

ONTOLOGIE DU DROIT ET LOGIQUE DEONTIQUE *

"Bien que ce soit de la folie, voici
qui ne manque pas de logique".
(Shakespeare, *Hamlet*, II, 2)

Le fléau majeur qui menace la théorie dans le domaine du droit comme dans tout autre domaine d'investigation, c'est l'insuffisance de bases ontologiques, l'insuffisance d'élucidation de la structure propre des choses dont on veut parler : le manque de respect à leur identité même - à leur essence - fait inévitablement basculer la théorie vers l'irréalisme, pour ne pas dire les extravagances de pensée et le délire verbal. Ce danger, contre lequel la phénoménologie husserlienne a mis en garde au début de ce siècle, s'est illustré et a retenu l'attention dans le domaine juridique sous la forme du "sociologisme", mode de pensée qui a proliféré à partir du positivisme sociologique d'Auguste Comte¹ et qui revient à confondre lois juridiques et lois sociologiques et à donner pour objet d'étude aux juristes la réalité sociale dans son ensemble, les phénomènes sociaux ou comportements des hommes vivant en société. C'est contre ce travers de syncrétisme que Kelsen est parti en guerre, mais assez curieusement en développant un projet essentiellement épistémologique et non pas un projet ontologique, en voulant jeter les bases d'une "théorie pure du droit", c'est-à-dire dans son esprit d'une théorie "scientifique" rigoureuse, et non en cherchant à titre principal à dévoiler - à "épurer" - la structure même de la chose droit à notre conscience². C'est ce qui explique qu'il soit resté lui-même dans un autre

* Texte d'un rapport présenté à la Journée d'Etudes sur "Le raisonnement juridique" organisée à Paris le 25 avril 1992 sous le patronage de l'Association Internationale de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale (I. V. R.).

¹ On le trouve développé, en particulier, dans l'œuvre d'auteurs comme Eugen Ehrlich ou Hermann Kantorowicz dans les pays germaniques, Lucien et Henri Lévy-Bruhl en France, ou encore Carlos Cossio en Amérique Latine.

² Sur ce projet épistémologique qui sous-tend l'œuvre de Kelsen, cf. sa préface à la première édition de sa *Théorie Pure du Droit* (l'ouvrage indiquait alors en sous-titre "Introduction à la science du droit"), ainsi que sa note autobiographique de février 1927 publiée dans *Droit et Société*, 1987-7, p. 345 s. Voir également : R. Treves, "Hans Kelsen et la sociologie du droit", *Droit et Société*, 1985-1, p. 15 s. ; M. Troper, "Les

travers, du même ordre que le sociologisme, plus insidieux et encore plus répandu que lui : ce que j'ai proposé d'appeler le "logicisme"³.

Le logicisme consiste à méconnaître complètement la "chosité" même des normes juridiques en vigueur dans nos sociétés, leur nature d'outils historiquement constitués par des démarches humaines créatrices, pour ne voir en elles que du *logos*, de simples séquences de pensée discursive, de simples propositions que l'on peut traiter, d'une manière pour ainsi dire totalement désincarnée, comme des éléments non pas d'un processus socio-historique de commandement public, mais d'un simple processus logique de pensée, de raisonnement, - ce qui revient à gommer leurs contours spécifiques exactement comme si l'on réduisait, par exemple, les tables et les chaises que nous construisons et utilisons à du bois, les maisons à de la pierre ou les livres à du papier. Le logicisme équivaut à une déchosification, et en ce sens l'expression "conception hylétique des normes" utilisée par certains auteurs pour le désigner me paraît tout à fait appropriée⁴. Déchosifier, c'est ramener les choses à de la matière en occultant leur quiddité, leurs propriétés formelles ou structurelles distinctives ; or ce qui informe la matière d'un outil, c'est la destination instrumentale qui lui a été assignée : traiter un cendrier comme un morceau de verre ou une maison comme un amas de pierres, c'est faire complètement disparaître à notre conscience ces outils en tant que choses ou réalités spécifiques. De la même façon, les règles

théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit", in **Controverses autour de l'ontologie du droit**, sous ma direction, P.U.F., Paris, 1989, p. 56 s.

Il y a bien une ontologie juridique développée chez Kelsen, mais elle est au service de sa conception épistémologique, tout entière hypothéquée et prédéterminée par elle : ainsi, c'est pour pouvoir traiter les propositions de droit décrivant les normes juridiques comme des lois scientifiques articulant des rapports ou connexions (sur le modèle formel général "si..., alors...", - par delà les différences spécifiques que Kelsen trace entre les rapports de causalité qui caractériseraient les lois des sciences de la nature et les rapports d'imputation qui particulariseraient ces lois de la "science du droit") que le maître autrichien a été conduit à prêter une structure nécessairement conditionnelle ou hypothétique aux normes juridiques elles-mêmes et à les concevoir toutes sur le modèle des normes du droit pénal, c'est-à-dire comme des normes rattachant une sanction à un délit (**Théorie Pure du Droit**, 2^{ème} éd., trad. fr. Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 33 s., 46 s. et 139 s.). C'est encore dans le même dessein qu'il a été amené à privilégier artificiellement les normes juridiques à contenu général - et les propositions les décrivant - et à donner des normes juridiques particulières, en vue de les minimiser, une vision pour le moins surréaliste mais cadrant avec l'idée qu'il n'y a de science que du général (*ibid.*, p. 112).

³ Cf. mon ouvrage **Méthode phénoménologique et théorie du droit**, L.G.D.J., Paris, 1964, p. 181 s. ; et mes articles "A propos de la théorie kelsenienne de l'absence de lacunes dans le droit", **Archives de Philosophie du Droit**, 1988-33, p. 285 s., et "Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques", **Revue de Métaphysique et de Morale**, 1990-3, p. 402 s.

⁴ Carlos Alchourron et Eugenio Bulygin, "The expressive conception of norms", in **New studies in deontic logic**, R. Hilpinen ed., Reidel, Dordrecht, 1981.

juridiques, ce n'est pas simplement de la pensée énoncée, de la tessiture discursive véhiculant du sens, disons : du contenu de pensée codé en langage, mais des outils mentaux d'un type particulier élaborés, mis en service et pratiqués dans un certain contexte socio-historique⁵ ; ou si l'on préfère, une règle juridique a bien pour matériau de la pensée discursive, mais elle ne se réduit pas tout entière à ce matériau, pas plus qu'un outil du monde sensible ne se réduit dans sa réalité même d'outil à la matière dans laquelle il se trouve taillé.

Le logicisme dans la théorie du droit, et plus largement de l'éthique, se relie à une erreur d'optique dont a longtemps été victime l'ensemble de la pensée philosophique et qu'a voulu combattre Austin avec sa théorie des actes de langage (*speech acts theory*), - erreur d'optique consistant à ramener toute la réalité complexe de nos échanges linguistiques aux seules séquences de *logos* prononcées et à se cantonner à leur seule analyse, en faisant abstraction du contexte des actes de parole et de leurs éléments illocutoires dans lequel ce locutoire prend historiquement place et qui lui donne sa véritable dimension⁶. C'est ce qui explique que le logicisme ne sévisse pas seulement dans le domaine du droit et des règles de conduite en général ; il tend aussi à entacher l'approche de cette autre variété de règles que sont les lois scientifiques : j'en donnerai quelques exemples par la suite. Il reste que dans le secteur juridique, c'est un travers dans lequel les théoriciens manifestent encore à l'heure actuelle une propension particulièrement forte à tomber, probablement parce qu'ils ont l'habitude de penser le droit en dogmaticiens, c'est-à-dire en juristes ayant les yeux professionnellement rivés sur les énoncés de normes juridiques, puisqu'ils ont pour fonction essentielle d'approfondir et de systématiser le contenu même de la réglementation juridique édictée ; de là à finir par se persuader subrepticement que les règles juridiques se réduisent à ces contenus de

⁵ C'est en ce sens qu'on parle couramment et spontanément de l'*existence* des normes juridiques, expression *a priori* peu appropriée pour désigner des réalités mentales qui n'ont de présence que dans notre esprit auquel elles restent immanentes. Cette expression, qui a donné lieu à bien des développements obscurs chez les auteurs (cf., par exemple, Kelsen qui la définit bizarrement par l'idée de "validité" - *op. cit.*, p. 13 s., ou G. Kalinowski qui distingue une "existence faible" et une "existence forte" : "Une mise en question de la logique des normes", *Archives de Philosophie du Droit*, 1980-25, p. 357 s.), ne fait que traduire que les normes juridiques, comme toutes les règles en général, sont des outils créés, constitués historiquement, comme le laissent clairement apparaître les procédures législatives qui fonctionnent sous nos yeux. Il n'y a là aucune position "métaphysique" particulière, contrairement à l'opinion de certains auteurs qui prétendent, bien artificiellement, qu'on peut - et même qu'on doit - éviter de s'interroger sur cette "existence" ou réalité des normes juridiques, en faire abstraction dans les études et les discours qu'on leur consacre (cf. Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, trad. fr. Geneviève Warland, Story Scientia et L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 1992, p. 34 s.)

