on parle du rapport entre ce dernier et la juridiction est quelque chose de plus que la satisfaction d'une docte citation, et se passe aisément de tout commentaire. Après quoi le rapprochement proposé par Huizinga suit un parcours sémantique qui s'écarte de l'interprétation, prestigieuse et bien connue, de Werner Jaeger (Jaeger, 1936, *Paideia*) de l'étymologie du terme *diké*, justice. Huizinga, lui, fait dériver *diké* de *dikein*, jeter. Il n'est pas le seul à le penser : il suffit d'évoquer l'être *jeté* heideggérien dans *Être et temps*. Ce qui apparaît de façon encore plus immédiate en hébreu, cette langue faisant ressortir davantage le rapport entre l'idée de justice et celle de *jeter*, dans la mesure où le terme qui traduit par excellence la signification de *loi*, ou de justice, *Thorah*, implique une racine signifiant *jeter un sort*, provoquer une sentence d'oracle (Huizinga, 1946, p. 124).

Si l'on passe à l'iconographie, la démarche reste essentiellement la même. La figure de la *diké* représentée sur les monnaies se

confond souvent avec celle de *Tyché* (la destinée incertaine). Et celle-ci tient elle aussi une balance à la main. Il ne s'agit pas d'un syncrétisme attardé chez ces figures divines. Toutes deux résultent en effet d'une seule et même notion de *compétition* implicite dans le binôme « sort-droit », qui se scindera postérieurement. C'est encore un thème webérien : la dimension archaïque en tant que moment d'indifférenciation (Andrini, 1990, ch. I). Il ne nous semble pas arbitraire de lier l'étymologie du terme anglais *to try* (tenter) au substantif *trial* (procès).

La fortune de Huizinga en Italie demeure néanmoins circonscrite à un certain milieu historico-littéraire (Petrocchi, 1949 ; Morpurgo Tagliabue, 1949 ; Garin, 1953 ; Morandi, 1947), à l'instar de ce qui se passe en Allemagne (Kaegi, 1946, 1947 ; Köster, 1947) et aux Pays-Bas (Bergsma, 1956 ; Hohlenstein, 1938 ; Wolfgraff, 1945 ; Van Valkenburg, 1945).

IV. La réaction des juristes italiens

Les bibliographies officielles passent complètement sous silence la réaction des juristes italiens à l'approche proposée par Huizinga. Ce qui s'explique facilement par la cloison qui séparait la culture juridique de la culture dominante, empreinte encore d'humanisme.

Ce qui est plus grave, par contre, c'est le fait que ce silence durera jusqu'à une époque beaucoup plus récente, lorsque ce cloisonnement s'était réduit jusqu'à disparaître presque complètement. C'est le cas d'un essai (Valzania, 1978), paru assez récemment, qui entendait traiter de l'élément ludique du procès. Cet essai ignorait totalement la bibliographie juridique sur ce thème. On y parlait bien de juges et de procès mais non de juristes, ni d'experts en droit judiciaire. Les erreurs enfantent les erreurs : l'avant-propos à l'édition italienne de l'ouvrage de Roger Caillois, *Les jeux et les hommes*, dans la bibliographie générale sur le jeu (Dossena, 1981), ne cite aucun ouvrage juridique sur l'argument, parce que la source (le seul ouvrage cité) est celui de Valzania. Les lacunes s'enrichissent de lacunes.

Il est intéressant à cet égard d'analyser deux essais qui, à la suite de la traduction italienne de *Homo ludens*, traiteront du rapport procès-jeu. L'intérêt de ces deux ouvrages est motivé par le prestige dont jouissent, en Italie, leurs auteurs, Francesco Carnelutti et Piero Calamandrei, tous deux éminents experts en droit judiciaire. À cette époque, ils furent les protagonistes d'un combat, qui ne fut pas seulement théorique, sur la réforme du code italien de procédure civile. Le monde juridique italien était partagé en deux camps opposés, ce qui faisait entrer en jeu des facteurs extra-juridiques, de nature pratique, théorique, idéologique, voire personnelle.

Les deux juristes en question se trouvèrent dans la situation d'incarner ces conflits, avec les hauts et les bas qui en dérivèrent. Carnelutti attacha son nom, dans une large mesure, au projet de réforme du Code de procédure civile (projet Carnelutti, 1926). Le second, Calamandrei, collabora dès le début avec le premier à ce projet et se joignit à lui au sein du comité restreint chargé de tracer ses grandes lignes.