⁶ Cf. J. Austin, *Quand dire c'est faire*, trad. fr. Gilles Lane, Seuil, Paris, 1970, p. 113 et 149.

pensée codés en langage qui sont leur pain quotidien, il n'y a évidemment qu'un pas. Un pas que franchissent facilement même ceux qui s'élèvent vers les étages supérieurs de la théorie et entendent développer des réflexions de théorie générale ou de philosophie du droit, car, comme le relevait justement Portalis - et cette remarque conserve encore aujourd'hui toute sa pertinence -, "pour être philosophe en jurisprudence, on ne cesse pas d'être jurisconsulte"⁷. Mais le terrain d'élection du logicisme, dans la théorie du droit comme dans celle de l'éthique en général, c'est assurément celui de la logique des normes ou logique déontique : en se donnant pour tâche de travailler sur la matière de *logos* des normes, la logique déontique en vient le plus souvent - par une espèce de pente fatale - à raisonner comme si la réalité même des règles, et notamment des règles juridiques, se bornait à ces seuls segments de *logos*.

Mais avant d'en faire la démonstration, et pour mieux la conduire, il me paraît indispensable de rappeler certaines données ontologiques fondamentales relatives aux règles de conduite en général et aux règles juridiques en particulier. Ce rappel, je le ferai schématiquement en formulant l'ensemble de propositions qui suit.

*
* *
*

Toute règle ou norme est outil, comme l'indique la dérivation métaphorique dont ces appellations mêmes ont originairement procédé à travers le latin *regula* ou le grec *gnômon*. Une règle est un outil mental, taillé dans un matériau du monde intelligible et non pas du monde sensible : sa texture, c'est de la substance intellectuelle, du contenu de pensée.

Tout outil est, comme dit Heidegger, un *être-pour* : ce qui donne à un quelque chose du monde sensible ou du monde intelligible sa réalité même d'outil, c'est son *utilité*, le ce à quoi il est destiné à servir, la finalité instrumentale qui lui a été assignée par une intention humaine. Une règle, de la manière la plus générale, est un contenu de pensée auquel est assignée la vocation de donner la mesure du possible, d'indiquer la marge ou degré de possibilité pour certaines choses de survenir.

Les règles de conduite ont pour vocation spécifique d'indiquer à ceux à qui elles sont adressées la marge de leur possibilité d'agir, la marge de manœuvre ou latitude à l'intérieur de laquelle leurs accomplissements doivent se tenir : elles sont destinées à servir de support à leur volonté, à l'encadrer dans ses déterminations, dans le choix des

⁷ Cité par A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, L.G.D.J., Paris, 1969, p. 146.

lignes de conduite qu'elle arrête et qu'elle met à exécution. Elles sont, en ce sens, des outils de guidage ou de direction de la conduite humaine.

Les règles de conduite, règles pratiques destinées aux hommes en tant qu'acteurs, se différencient radicalement par là - en dépit de l'identité de genre qu'elles partagent avec elles - des lois scientifiques, règles théoriques destinées aux hommes en tant que spectateurs du monde et qui sont des outils de guidage de l'intelligence humaine à laquelle ils indiquent le degré de possibilité de survenance des choses dans le cours du réel en fonction des configurations circonstanciées, - ce qui permet, par application syllogistique, de prévoir et éventuellement de contrôler, de "domestiquer" l'à-venir, mais aussi à l'inverse, par la même démarche ou par une démarche inductive, de remonter le passé et de reconstituer le fil d'évènements antérieurement survenus⁸.

Ce qui fait d'un énoncé un énoncé de règle, ne lui est pas immanent : c'est la vocation instrumentale qui lui a été assignée par une intention humaine transcendante. Dans nos relations intersubjectives, cette intention fait partie des éléments illocutoires explicites ou implicites des actes de langage dans le cadre desquels sont socialement constitués ces outils. En particulier, c'est dans le contexte socio-historique de son énonciation par le législateur, à travers l'acte de parole constitutif de ce dernier - l'acte constitutif accompli par lui à l'aide de paroles -, qu'un énoncé nous apparaît en pratique comme un énoncé de règle juridique : c'est parce que le législateur a émis cet énoncé dans l'exercice de ses fonctions sociales d'autorité publique, parce qu'il a voulu commander à ceux à qui il s'adressait, c'est-à-dire parce qu'il a voulu mettre en vigueur, mettre autoritairement en service, en applicabilité, une règle à observer par eux, sur laquelle ils aient à ajuster leur conduite, c'est parce que ce qu'il a énoncé a ainsi reçu officiellement cette finalité instrumentale, a été ostensiblement constitué - établi - en norme, que cet énoncé se donne à nous comme un énoncé de règle, de règle juridique⁹.

⁸ Par application syllogistique de la loi "lorsque A et B se produisent, C doit se produire", on peut conclure que A et B s'étant produits, C a dû se produire ; par une démarche inverse, on peut conclure que C s'étant produit, A et B se sont eux-mêmes produits, - conclusion tirée à titre de certitude ou d'hypothèse plus ou moins probable selon que la loi scientifique en cause implique ou non que C doit se produire, mais ne doit se produire que, lorsque A et B se produisent.

⁹ Cela ne veut pas dire, bien sûr, que l'édiction ou position - la mise en vigueur autoritaire - soit le seul mode de constitution sociale des normes de conduite : dans nos relations intersubjectives, nous constituons des normes toutes les fois que nous étiquetons comme telles, explicitement ou implicitement, les contenus de pensée que nous énonçons, toutes les fois que nous manifestons cette destination instrumentale que nous leur donnons. Dans le champ juridique lui-même, en dehors des normes juridiques constituées par position de l'autorité publique, il y a d'autres possibilités de constitution sociale : par exemple, par proposition (formulation de contenus de pensée étiquetés comme étant à destination de direction publique des conduites, que l'on suggère officiellement aux pouvoirs publics compétents d'adopter et de promulguer - propositions et projets de loi déposés sur le bureau des assemblées parlementaires - ou que l'on aimerait simplement voir adopter et promulguer par eux) ou encore par supposition (le

*
* *

Le travers du logicisme, tel qu'il perçoit en particulier en logique déontique, c'est d'occulter ces divers éléments de la réalité juridique, de réduire et les règles juridiques outils mentaux de direction publique des conduites et les actes de parole eux-mêmes, les actes sociaux d'autorité qui les ont constituées, à du *logos*, à des segments de pensée discursive. Ce réductionnisme logiciste conduit ceux qui le pratiquent à s'adonner à une étrange alchimie, à prétendre effectuer de mystérieuses et inquiétantes transmutations des réalités qu'ils étudient. C'est ce réductionnisme logiciste et cette alchimie logiciste que j'évoquerai tour à tour dans les deux parties de mon exposé.

*
* *

professeur de droit qui dit à ses étudiants : "supposons une norme juridique ayant tel contenu : «...»" constitue par là-même cette norme à titre d'exemple imaginaire), sans parler de la constitution sociale de normes juridiques "pour rire", par jeu de simulacre (lorsque l'on s'amuse à "singer" les pouvoirs publics et à édicter des normes juridiques).

I Le réductionnisme logiciste

Dans les précédents développements, j'ai utilisé l'expression "énoncé de norme". C'est, à vrai dire, une expression fort ambiguë : une norme, en tant même que chose constituée, en tant même qu'outil, ne s'énonce pas. Quand on parle d'"énoncé de norme" - et c'est bien ainsi que je l'entends -, on veut parler en réalité, par un raccourci commode de langage, de l'énoncé d'un contenu de pensée auquel le locuteur lui-même ou autrui dont il évoque l'acte de parole, a assigné la fonction de norme. Mais chez les auteurs qui font de la logique déontique, qui étudient les règles de conduite, et notamment les règles juridiques, du point de vue de la logique, qu'ils soient d'ailleurs ou non des spécialistes de cette discipline, il y a une tendance très générale à considérer qu'un énoncé de norme, c'est littéralement l'énoncé d'un contenu de pensée qui serait en lui-même et pour lui-même une norme, qui en posséderait intrinsèquement tous les attributs ontologiques. Ce réductionnisme logiciste peut rester plus ou moins insidieux, implicite, discrètement à l'œuvre derrière les démarches des auteurs qu'il inspire. Il est bien souvent, et particulièrement chez les spécialistes, délibérément affiché et développé : dans ce cas, dès le départ, est posée à titre stipulatif une vision systématique tronquée des normes juridiques et règles de conduite en général, mais aussi, en même temps, des actes de parole auxquels elles donnent lieu.

1/ Les normes juridiques, tout d'abord, sont décrites comme des entités purement logiques, non pas comme des segments de pensée discursive historiquement constitués en outils, au sens desquels la fonction de règle de conduite a été empiriquement dévolue par certaines intentions humaines, par certaines démarches pragmatiques de notre esprit, mais de manière plus intemporelle comme des segments de pensée discursive présentant des propriétés syntaxiques particulières. Toute norme de conduite ne serait rien d'autre qu'un contenu de pensée dont l'énoncé serait doté d'une certaine particularité syntaxique ou, comme on dit plus couramment aujourd'hui, d'un certain "foncteur" normatif ou déontique.

a) Quel est ce prétendu "foncteur" ? Un certain désaccord se fait jour sur ce point.

Selon certains, il s'agirait du mode de verbe : une règle de conduite, et donc une règle juridique, serait un contenu de pensée énoncé à l'impératif. C'est une thèse qui a connu une certaine faveur dans les milieux juridiques français ; elle a eu d'illustres défenseurs comme René Capitant dans sa fameuse thèse de 1928 sur "l'impératif juridique" et plus récemment, au lendemain de la seconde guerre mondiale, Henri

Motulsky¹⁰. "L'impératif et l'indicatif, observait Capitant, sont deux modes de la conjugaison des verbes. Ces deux modes traduisent deux notions distinctes que l'on peut dénommer également impératif et indicatif... L'opposition entre indicatif et impératif est l'opposition entre ce qui est et ce qui doit être"¹¹. Je laisserai de côté ici les laborieux et acrobatiques efforts déployés par ces auteurs pour tenter d'expliquer pourquoi, en pratique, le législateur formule la réglementation juridique qu'il édicte, à l'indicatif présent ou futur ; il faudrait, du reste, expliquer aussi pourquoi, à l'inverse, les énoncés à l'impératif n'énoncent pas toujours des contenus de normes mais, par exemple, des suppositions ou hypothèses ("*Chassez le naturel, il revient au galop !*") ou encore des souhaits de bonheur ou de malheur ("*Soyez bénis !*", "*Allez au diable !*").

C'est une thèse différente, et même contraire, qui prévaut chez les spécialistes de logique déontique : les énoncés à l'impératif ne formuleraient pas des normes, mais des ordres ou impératifs qui devraient être distingués des normes¹². Une norme serait une entité logique puisant sa nature de norme de la présence dans son énoncé d'expressions articulant les verbes "devoir" ou "pouvoir" ou d'expressions synonymes : "X doit" ou "ne doit pas", "X peut" ou "ne peut pas", "X a le droit de" ou "l'obligation de", "il faut que", "il est interdit de", etc. Ce sont ces expressions qui seraient les foncteurs normatifs ou déontiques, générant le normatif, "créateurs de normes"¹³. Je laisserai ici aussi de côté les laborieuses explications fournies par ces auteurs pour expliquer le fait que cette prétendue "forme linguistique propre aux normes" ne soit généralement pas employée par le législateur lorsqu'il édicte des normes juridiques ; finalement, il serait possible, reconnaissent-ils, qu'une norme soit énoncée selon la syntaxe ordinaire des propositions théoriques ou même à l'impératif, encore que certains n'hésitent pas à conclure que le législateur édictant de la législation en tout ou partie dépourvue de foncteurs normatifs n'énoncerait pas, dans cette mesure, des règles mais des descriptions : le droit serait ainsi, en réalité, un entremêlement de règles et de descriptions et le législateur lui-

¹⁰ R. Capitant, **Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique**, thèse de doctorat, Paris, 1928, p. 1 s. ; H. Motulsky, **Principes d'une réalisation méthodique du droit privé**, Sirey, Paris, 1948, p. 13 s.

¹¹ R. Capitant, *op. cit.*, p. 1.

¹² Bien que ces auteurs reconnaissent, par ailleurs, qu'"il existe au moins trois manières de «prescrire une conduite»... : 1. l'impératif (ex. : *va te promener*)... ; 2. le discours normatif ou déontique (ex. : *il faut que tu ailles te promener*)... ; 3. le discours axiologique (ex. : *il est bien que tu ailles te promener*)..." (Jean-Louis Gardies, "Système normatif et système de normes", **Archives de Philosophie du Droit**, 1974-19, p. 76 s. ; cpr. R. Blanché, **Le raisonnement**, P.U.F., Paris, 1973, p. 205).

¹³ G. Kalinowski, **Introduction à la logique juridique**, L.G.D.J., Paris, 1965, p. 55 ; **La logique des normes**, P.U.F., Paris, 1972, p. 19 s.

même, tel Maître Jacques, coifferait tantôt le chapeau de commandant, tantôt celui de simple narrateur¹⁴. Mais il faudrait expliquer aussi, à l'inverse, pourquoi des énoncés dotés des fameux foncteurs déontiques en "devoir" ou "pouvoir" ne sont pas des énoncés de normes : c'est le cas, par exemple, lorsque je dis, pour exposer les projets ou encore l'état de la fortune de quelqu'un, qu'"il doit partir bientôt aux Etats-Unis" ou qu'"il peut s'acheter des châteaux".

Il est remarquable que l'on retrouve un écho de ce type d'approche dans la théorie de la science et des lois scientifiques, spécialement dans la théorie inspirée par le positivisme logique ou néopositivisme : ainsi, Rudolf Carnap définit une loi scientifique "comme un énoncé qui a la forme nomique" ; il suffirait, nous dit-il, "d'inspecter la forme d'un énoncé" pour savoir s'il mérite d'être appelé une loi. Mais il reconnaît lui aussi que "la question de savoir ce qu'il faut entendre exactement par la forme nomique - à savoir la forme de toute loi fondamentale possible - n'a toujours pas été tranchée" ; "je propose donc, conclut-il assez paradoxalement, de laisser de côté cette question non résolue et de supposer qu'il existe une définition rigoureuse de la forme nomique" ; cette supposition lui paraît suffisante pour constituer "une base pour la définition d'autres concepts importants"¹⁵.

b) Qu'elles soient développées à propos des lois scientifiques ou à propos des règles pratiques et notamment juridiques, toutes ces conceptions pèchent par leur irréalisme ; elles sont proprement *aberrantes* : elles errent à côté de la réalité. Kant a montré que l'existence n'est pas un attribut de l'essence, mais on pourrait dire plus généralement que l'existence ne fait pas partie du sens, des contenus de pensée : si les contenus des concepts sont impuissants à donner de l'existence aux choses qu'ils modélisent, les contenus des règles sont, en tant que tels, pareillement impuissants à donner leur existence ou réalité à ces règles elles-mêmes. Ce n'est ni par lui-même ni par des particularités intrinsèques de son énoncé qu'un contenu de pensée se trouve constitué en norme, mais par une intention humaine transcendante qui lui a assigné cette vocation instrumentale de servir à donner la mesure du possible. Ou, en d'autres termes, un contenu de pensée n'est constitué en norme que par une démarche pragmatique de notre esprit, et non par une simple articulation ou cheminement de nos contenus de pensée, par un simple cours de pensée ou processus logique. Peu importe, en conséquence, la

14 J. L. Gardies, art. préc., *Archives de Philosophie du Droit*, 1974-19, p. 83 ; *L'erreur de Hume*, P.U.F., Paris, 1987, p. 13 s.

Sur tous ces points, cf. mon étude "Philosophie du droit et théorie des actes de langage", in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, sous ma direction, P.U.F., Paris, 1986, p. 113 s.