V. Piero Calamandrei et Francesco Carnelutti : deux approches au rapport jeu-procès

C'est en 1950, lorsque sortent de presse les *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, que paraît l'essai de Piero Calamandrei, *Il processo come gioco* (Calamandrei, 1950, p. 487-511).

L'essai en question porte essentiellement sur le hasard et sur le caractère provocateur d'une telle approche dans le milieu italien des experts en droit judiciaire. Calamandrei en est bien conscient et se préoccupe de bien préciser que, s'il a voulu souligner l'analogie entre le procès et le jeu, son irrévérence n'aura été qu'apparente. C'est le seul passage où il cite, bien qu'implicitement, Huizinga : « l'autorité de l'historien génial qui a cru déceler dans le jeu la racine primordiale de quelques-unes parmi les plus hautes manifestations de la civilisation humaine » (Calamandrei, 1950, p. 452). Cette citation a un autre aspect intéressant. Huizinga rappelle en effet comment, dans son ouvrage *Homo ludens*, et par deux fois, la phrase « l'élément jeu de la culture » fut modifiée en « l'élément jeu *dans* la culture » (Huizinga, 1972, p. 14 ; Mongardini, 1989, p. 39).

Dans sa citation, Calamandrei montre bien qu'il a relevé cette bévue lorsqu'il saisit toute l'originalité de l'approche de Huizinga, quand celui-ci analyse l'essence du jeu. Ce n'est plus le cas chez l'autre grand juriste, Francesco Carnelutti, qui ne partage pas l'avis du premier sur l'« autorité » et la « génialité » de Huizinga. Dans sa réponse à Calamandrei, parue quelque temps après dans *Studi in onore di Arangio Ruiz* (Carnelutti, 1953), Carnelutti est très franc sur l'ouvrage de Huizinga, *Homo ludens*, et sur l'idée du caractère ludique du procès, « manifestée dans un ouvrage qui – dit-il –, au cœur d'une forêt touffue d'informations, contient quelques bonnes intuitions, mais aussi des raisonnements discutables » (Carnelutti, 1953, p. 1).

La différence des jugements sur Huizinga et sur le jeu chez ces deux auteurs traduit bien la différence de leurs positions sur le procès. Dans les années qui virent les premiers pas de la théorie du procès en Italie et les vicissitudes de la réforme procédurale dans ce pays (1906-1914), le climat culturel se ressentait encore de

l'influence autrichienne, où se manifestaient des tendances autoritaires dans l'approche politique du droit et en particulier du procès (Tarello, 1989, p. 195). On avait tendance à emprunter le système procédural autrichien et ce modèle devenait ainsi « la ligne de clivage entre ceux qui souhaitent une amélioration technique du procès, en maintenant les structures du procès de type libéral, et ceux qui préconisent de nouvelles structures procédurales s'inspirant d'une conception autoritaire de l'État, de la juridiction et du juge » (Tarello, 1989, p. 195).

Les positions de Calamandrei et de Carnelutti se situent à peu près sur ces coordonnées. Le premier a une conception individualiste du procès. Comme James Goldschmidt, dont il ressent l'influence, elle reflète « la conception libérale de la lutte politique » (Calamandrei, 1950, p. 492). Chez Carnelutti nous trouvons une conception plus autoritaire, dans laquelle le procès est vu non pas tant comme une situation juridique (Frosini, 1970, p. 468-471), fluide (Goldschmidt, 1925) que comme un rapport juridique unitaire, source de droits et d'obligations. D'où deux figures bien différentes du juge : « gardien des règles » pour Calamandrei (Calamandrei, 1950, p. 507), « personnage métaphysique » pour Carnelutti (Carnelutti, 1953, p. 10). Ce contraste ne manque pas, bien entendu, de rejaillir sur le thème du jeu, voire sur l'analogie que Calamandrei décèle entre le jeu et le procès. Le premier mettra l'accent sur le rôle du comportement dans le jeu, le second rejettera cette analogie, en affirmant que « le jeu n'est pas le droit, et le droit n'est pas le jeu » (Carnelutti, 1953, p. 5).

Il mettra l'accent, lui, sur l'idée que le jeu doit tout d'abord avoir sa règle. Mais que faut-il entendre par rôle du comportement ? Une des critiques les plus fréquentes qu'on adresse à la notion de jeu chez Huizinga fait état d'une coupable absence de distinction dans la définition même du jeu. Huizinga – dit-on – consacre un chapitre entier à un exercice savant et raffiné de culture philologique pour examiner la notion de jeu sur le plan linguistique. « Tout en sachant bien à quel point la notion de jeu est floue, Huizinga en parle abondamment. Pourtant, lorsqu'il analyse l'anglais *to play*, il oublie complètement le terme de *game* » (Eco, 1985, p. 293). Où *game* prend l'aspect de *compétence*, l'ensemble de règles connues et reconnues, ou de systèmes de règles, de schémas d'actions, de matrices combinatoires de manœuvres possibles. Quant au jeu vu comme *to play*, c'est tout autre chose. Jouer le jeu, respecter les règles, se traduit en anglais par *to play the game*. Il y a un objet abstrait, le jeu en tant que *game*, et il y a un comportement concret, une *performance* (dans le sens anglais), qui est *to play*. D'ordinaire, *to play* implique une idée de loisir, tandis que *game* évoque plutôt l'idée de règle (Eco, 1985, p. 292). Comme on l'a vu, Huizinga « choisit de ne pas établir une grammaire du

jeu, mais analyse des phrases ; il pouvait étudier le jeu culturel en tant que *langue* et il l'étudie en tant que *parole* (Eco, 1985, p. 291).

Si Carnelutti met l'accent sur la nécessité d'une règle, Calamandrei tend à déplacer l'attention sur le comportement, en tant que libre action des parties, plutôt que sur la règle. Il le fait ici et ailleurs, par exemple dans *Processo e democrazia* (Calamandrei, 1965). La règle n'est plus qu'un cadre, dont le juge n'est que le gardien.

Mais, à l'intérieur de ce cadre, l'activité des parties peut se donner libre cours (*jouer*) « parce que, dans l'espace blanc, l'activité est essentiellement libre » (Calamandrei, 1950, p. 493). Encore qu'il convienne de voir l'accent mis sur le *play* comme faisant valoir la nécessité du *fair play* (*Id.*). Il a été remarqué que l'une des clés de lecture de *Il Processo come gioco* est justement « qu'on y propose un comportement à avoir » (Ricci, 1990, p. 98).

L'impératif du *fair play* est celui de la réglementation, si modérée qu'elle soit, du jeu : autrement dit, on accepte le risque de jouer, mais on s'engage à ne pas tricher.

Il existe une différence, en effet, entre l'« élégante et admirable 'maestria' de l'escrimeur avisé et les pièges maladroits de l'arnaqueur » (Calamandrei, 1950). Ce qui n'empêche pas pour autant Calamandrei de bien percevoir le décalage possible entre la loi et sa pratique, ni ne lui fait sous-estimer le rôle des habitudes, des mœurs ou de la personnalité des protagonistes de la vie judiciaire.

Voilà pourquoi souvent « les problèmes deviennent dans ses pages ceux des rapports entre les hommes » (Ricci, 1990, p. 98), les problèmes de l'inquiétude engourdie de l'homme qui remplit les « casiers bien carrés du droit procédural, dont l'étude n'est qu'une abstraction si elle n'est pas aussi l'étude de l'homme vivant » (Calamandrei, 1950, p. 511). C'est dans ce sens que l'auteur cite, à la fin de cet essai, les *Plaideurs* de Racine, dont les personnages sont dévorés par la fièvre de la querelle, qui ressemble de très près à celle du jeu de hasard.

La comtesse a passé sa vie à se quereller et, finalement, à soixante ans (« *le bel âge pour plaider* »), elle se retrouve victime de l'énorme injustice d'un arrêt qui l'empêche de continuer de plaider. C'est alors qu'elle prononce la phrase célèbre de la Scène VII, Acte I : « Mais vivre sans plaider, est-ce contentement ? » (Calamandrei, 1950, p. 511).

On ne saurait trop s'étonner de l'attention de Calamandrei pour le décalage entre la loi et sa pratique, ce qui laisse une marge ouverte à la dynamique des parties. C'est précisément cette dynamique qui justifie l'analogie avec le jeu. Pour Calamandrei le procès doit être considéré dans ce qu'il appelle « le dynamisme dialectique » (procès civil de type dispositif). Ceci, de l'avis de cet auteur, permet de sortir d'une notion réductrice du procès qui n'y voit

qu'« une alternance, dans un ordre chronologique préétabli, d'actes accomplis par différents sujets ».