15 R. Carnap, *Les fondements philosophiques de la physique*, trad. fr. J. M. Luccioni et A. Soulez, A. Colin, Paris, 1973, p. 204 s.

structure syntaxique de l'énoncé au sens duquel cette fonction de norme a été impartie ; peu importe la forme verbale utilisée (impératif, indicatif, subjonctif, infinitif, conditionnel, interrogatif) ; peu importe, d'ailleurs, que l'énoncé comporte ou non un verbe : on peut formuler des normes à l'aide de simples noms ("*Passeports !*", "*Feu !*"), d'adverbes ("*Dehors !*", "*Assez !*"), de locutions adverbiales ("*En avant !*"), d'adjectifs ("*Couché !*"), d'interjections ("*Hé bien ! Hé bien !*", "*Ouste !*"), d'onomatopées ("*Pst !*" pour enjoindre, par exemple, à quelqu'un de se taire). On peut, du reste, donner la fonction de norme à des contenus de pensée non codés en langage et véhiculés par la parole, mais communiqués par d'autres moyens, par de simples gestes ou signaux quelconques (gestes du bras et de la main intimant l'ordre d'avancer ou de se retirer, de se lever ou de s'asseoir ; doigt sur la bouche exprimant l'ordre de garder le silence ; coup de sifflet de l'agent de police enjoignant à un automobiliste de s'arrêter ou de circuler ; sifflotements expressifs, mouvements de la tête ou expressions du visage communiquant à autrui tels ou tels commandements ; etc.)¹⁶.

Sans doute, le contenu de pensée codé en langage que l'on investit de la fonction de norme doit-il se prêter, en pratique, à cette utilité sous peine d'échec pragmatique ; mais cela ne veut pas dire que ce contenu de pensée énoncé est norme en vertu de ses caractéristiques propres. Un siège, par exemple, c'est un outil pour s'asseoir ; le fabricant de sièges qui auraient des pieds de trois mètres de haut ou une aire de pose de quelques millimètres carrés, aurait peu de chances d'en vendre beaucoup, car il aurait fabriqué des sièges inutilisables : il aurait attribué cette vocation instrumentale à des objets inaptes à la satisfaire correctement. De même, le législateur qui édicte des dispositions que l'on qualifie couramment de "dispositions non-normatives", c'est-à-dire en réalité des dispositions impropres à bien remplir la vocation qu'il leur a assignée d'outils d'encadrement de la conduite humaine, exerce de façon défectueuse ses fonctions : les dispositions qu'il édicte ainsi ne sont pas par elles-mêmes des "non-normes" ; ce sont des normes, mais des normes dépourvues de valeur pragmatique, inutilisables ou quasi-inutilisables, inaptes à rendre les services auxquels on les a officiellement destinées (à l'instar, d'ailleurs, des dispositions législatives obscures, incompréhensibles, incohérentes). Et c'est justement parce que ces contenus de pensée énoncés ont été constitués en normes par l'intention du législateur et sont déjà perçus comme tels qu'on prétend ensuite leur dénier leur nature "normative" au regard de leurs caractéristiques intrinsèques.

En ce qui concerne plus précisément les prétendus foncteurs déontiques articulés autour des verbes "devoir" et "pouvoir" ou de termes équivalents et qui imprimeraient à un énoncé sa nature d'énoncé de norme, alors qu'ils seraient pourtant peu utilisés par le législateur, les

¹⁶ Sur ces succédanés d'actes de parole, cf. mon étude précitée in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, p. 130 s.

auteurs de logique déontique me paraissent commettre un contresens manifeste : il ne faut pas confondre, en effet, l'énoncé émis par le législateur et la fonction de norme dévolue au contenu de pensée énoncé. La fonction ainsi assignée à ce contenu de pensée implique qu'il va servir à donner, à ceux à qui s'adresse le législateur, la mesure de leur possibilité d'agir, la mesure de la marge de possibilité encadrant leurs accomplissements, leurs faits et gestes : c'est le principe même - en quelque sorte l'ombre portée - de la fonction de norme qui requiert du contenu de pensée énoncé qu'il serve à indiquer aux intéressés ce qu'ils peuvent faire ou ce qu'ils doivent faire ou ne pas faire. Mais peu importe que le législateur employe les termes "doit", "peut", "ne peut pas" : ce n'est pas la forme de l'énoncé qui est en cause, mais le contenu de pensée énoncé et la fonction d'encadrement de la conduite qu'on lui fait jouer et qui amène à en tirer (ou essayer d'en tirer) des obligations, des prohibitions ou des permissions¹⁷. A cet égard, du reste, une disposition n'est pas, comme on le croit, ou impérative ou prohibitive ou permissive en fonction du type de verbe "foncteur" qu'elle utilise ; par exemple, la disposition selon laquelle "telle autorité publique *peut* prendre tel type de mesures après avis de tel organisme" n'est pas une disposition purement et simplement permissive puisque énoncée en "pouvoir" : en tant qu'elle fixe la marge de manœuvre de cette autorité, elle indique tout à la fois une possibilité (prendre ou ne pas prendre les mesures en question), une impossibilité (prendre des décisions d'une autre nature que celle prévue, ce qui correspond à l'obligation de ne prendre que des mesures de ce type), et une autre obligation (prendre l'avis de tel organisme avant d'édicter les mesures arrêtées, ce qui correspond à l'impossibilité d'édicter ces mesures sans avoir pris l'avis de cet organisme). On le voit donc : ce qui compte, ce n'est pas la présence formelle des verbes "devoir" ou "pouvoir" dans l'énoncé, mais le rôle même de norme que l'on fait jouer à ce qui est énoncé ; et c'est pourquoi, précisément, des énoncés en "devoir" et "pouvoir" non dépositaires de cette intention ne nous apparaissent pas comme des énoncés de normes (cf. les exemples cités plus haut du type "X peut s'acheter des châteaux" : le locuteur ici vise à rendre compte de l'état de fortune de X, des moyens financiers - du "pouvoir d'achat" - dont il dispose, et non pas à constituer une norme de

¹⁷ Il est significatif que les tenants de la thèse des foncteurs déontiques en viennent parfois à reconnaître qu'en définitive, et contrairement à leurs affirmations de base, un énoncé de norme puisse ne pas comporter de foncteur, mais qu'il reste énoncé de norme parce que son *sens* est susceptible d'être exprimé par le biais d'autres énoncés contenant un foncteur : "Le langage de la loi est normatif (déontique) au sens propre : il est le langage des normes, elles sont énoncées grâce à lui. *Cependant, s'il est toujours normatif (déontique) au niveau des significations, il ne l'est pas toujours au niveau de la structure syntaxique des propositions signifiant les normes*" (G. Kalinowski, "Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi", *Archives de Philosophie du Droit*, 1974-19, p. 66 s.).

conduite - ou à rapporter le contenu d'une norme constituée - destinée à encadrer les accomplissements de X).

Ces marges de possibilité dont les normes sont, dans leur principe même, vouées à donner la mesure, correspondent à ce qu'on appelle des catégories modales. Mais la manière dont la logique déontique, dans le sillage de la logique traditionnelle, traite de ces catégories modales appelle bien des observations. Je me bornerai ici à en formuler deux qui me paraissent particulièrement importantes.

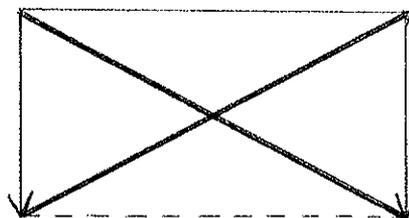
- *Première observation* : depuis Aristote, les catégories modales sont artificiellement présentées comme deux couples de notions logiques antithétiques : le nécessaire et le contingent, le possible et l'impossible. En réalité, s'il s'agit bien de catégories purement logiques, sans référent dans le monde, ces catégories expriment les différentes marges du possible, de la possibilité de survenance des choses, et elles se ramènent seulement à trois, - ces trois catégories fondamentales correspondant à trois degrés sur l'échelle de gradation du possible : l'impossibilité (degré 0 du possible), la nécessité (degré maximum, c'est-à-dire degré 1 du possible ou, ce qui revient au même, degré 0 du non-possible), et la contingence (degré intermédiaire entre 0 et 1). Autrement dit, les catégories modales forment un triangle et non pas un carré, comme on les représente traditionnellement. A chacun des termes de cette relation triangulaire s'opposent les deux autres : à ce qui ne peut avoir lieu s'oppose non seulement ce qui peut avoir lieu ou ne pas avoir lieu, mais aussi ce qui ne peut pas ne pas avoir lieu ; de même que la contingence exclut à la fois la nécessité et l'impossibilité et que l'impossibilité exclut à la fois la nécessité et la contingence.

C'est cette présentation triangulaire des modalités qui prévaut, de fait, dans l'œuvre d'Aristote et qui est développée dans **Les premiers analytiques** ; comme l'a bien montré Jean-Louis Gardies¹⁸, la conception quadrangulaire que le Stagirite a exposée dans **De l'interprétation** et que la postérité a privilégiée, se relie intimement à sa métaphysique, - à sa conception des êtres immobiles, éternels et nécessaires, qui incluent en eux la puissance d'être et n'excluent que la possibilité de ne pas être : d'où l'idée de "possible (ou contingent) unilatéral" qui l'a conduit à un carré de modalités. Gardies en donne la représentation suivante (les lignes fléchées exprimant la relation d'une proposition à son implication, la ligne en pointillé la relation des subcontraires ou disjonction, le simple trait la relation des contraires ou incompatibilité, et le trait gras la relation des contradictoires ou alternative) :

¹⁸ J. L. Gardies, **Essai sur la logique des modalités**, P.U.F., Paris, 1979, p. 13 s. Voir : Aristote, **L'organon**, trad. fr. J. Tricot, Vrin, Paris, vol. 1, 1989, **I Catégories - II De l'interprétation** (cf. notamment chap. 13, p. 126 s.), et vol. 2, 1983, **III Les premiers analytiques** (en particulier livre I, chap. 13, p. 59 s.).

Il est nécessaire
que cela soit

Il est impossible
que cela soit



Il est possible
que cela soit

Il est possible
que cela ne soit pas

Mais cette "implication" de la possibilité d'être dans la nécessité et, par symétrie, de la possibilité de ne pas être dans l'impossibilité est purement tautologique : le nécessaire implique le possible puisque c'est le degré maximum de la possibilité, et en même temps il exclut l'impossible puisque c'est le degré 0 de l'impossibilité ; de la même façon, l'impossible implique aussi l'idée de possible puisque c'est le degré 0 de la possibilité, mais il exclut le possible impliqué dans la nécessité, c'est-à-dire la nécessité elle-même¹⁹. De sorte que ce "carré" d'Aristote se ramène, en réalité, à la simple opposition entre le nécessaire et l'impossible ; mais ces deux notions s'opposent elles-mêmes au contingent, au possible aléatoire ou incertain, intermédiaire entre 0 et 1, comme il l'expose finalement dans **Les premiers analytiques** (I, 13) : "par être contingent et par le contingent, j'entends ce qui n'est pas nécessaire et qui peut être supposé exister sans qu'il y ait à cela d'impossibilité". Tel est, dit-il, le "sens propre" du contingent ; ce n'est que dans un "sens équivoque", reconnaît-il, que "nous pouvons dire du nécessaire qu'il est contingent".

- *Seconde observation* : toutes les règles, aussi bien les règles scientifiques que les règles de conduite, en tant qu'elles donnent la mesure du possible, s'articulent logiquement sur ces catégories modales. Depuis Leibniz, on s'en est rendu compte pour les règles de conduite, et notamment pour les règles juridiques²⁰. Encore conviendrait-il de cesser

¹⁹ Le caractère tautologique de l'implication du possible dans la nécessité perçue à travers nos manières mêmes de nous exprimer : ainsi, quand je dis "J'ai la possibilité, et même l'obligation de faire telle chose", je veux signifier que non seulement le possible n'est pas exclu dans ce cas, mais même que c'est le degré maximum du possible qui est prévu par le réglementation applicable.

²⁰ Voir : J. L. Gardies, *op. cit.*, p. 87 s. ; **Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique**, L.G.D.J., Paris, 1972, p. 53 s. ; "Modalités et normes", *A.R.S.P.*, 1976, LXII/4, p. 465 s. ; G. Kalinowski, **La logique des normes**, p. 79 s. ; G. Kalinowski et J. L. Gardies, "Un logicien déontique avant la lettre : G. W. Leibniz", *A.R.S.P.*, 1974, LX/1, p. 79 s.

de parler de quatre “modalités déontiques” : l'*obligatoire* et le *facultatif* (qui serait seulement possibilité unilatérale de ne pas faire), l'*interdit* et le *permis* (qui serait seulement possibilité unilatérale de faire). Il n'y a pas de possibilité unilatérale ; le *facultatif* et le *permis* se confondent dans une seule et même catégorie : entre l'*obligatoire* et l'*interdit*, il y a la possibilité de faire ou de ne pas faire, qu'on l'appelle permission ou faculté ou encore pouvoir. Qu'on l'envisage par rapport à la catégorie de l'*obligation* ou par rapport à celle de l'*interdiction*, cette catégorie intermédiaire ne se conçoit que comme “bilatérale” dans son principe même. Comme l'observe Gardies, “un *droit* qui n'est pas accompagné d'un *droit de ne pas* se confond avec l'*obligation* ; et inversement, si j'ai le *droit de ne pas* faire quelque chose, sans avoir en même temps le *droit de* le faire, c'est qu'il m'est interdit de le faire. Bref *droit de* et *droit de ne pas* n'ont l'un et l'autre aucune existence séparée”²¹.

Mais surtout, il conviendrait d'apercevoir clairement que les règles scientifiques elles aussi, en tant même que règles donnant la mesure du possible, interfèrent par hypothèse avec les catégories modales : contrairement à ce que prétend, par exemple, Kelsen²², les lois scientifiques ne s'articulent pas sur le principe logique “si A est, B est”, mais bien sur les principes logiques “si A se produit, B doit se produire”, ou “ne peut pas se produire”, ou encore “peut - ou, en termes de lois probabilistes graduant cet espace intermédiaire entre 0 et 1, a tant de chances de - se produire”. La seule différence - mais elle est de taille, bien évidemment - entre les lois scientifiques et les règles de conduite, c'est que les premières - outils d'encadrement théorique du flux événementiel pour guider les hommes spectateurs du monde - donnent la mesure du possible dans l'ordre de la réalité, des choses qui se réalisent, se produisent sous nos yeux (à quoi correspondent ce que les logiciens appellent les “modalités ontiques”), tandis que les secondes - outils d'encadrement pratique de la conduite humaine pour diriger les hommes acteurs dans le monde - donnent la mesure du possible dans l'ordre des choses à réaliser, à accomplir (à quoi correspondent ce que les logiciens appellent les “modalités déontiques”). C'est cette différence entre l'ordre des faits domaine des lois scientifiques et l'ordre des “à-faire” humaines domaine des règles de conduite, c'est-à-dire en définitive entre les deux grands volets de l'être-au-monde des hommes : la spéculation et l'action, que l'on évoque traditionnellement mais bien obscurément sous les notions de *Sein* et de *Sollen*, d'*être* et de *devoir-être*.

²¹ J.L. Gardies, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, p. 67 s. Cf. aussi Paul Dubouchet, *Sémiotique juridique*, P.U.F., Paris, 1990, p. 166 s.

²² Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 2^{ème} éd., p. 106 s. Cette position est partagée par bien d'autres auteurs (cf., par exemple, Aulis Aarnio, *op. cit.*, p. 78 s.).

Ces dernières notions, par leur obscurité même, sont une source d'équivoques et de malentendus : dans la théorie du droit et de l'éthique, en effet, l'idée de *Sollen* tantôt vise à exprimer le domaine des à-faire humaines encadré par les règles de conduite (l'opposition *Sein/Sollen* correspondant alors à la différence de vocation spécifique des règles scientifiques et des règles pratiques), tantôt est confondue syncrétiquement avec l'idée même de règle (l'opposition *Sein/Sollen* signifiant alors que les règles de conduite - mais ceci vaut aussi pour les lois scientifiques - ne sont pas des choses naturelles, données par la simple observation de la nature, puisqu'elles sont des construits de notre esprit mettant en œuvre des catégories modales). En faisant ainsi du *Sollen*, non plus le domaine des règles de conduite, mais la caractéristique même de leur structure logique fondamentale, et une caractéristique conçue comme étant leur apanage exclusif, on brouille complètement l'image des règles scientifiques, qui participent de la même structure logique modale. En même temps, en confondant ainsi *Sollen* ou *devoir-être* et structure modale des règles de conduite, on rend difficilement compréhensible que ces règles puissent comporter d'autres modalités que le devoir ou obligation de faire ou de ne pas faire, c'est-à-dire qu'elles puissent articuler des permissions ; l'embarras de Kelsen sur ce point est typique : "le mot *norme* exprime l'idée que quelque chose *doit* être ou se produire, en particulier qu'un homme *doit* se conduire d'une certaine façon. Telle est la signification que possèdent certains actes humains qui, selon l'intention de leurs auteurs, visent à provoquer une conduite d'autrui... L'autre *doit* se conduire de cette façon. Celui qui ordonne, permet ou habilite, veut ; celui à qui le commandement s'adresse ou celui à qui est donnée la permission ou l'habilitation doivent (*sollen*). Il faut souligner immédiatement qu'en écrivant ces dernières propositions, on donne au verbe *devoir* (*sollen*) une signification plus large que sa signification habituelle. Dans le langage usuel, c'est seulement au commandement que l'on fait correspondre un *devoir* (*Sollen*) ; à la permission, l'on fait correspondre un *avoir le droit de* (*Dürfen*) ; à l'habilitation enfin, un *pouvoir* (*Können*). Au contraire, tel qu'on vient de l'employer, ce terme *devoir* (*sollen*) désigne la signification normative de tout acte qui se rapporte en intention à la conduite d'autrui. *Devoir* (*sollen*) comprend donc aussi *avoir le droit de* (*dürfen*) et *avoir le pouvoir* (*Können*)"²³.