En revanche, pour Calamandrei, le procès est un « enchaînement logique qui relie chacun de ses actes à celui qui le précède et à celui qui le suit ». Ce qu'il voit aussi dans le procès, c'est le rapport psychologique par lequel tout acte accompli par une partie au moment approprié constitue une prémisse et un stimulant pour l'acte que la partie adverse pourra accomplir aussitôt après (Calamandrei, 1950, p. 490).

C'est dans une telle optique que le procès devient une suite de chances et prend l'aspect – l'auteur cite James Goldschmidt (Goldschmidt, 1925) – non pas d'un rapport juridique unitaire, source de droits et d'obligations (*Processrechtsverhältnis*), mais d'une « situation juridique fluide et d'une source variable d'attentes, de possibilités et d'obligations (*Aussichten Moeglichkeiten Lasten*), dont chacune donne à l'évolution du procès de nouvelles orientations et ouvre aux parties de nouvelles perspectives » (Calamandrei, 1950, p. 492).

Dans le procès en tant que jeu (*play*), chez Calamandrei et en tant que jeu de possibilités régi par des règles (*fair play*), le décalage entre le jeu et le *game*, voire leur non-identification, ne fait plus figure de limite, comme chez Huizinga. Chez Calamandrei, en effet, l'accent mis sur l'aspect *play* et la non-considération presque totale de l'aspect *game*, vu comme un simple cadre, n'aboutit pas à une « occasion perdue ». Ce qui apparaît dans la critique de Huizinga par Umberto Eco.

À juste titre, Eco remarque qu'en maintes occasions, Huizinga aurait dû prendre en compte le fait que le jeu est une *langue*. Eco remarque : « Rien ne pouvait être aussi évident, lorsqu'on se penche sur le droit, que l'immense auto-finalité des systèmes juridiques, mais voici qu'on se met à glisser et à analyser l'esprit compétitif avec lequel on discute la cause » (Eco, 1985, p. 295).

Carnelutti lui aussi met l'accent sur un type de jeu représenté par la compétition sportive, dès lors que celle-ci postule par définition l'existence d'une règle qui, loin d'être subie, est librement acceptée par les participants (Carnelutti, 1953, p. 5). Mais l'auteur remarque que si le procès est une compétition, cela ne signifie pas que toute compétition est un jeu. D'où des conséquences bien différentes de celles découlant du point de vue de Calamandrei. Si pour Carnelutti l'accent mis sur l'aspect compétitif se borne à faire valoir davantage la nécessité d'une règle, chez Calamandrei, l'accent est mis sur le *play* et sur la richesse de ce terme, qui amalgame deux aspects : le fait de suivre une règle et de se référer à elle. Ce qui aboutit à des conséquences plus intéressantes qui préludent aux discussions actuelles sur l'usage du paradigme du jeu dans le droit.

Mettre l'accent sur l'aspect *play*, c'est aussi frayer le chemin à l'innovation. Autrement dit, le *play* et le *fair play* traduisent non seulement le comportement de celui qui applique le mieux qu'il le peut, dans la pratique, les règles du jeu (attitude normative), mais aussi le comportement de celui qui, le premier, comprend qu'il faut que les règles puissent être changées (attitude cognitive) (Febbrajo, 1984, p. 38 ; Ferrari, 1987, p. 160).

À y regarder de près, donc, le *play* lui aussi a une double connotation. On a donc affaire à une double voie : la convention et l'innovation. La première est l'élément de régulation et de répétition. La seconde, de risque et d'imagination (Ost, van de Kerchove, *Les rôles judiciaires...*, p. 4 ; *Auto-organisation des systèmes*, p. 79).

Voilà donc les deux aspects du terme « jeu », *game* et *play*. Mais à y regarder de plus près, ces deux aspects existent également à l'intérieur même du terme *play*. Ce glissement de la dichotomie à l'intérieur d'un de ces deux termes, mouvement qui réintroduit une indifférenciation à l'intérieur de la notion même de jeu, n'est pas un retour en arrière. Bien au contraire, c'est la possibilité de sortir des schémas dualistes qui sont à la base des constructions classiques du jeu (Ost, van de Kerchove, 1982, p. 404), d'un jeu qui, dans le même temps, se joue tout seul et est joué, ces deux aspects étant ceux de la même action de jouer : « Il y a du jeu dans le je, tout autant que du je dans le jeu » (Parlebas, 1986, p. 259 ; Ost, van de Kerchove, *Les rôles...*, p. 4). Or, si l'on veut trouver à cette représentation un théâtre idéal, c'est bien le lieu du procès.