²³ Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 2^{ème} éd., p. 6 s. Ajoutons que l'idée de *Sollen* chez Kelsen est d'autant plus obscure qu'elle recouvre une autre confusion. Par analogie avec la théorie kantienne faisant reposer la science et les lois scientifiques sur des catégories logiques - des catégories de la logique transcendantale -, Kelsen fait du "*Sollen*" des normes juridiques, c'est-à-dire de leur structure modale, à la fois une propriété de ces normes et une catégorie logique de l'entendement de celui qui les étudie, - une catégorie transcendantale de la "science du droit" elle-même : "Kant a démontré que la causalité n'est pas une idée transcendante, donc métaphysique, mais une catégorie de la logique transcendantale, un principe gnoséologique permettant de comprendre la réalité naturelle. Il est vrai que pour lui le devoir est une idée morale et non une catégorie logique. Aussi bien n'a-t-il pas su écarter la métaphysique, qu'il avait ébranlée dans sa

2/ La réduction des normes de conduite à du *logos* possédant certaines caractéristiques intrinsèques aboutit, par ricochet, à applatir également la réalité des actes de parole qui les constituent dans nos relations intersubjectives. Ce sont, en effet, les éléments intentionnels (ou "illocutoires") afférents à un acte de parole socialement constitutif qui assignent au contenu de pensée adressé à autrui la fonction de norme : à partir du moment où l'on occulte ces éléments intentionnels, on ampute du même coup l'acte lui-même ainsi accompli, on en supprime tout le relief, on gomme le type même de démarche auquel il correspond.

C'est ainsi que l'acte de prescription d'une norme, par exemple l'édiction d'une norme juridique par le législateur, se trouve généralement ramené au simple acte - complètement désincarné, éthéré - de "dire une norme", d'émettre une séquence de *logos* ayant par elle-même la nature d'une norme. L'acte prescriptif serait, en ce sens, un simple "acte normatif", un acte de prononciation d'une norme : "prescriptif" et "normatif" sont des notions pratiquement confondues en logique déontique, on utilise les deux termes comme synonymes, parce qu'on ne discerne plus le relief propre des actes de parole auxquels donnent lieu les normes de conduite, et notamment les normes juridiques ; on ne reconnaît plus d'épaisseur à ces actes derrière les énoncés que l'on tient en eux-mêmes et de par eux-mêmes pour des normes, - sinon la mince épaisseur d'un *flatus vocis*.

Dans une telle perspective, on a bien du mal à distinguer l'acte de parole du législateur de ceux de ses porte-parole : quand un théoricien du droit, en effet, ou un conseil juridique ou même un tambour de ville répète ou paraphrase ce qu'a dit le législateur, les dispositions qu'il a émises, ne fait-il pas la même chose que le législateur, ne *dit-il pas*, c'est-à-dire ne prescrit-il pas, une règle ? La différence, à laquelle on se raccroche, entre le *langage* du législateur, ce qu'il a dit, et le *métalangage* de celui qui dit ce qu'a dit le législateur, ne permet guère de clarifier beaucoup les choses, de leur restituer beaucoup de relief : c'est comme si l'on décrivait la différence entre l'acte accompli par un artiste qui a peint un tableau, et l'acte accompli par un vandale qui a peinturluré par-dessus,

philosophie de la nature, lorsqu'il a formulé sa philosophie du droit inspirée de la doctrine traditionnelle du droit naturel. La Théorie pure du droit, qui est une théorie du droit positif, donc de la réalité juridique, transpose le principe de la logique transcendantale de Kant en voyant dans le devoir, dans le «*sollen*», une catégorie logique des sciences sociales normatives en général et de la science du droit en particulier" (op. cit., 1^{ère} éd., trad. fr. H. Thévenaz, Ed. de la Baconnière, Neuchâtel, 1953, p. 59 s. ; cpr. 2^{ème} éd., p. 105 s.). De là, l'idée étrange que la société pourrait être étudiée sous deux principes transcendants différents et donner lieu à une science normative, et notamment juridique, en "*sollen*" et à une science causale en "*sein*" (la même dichotomie étant présentée, par contre, comme illégitime dans les sciences de la nature) : op. cit., 2^{ème} éd., p. 117 s.

en simples termes de couches de peinture distinctes ne se situant pas au même niveau ! Il suffit d'évoquer l'embarras de Kelsen lorsque, après avoir tracé une séparation conçue comme radicale entre les règles juridiques énoncées par le législateur (*Rechtsnormen*) et les propositions de droit énoncées par le juriste (*Rechtssätze*), il est amené à reconnaître que les *Rechtssätze* sont elles aussi des *Soll-Sätze* : "les propositions juridiques que la science du droit doit formuler ne peuvent être que des propositions affirmant un devoir-être (*Soll-Sätze*). Mais il faut observer - et c'est la difficulté logique que présente l'analyse de ces données - que l'emploi du mot *sollen* par et dans les propositions juridiques formulées par la science du droit ne fait en aucune façon qu'elles prennent la signification autoritaire des normes juridiques qu'elles décrivent ; dans les propositions juridiques, le *Sollen* a un caractère simplement descriptif"²⁴.

La véritable clarification consisterait à apercevoir qu'on est en présence, non pas simplement de langages différents, mais d'*actes de langage* différents. Le législateur accomplit, au moyen de paroles, un acte social constitutif marqué du sceau de l'autorité, il exerce une fonction dirigeante, il met en vigueur des normes à observer par ceux auxquels il s'adresse : comme l'indique l'étymologie même du mot "commandement", il leur met en main (*manum dare*) un objet, une norme, pour qu'ils règlent leur conduite sur elle. Le théoricien, le conseil juridique ou le tambour de ville accomplissent, eux, de tout autres actes : ils donnent connaissance de la *teneur* des règles juridiques édictées par le législateur ; ce faisant, ils ne prescrivent pas eux-mêmes ces règles et n'exercent pas une fonction sociale d'autorité. C'est ce que Kelsen cherche, du reste, à exprimer - mais bien imparfaitement - en disant que les énoncés du législateur correspondent à des "actes de volonté" tandis que ceux de la "science du droit" correspondent à des "actes de connaissance", comme si tous les actes humains - entendons : tout ce par quoi l'homme est actif et non passif - n'étaient pas des actes de volonté et comme si, par ailleurs, l'activité de lecture, de paraphrase ou même d'analyse approfondie des textes juridiques avait la nature d'une activité "scientifique".

En même temps, cette mise au point permet de lever une autre obscurité entretenue en logique déontique : certains auteurs distinguent, notamment à la suite de Husserl, les ordres ou impératifs et les normes de conduite en prétendant que les premiers ne sont pas susceptibles d'être dits vrais ou faux à la différence des secondes. Il semble que, derrière cette distinction, ces auteurs aient en vue, d'un côté, les actes d'autorité, de commandement, qui s'illustrent par excellence - mais pas uniquement - sous une forme impérative et, de l'autre côté, non pas les normes elles-mêmes, mais les actes donnant connaissance de leur teneur²⁵. Ce que

²⁴ Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 2^{ème} éd., p. 109 s.

²⁵ Voir, par exemple, ces observations de Georges Kalinowski : "Aucun doute que les ordres ne tombent pas sous les catégories du vrai et du faux. En est-il ainsi des normes ? Des auteurs fort différents, tels A. Naess par exemple et H. N. Castaneda, s'accordent

prescrivent les premiers, ce qu'ils mettent en vigueur, ne peut effectivement être vrai ou faux, puisqu'il s'agit de normes, c'est-à-dire des objets, des outils mentaux que ces actes constituent, qu'ils établissent socialement ; ce dont les seconds donnent connaissance, c'est la teneur de normes constituées, les contenus de pensée auxquels un législateur a assigné la fonction de règles de conduite ou encore, dans une perspective cognitiviste qui perce souvent chez ces auteurs, une teneur normative naturellement donnée, présente et observable dans la nature²⁶. Peu importe ces dernières nuances d'arrière-plan : la teneur diffusée par le porte-parole est bien susceptible d'être dite vraie ou fautive par rapport au contenu de pensée constitué en norme par le législateur lui-même ou par rapport à la teneur normative naturellement donnée ; dans l'un et l'autre cas, il y a un référent.

Ces observations sont, d'ailleurs, transposables dans le domaine des énonciations relatives aux lois scientifiques. Ce que disent les porte-parole donnant connaissance de la teneur d'une loi scientifique qui a été établie, socialement constituée par tel ou tel savant, peut être tenu pour vrai ou faux par rapport à ce référent qu'ils visent. Par contre, la loi scientifique elle-même, l'outil mental construit par le savant est insusceptible d'être dit vrai ou faux ; une loi scientifique ne peut ni être vérifiée par l'expérience comme l'impliquaient les néopositivistes, ni être falsifiée par l'expérience comme le prétend Popper. Elle peut seulement être ou non pragmatiquement valable, performante, rendre ou non de manière satisfaisante les services qu'on en attend, c'est-à-dire permettre de se repérer dans le déroulement du cours des choses. C'est un point sur lequel la seconde partie de cette étude va me donner l'occasion de revenir.

pour dire qu'il n'y a rien d'inadmissible *a priori* dans une expression telle que «'Charles doit payer sa dette' est vrai si et seulement si Charles doit payer sa dette», expression définissant précisément la vérité de la norme dont elle parle. A notre avis non seulement rien ne l'exclut *a priori*, mais encore tout incline à l'admettre" (**La logique des normes**, p. 24). "L'homme de la rue ne tient-il pas spontanément les normes - nous disons bien les normes et non pas les impératifs proprement dits - pour vraies ou fausses ? En effet, qui admet la norme morale : «L'homme doit respecter la vie d'autrui» ou «Personne ne doit calomnier» répond sans hésiter qu'il est vrai que l'homme doit respecter la vie d'autrui (même si le législateur permet voire ordonne le contraire) ou que personne ne doit calomnier" (art. cit., **Archives de Philosophie du Droit**, 1980-25, p. 351). Cpr. J. L. Gardies, **Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique**, p. 33 s.

²⁶ C'est en ce sens, d'ailleurs, que Husserl classait les impératifs parmi les "actes non objectivants" et les jugements de valeur - conçus, dans une perspective cognitiviste, comme de simples constatations - fondant les normes et se confondant pratiquement avec elles, parmi les "actes objectivants" (cf. Carlos Cossio, "La norme et l'impératif chez Husserl", in **Mélanges en l'honneur de Paul Roubier**, t. I, Dalloz, Paris, 1961, p. 145 s. ; G. Kalinowski, "La logique des normes d'Edmund Husserl", **Archives de Philosophie du Droit**, 1965-10, p. 107 s. ; Paul Dubouchet, **Les normes de l'action. Droit et morale**, L'Hermès, Lyon, 1990, p. 19 s.).

II L'alchimie logiciste

A partir du moment où l'on occulte dans les règles, et notamment les règles juridiques, leur réalité de choses constituées dans un certain contexte historique par une démarche pragmatique de l'esprit humain, pour les réduire à de simples contenus de pensée codés en langage, à du *logos*, à des propositions logiques, on est inévitablement amené à des prétentions extravagantes : du fait même de cette déchosification ou dérification, le théoricien se trouve, pour ainsi dire, en prise directe avec ces segments de *logos*, sans que s'interposent entre eux et sa propre subjectivité la distance, les barrières de résistance d'une réalité ; ayant en somme simplement de la pensée présente à l'esprit, il se croit autorisé à la soumettre, comme sa propre pensée, au tribunal de sa raison et à tous les traitements qu'autorisent ou qu'imposent les principes de la logique formelle ou "lois de la pensée". C'est ce que j'appelle l'"alchimie logiciste" : le théoricien ici, à la manière du mythe faustien, prétend interférer avec la réalité qu'il étudie, participer à sa création, lui faire subir des transformations, voire des cataclysmes. C'est à cette fantastique ou hallucinante alchimie que s'adonnent, en logique déontique, tous ceux qui prétendent appliquer aux normes, et notamment aux normes juridiques, les principes logiques de non-contradiction, d'une part, et d'inférence, d'autre part. Il convient de s'arrêter sur ces deux points.

1/ Le principe de non-contradiction s'impose aux normes, y compris à celles édictées par le législateur, sous peine de devoir être tenues pour nulles et non avenues : voilà ce qu'estiment tous ceux qui pensent que les normes sont susceptibles d'être dites vraies ou fausses. Mais même d'autres auteurs, qui ne partagent pas cette dernière opinion, ont soutenu que le principe de non-contradiction était néanmoins applicable aux normes : c'est le cas, par exemple, d'Ota Weinberger²⁷. Kelsen a eu pendant longtemps une position similaire, estimant notamment, dans la première édition de sa **Théorie Pure**, qu'"une science normative ne peut admettre de contradiction entre deux normes appartenant au même système"²⁸. Dans la seconde édition, toutefois, le Chef de l'Ecole de Vienne a exprimé sur ce point des réticences qu'il a surmontées d'une

²⁷ O. Weinberger, **Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik**, Berlin, 1981 ; "The expressive conception of norms - an impasse for the logic of norms", **Law and Philosophy**, 1985-4, p. 166 s. Cf. E. Bulygin, "Norms and logic, Kelsen and Weinberger on the ontology of norms", **Law and Philosophy**, 1985-4, p. 145 s.

²⁸ Kelsen, **Théorie Pure du Droit**, 1^{ère} éd., p. 134.

manière bien peu convaincante : “si les normes juridiques, écrit-il, ne peuvent être ni vraies ni fausses, parce qu’elles constituent des prescriptions, c’est-à-dire des commandements, des permissions ou des habilitations, la question se pose de savoir comment il est possible d’appliquer aux rapports entre normes juridiques (ainsi que l’a fait depuis toujours la théorie pure du droit) des principes logiques, en particulier le principe de non-contradiction, et les règles du raisonnement ; selon les idées traditionnelles en effet, ces principes ne sont applicables qu’à des assertions qui peuvent être soit vraies, soit fausses. La réponse à cette question est la suivante : les principes logiques peuvent être appliqués aux normes juridiques, sinon directement, du moins indirectement, en tant qu’ils sont applicables aux propositions de droit qui énoncent ces normes juridiques, propositions qui peuvent être vraies ou fausses. Deux normes juridiques se contredisent, et l’on ne peut par suite pas affirmer que l’une et que l’autre sont valables, si les deux propositions juridiques qui les décrivent se contredisent”²⁹.

Cette idée d’une application indirecte des principes logiques aux normes juridiques à travers les propositions des juristes qui les décrivent n’est pas propre à Kelsen : on la retrouve dans le courant de pensée qui assimile la logique déontique, non pas directement à une logique des normes, mais à une logique des énoncés sur les normes³⁰. Elle est, en vérité, insoutenable, car lorsqu’un juriste décrit les contenus contraires ou incompatibles de deux normes qui ont été édictées par le législateur, il ne se contredit aucunement : ces contenus sur lesquels il affirme ne sont pas les contenus mêmes de ses propres assertions, il ne se les approprie pas en assertant sur eux. Et, par ailleurs, la prétention de celui qui décrit de tenir pour nul l’objet qu’il a à décrire sous prétexte que cet objet l’amène à se contredire est proprement insensée : dans cette optique, les microphysiciens devraient tenir pour nulles les réalités quantiques sous prétexte qu’ils sont obligés pour en rendre compte utilement de développer deux théories incompatibles dans leur principe, la théorie ondulatoire et la théorie corpusculaire !