C'est le procès, en effet, c'est-à-dire l'aspect procédural du droit, qui traduit de façon optimale cette richesse sémantique du terme *play*. *Procédural* n'exprime pas le simple aspect rituel, c'est-à-dire formel, d'une succession d'actes. Calamandrei cite à ce propos l'essai de Max Ascoli (Ascoli, 1928) qui, à propos du procès pénal, parle d'une « espèce de représentation sacrée où, par des procédés théâtraux, le crime est reconstruit et puni en effigie » (Calamandrei, 1950, p. 310). Le mot « procédural » perd alors la connotation formaliste, « désubstantialisante », qu'on lui attache aujourd'hui (Luhmann, 1969) mais, bien au contraire, il permet de concevoir le système du droit comme n'impliquant pas, par définition, sa propre finalité. Car une telle optique permet d'éliminer la séparation entre l'objet abstrait (droit), le jeu en tant que *game*, le comportement concret (*performance*, l'application des règles) et le jeu en tant que *play*. Et cela non pas parce que cette séparation n'est pas ou n'a pas été féconde sur le plan épistémologique, mais parce que si elle est proposée en ces termes, elle ne profite guère au droit. Ce n'est pas dans une telle optique que le paradigme du jeu peut être utile au droit, qui possède déjà, dans sa structure même, cette séparation entre la règle et l'approche à la règle (Crespi, 1986).

En revanche, une perspective procédurale du droit permet d'aborder le modèle du jeu par un biais différent qui permet de sauvegarder l'espace non réglementé, où se manifeste l'indifférenciation féconde du *jeu* dans le *je* et du *je* dans le *jeu*, dans toute la richesse inépuisable du lemme contenu dans le terme « jeu ». On a alors une signification moins forte, moins éclatante, comme « lorsqu'on dit de la pièce d'un mécanisme ou d'une porte qu'elle 'joue'... précisément... 'qu'elle a du jeu' » (Ost, van de Kerchove, 1982, p. 405).

Références bibliographiques

- AA.VV., 1965, *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Diritto processuale, Opere giuridiche, Napoli, I, p. 537-549.
- ANDRINI S., 1990, *La pratica della Razionalità*. Diritto e potere in Max Weber, Milano.
- ANTONI C., 1940, *Huizinga. Dallo storicismo alla sociologia*, Firenze, p. 191-210.
- ASCOLI M., 1928, *La interpretazione delle leggi*, Roma, (2ème édition par F. RICCOBONO), Milano, 1990.
- BERGSMA A.J., 1936, *Spengler en Huizinga*, Amsterdam, « De Idee », p. 277-303.
- BRUNNER H., 1892, *Deutsche Rechtsgeschichte* (1ère éd.) et 1906.
- CACCIARI M., 1976, *Krisis*, Milano, p. 77.
- CALAMANDREI P., 1950, « Il processo come giuoco », in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Padova, p. 487-511, ora in CALAMANDREI P., *Opere giuridiche* (par M. CAPPELLETTI), Napoli, I, 1965, p. 537-549 ; « Processo e democrazia », in *Opere giuridiche*.
- CANTIMORI D., 1936, Segnalazione della traduzione tedesca della *Crisi della civiltà*, in *Leonardo*, VII, p. 383.
- 1962, Saggio introduttivo a *La crisi della civiltà*, Torino, p. VII-XXXII.
- 1961, Recensione all'edizione tedesca di *Nederland's Beschaving in de Zeventiende Eeuw*, in *Critica storica*, 1, p. 70-75 già in HUIZINGA J., *La civiltà olandese del '600*, Einaudi, V, p. XI-XIX.
- CARNELUTTI F., 1953, « Giuoco e processo », in *Studi in onore di Vincenzo Arancio Ruiz*, Napoli.
- CORDIE C., 1941, « Immagini di Huizinga », *Letteratura*, V, n° 20, p. 13-22.
- CORDERO F., 1981, *Riti e sapienza del diritto*, Bari.
- CRESPI F., 1986, « Osservanza delle regole e rapporto con le regole », *Rassegna italiana di sociologia*, 3, p. 399-407.

- DOSSENA G., 1981, Introduction à R. CAILLOIS, *Les jeux et les hommes*, trad. italienne : *I giochi e gli uomini*, Milano, p. 247-252.
- ECO U., 1968, *La struttura assente*, Milano, en particulier p. 252 et suiv.
- 1973, « Huizinga e il gioco », Introduction a HUIZINGA J., *Homo ludens*, Torino, et dans ECO U., *Sugli specchi*, Milano, 1985, p. 283-300.
- FEBBRAJO A., 1984, « Legittimazione e teorie dei sistemi », *Sociologia del diritto*, 1, p. 29-33.
- FERRARI V., 1987, *Funzioni del diritto*, Bari.
- FROSINI V., 1970, »Situazione giuridica », *Novissimo digesto italiano*, vol. XVII, p. 468-471.
- GARIN E., 1953, Introduction a HUIZINGA, *L'autunno del Medio Evo*, Firenze, p. XI-XXXV.
- GOLDSCHMIDT J., 1925, *Der Prozess als Rechtslage. Eine kritik des prozessualen Denkens*, Berlin.
- HOHLENSTEIN W., 1938, *Huizingas Definition der Historie*, Eich bei Sempach.
- HUIZINGA J., 1935, *In de schaduwen van morgen, een diagnose van het geestelijk lijden van onzen tijd*, trad. italienne : *La crisi della civiltà*, Torino, 1937.
- 1940, *Herfsttij der Middeleeuwen*, trad. italienne : *L'autunno del Medio Evo*, Firenze.
- 1941, *Erasmus (Erasmus)*, Torino.
- 1946, *Homo ludens*, trad. italienne : *Homo ludens*, Torino.
- 1946, *Civiltà e storia* (saggi tradotti tra quelli che erano entrati a far parte della raccolta curata da W. KAEGI, *Im Bann der Geschichte*), a cura di G. CHIARUTTINI, Modena.
- 1947, *Der Mensch und die Kultur*, trad. italienne : *L'uomo e la cultura*, Firenze.
- 1948, *Geschonden Wereld*, trad. italienne : *Lo scempio del mondo*, Milano-Roma.
- 1967, *La mia vita alla storia*, Bari.
- JAEGER W., 1936, *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, 3 vol., Berlin.
- KAEGI W., 1946, *Historische Meditationen*, vol. II, Zurich, p. 9-42 et 245-86.
- 1947, *Das historische Werk Johan Huizingas*, Leiden.
- KOESTER K., 1947, *Johan Huizinga*, Oberursel, Verlag Europa- Archiv.
- LUHMANN N., 1969, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a M.
- MONGARDINI C., 1989, *Saggio sul gioco*, Milano.
- MORANDI C., 1947, *Prefazione a HUIZINGA J., L'uomo e la cultura*, Firenze, p. XI-XXII (éd. originale *Der Mensch und die Kultur*, Stockholm, 1938 ; publié par W. KAEGI dans le vol. *Parerga*, Basel, 1945, p. 11-32).

- MORPURGO TAGLIABUE G.,
1949, « Le opinioni sulla
storia di J. Huizinga », *Rivista di storia della filosofia*, IV,
p. 104-17.
- OST F., van de KERCHOVE M.,
1982, « Le 'jeu' de
l'interprétation en droit.
Contribution à l'étude de la
clôture du langage juridique », *Archives de philosophie du droit*, p. 395-409.
- Auto-organisation des systèmes juridiques et hiérarchie des normes* (document de travail), p. 5 et 7.
- Les rôles du judiciaire et le jeu du droit* (document de travail), p. 1-19, p. 3 et 4.
- OST F., 1986, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *Archives de philosophie du droit*, p. 131-162.
- PARLEBAS P., 1986, *Eléments de sociologie du sport*, Paris.
- PETROCCHI M., 1944,
« Ricchezze di J. Huizinga »,
in *L'uomo e la storia*, Bologna, p. 139- 42.
- RICCI E., 1990, « Calamandrei e la dottrina processuale etica del suo tempo », in AA.VV., *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, p. 77-100.
- TARELLO G., 1989, *Dottrine del processo civile*, Bologna.
- VAN VALKENBURG C., 1945, *Johan Huizinga*, Amsterdam.
- VOLGRAFF C.W., 1945, *Herdenking van J.H.*, Haarlem.
- WEBER M., 1907, « R. Stammlers 'Ueberwindung' der materialistischen Geschichtsauffassung », *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, et aussi in *Gesammelte Afsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, 1973.
- WITTGENSTEIN L., 1956, *Remarks on the Foundations of Mathematics*, London.