On ne peut davantage retenir la manière dont Kelsen, dès la première édition de la **Théorie Pure**, a prétendu limiter cet embarrassant problème des antinomies juridiques en le cantonnant uniquement aux normes de même degré dans la hiérarchie juridique : en cas de conflit entre une norme supérieure et une norme inférieure (par exemple, entre une disposition constitutionnelle et une disposition de loi ordinaire), tant que la norme inférieure n’est pas annulée par les autorités juridiques compétentes, il n’y aurait aucune contradiction logique pour le

²⁹ Kelsen, **Théorie Pure du Droit**, 2^{ème} éd., p. 101 s.

³⁰ Voir à ce sujet : G. Kalinowski, “Logique juridique et logique déontique”, **Revue de Synthèse**, n°118-119, avril-sept. 1985, p. 229 s. (pp. 236-237 l’auteur dénonce le caractère artificiel et superflu de ce distinguo).

théoricien ; il lui faudrait considérer que le droit tient pour valables (c'est-à-dire en conformité avec les normes supérieures) aussi bien les normes inférieures conformes par leur contenu aux normes supérieures que celles y contrevenant pendant tout le temps où elles restent néanmoins en vigueur³¹. Kelsen confond ici tout à la fois contradiction, applicabilité, validité juridique et validité logique des normes juridiques : le contenu d'une norme juridique incompatible avec celui d'une norme juridique de degré supérieur constitue bien une hypothèse d'antinomie juridique, de conflit ou contrariété de normes ; que la norme inférieure reste applicable (pour une raison ou pour une autre : absence de procédure d'annulation rétroactive ou non-rétroactive, abstention de ceux qui sont habilités à mettre en route cette procédure, forclusion de délai,...) n'empêche qu'elle soit entachée juridiquement d'invalidité, de non-conformité à la norme supérieure avec laquelle elle devrait être en accord : et c'est précisément pour sanctionner cette invalidité juridique qu'une annulation risque d'intervenir dans ce cas. La non-validité juridique n'est pas, ainsi que Kelsen le donne à croire, synonyme de nullité comme en logique où la nullité de deux contenus de pensée contradictoires simultanément assertés correspond à l'absurdité, à l'anéantissement de sens produit par cette contradiction même ; la nullité juridique consiste, de manière tout à fait différente, en l'inapplicabilité d'une norme, notamment à la suite d'une procédure officielle de mise hors service ou procédure d'annulation. Le fait qu'une norme juridiquement invalide à raison de l'incompatibilité logique de son contenu avec celui d'une norme supérieure soit néanmoins applicable, n'efface donc pas cette incompatibilité même. Dès lors, si le principe logique de non-contradiction s'applique, même indirectement, aux normes juridiques, le théoricien devrait tenir pour nulles les deux normes en question ou, au minimum, la norme inférieure indépendamment de son éventuelle annulation par l'organe juridique compétent. Ce sont précisément ces extrémités, manifestement insoutenables (et de nature à saper la "science du droit" qu'il voulait fonder), que Kelsen a voulu éluder par cette spécieuse échappatoire.

Enfin, mais assez tardivement, en 1962, le maître autrichien en est venu à se dégager du logicisme et à reconnaître que le principe de non-contradiction était totalement inapplicable aux normes juridiques³². En tant que lecteur et disciple de Kant, il aurait dû s'en rendre compte plus tôt. En effet, dans son *Essai pour introduire en philosophie le*

³¹ Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 1^{ère} éd., p. 129 s. ; 2^{ème} éd., p. 355 s.

³² Kelsen, "Derogation", in *Essays in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, p. 339 s. Cf. Ota Weinberger, "Logic and the Pure Theory of Law", in *Essays on Kelsen*, R. Tur and W. Twining ed., Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 187 s.

concept de grandeurs négatives publié en 1763³³, le philosophe de Königsberg avait clairement mis en garde contre ce genre de syncrétisme en invitant à bien distinguer entre les “oppositions logiques” et les “oppositions réelles”. Il y a opposition logique, et je me contredis, si j’asserte deux contenus de pensée contraires - c’est-à-dire si je les présente comme des tableaux de la réalité - car une même réalité ne peut revêtir au même moment deux états différents : l’assertion que A est réfute l’assertion contraire que A n’est pas ; et le résultat de cette contradiction, c’est donc que les deux contenus assertés s’annulent, s’anéantissent en quelque sorte par télescopage, donnant lieu à du non-sens, du sens néantisé, de l’inintelligible, - un tableau noir ne représentant plus rien. Il est contradictoire, par exemple, d’asserter tout à la fois que tel corps est en mouvement et qu’au même moment le même corps est au repos. Il s’ensuit, notamment, que la négation de l’un de ces contenus de pensée (*tel corps n’est pas en mouvement*) équivaut logiquement à l’admission de l’autre (*ce corps est au repos*). Il y a opposition réelle lorsque deux choses - deux réalités - ont des attributs opposés, sont des choses contraires, sans qu’on puisse dire pour autant que mes assertions sur ces choses contraires sont *ipso facto* contradictoires : Kant cite l’exemple de la dette et de la créance, ou encore celui du lever et du coucher. Ici l’exclusion de l’une de ces choses n’équivaut pas à l’admission de l’autre : l’absence de dette n’implique pas l’existence d’une créance, s’abstenir de se coucher n’équivaut pas à se lever. Les contenus de pensée assertés à ce sujet ne sont pas contradictoires : je peux asserter, sans me contredire, tout à la fois que j’ai une dette et que j’ai une créance, ou encore que je n’ai ni dette ni créance, car on peut dans la réalité posséder des choses contraires ou n’en posséder aucune ; de même, je peux asserter, non pas qu’au même moment je fais deux actes contraires, mais que je n’en fais aucun, ni l’acte de me lever, ni celui de me coucher. De la même façon, dans le prolongement même de cette analyse kantienne, on doit reconnaître que les oppositions entre normes juridiques, et plus généralement entre normes tout court, sont des oppositions réelles et non pas logiques ; les assertions du théoricien qui visent à rendre compte de ces oppositions ne sont pas contradictoires. Les normes juridiques sont des choses, même si ces choses sont des réalités mentales, de la pensée chosifiée ; ce ne sont, en aucune façon, de simples contenus de pensée assertés par le théoricien qui en donne la teneur, - des contenus qui se confondraient avec sa propre pensée. En tant que choses, elles ne sont pas soumises au principe logique de non-contradiction : deux normes juridiques ayant des contenus contradictoires ne sont pas elles-mêmes contradictoires ; elles sont en opposition, en conflit, elles sont antinomiques de par leurs attributs, mais elles ne s’annulent pas pour autant, ne laissent pas place à du néant, à du pur non-sens, car elles ne se réduisent pas à du sens et encore moins à du

³³ Trad. fr. Jean Ferrari, in Kant, **Œuvres Philosophiques**, t. I, Gallimard, La Pléiade, Paris, 1980, p. 265 s.

sens asserté, elles ne sont pas deux sens opposés simultanément assertés. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'elles sont dépourvues de valeur pragmatique, elles sont impraticables du fait qu'on ne peut obéir à l'une sans contrevenir à l'autre : elles correspondent à un exercice défectueux de la fonction de commandement. Le droit lui-même comporte des principes et institue des procédures en vue de prévenir ou d'éliminer ces antinomies, ce qui n'empêche pas qu'en pratique deux normes juridiques opposées puissent être à certains moments simultanément applicables et donner lieu à un dysfonctionnement dans l'expérience juridique. La solution de ces conflits n'est pas en tout cas - ne peut pas être - une affaire de pure logique.

Deux séries d'observations me paraissent devoir être ajoutées.

- Il y a bien d'autres formes de "contradictions" possibles dans le champ juridique que celles auxquelles pense Kelsen et qui correspondent aussi à un mauvais exercice de la fonction de commandement. A côté du cas où une ou plusieurs autorités publiques édictent des normes juridiques antinomiques simultanément applicables aux mêmes personnes, on peut évoquer l'hypothèse où une ou plusieurs autorités publiques appliquant la même règle à caractère général édictent, à l'intention de personnes différentes, des normes particulières antinomiques dans leur principe et où il y a ainsi deux poids et deux mesures rattachées au même étalon de base. On peut évoquer également, à côté des incompatibilités logico-formelles, des formes d'incohérences ou de contradictions pragmatiques. C'est le cas des incompatibilités téléologiques (ce que Ziembinski appelle des "incohérences praxéologiques"), lorsque deux réglementations mises en vigueur poursuivent des objectifs opposés ou, en tout cas, sont de nature à produire des effets contraires s'annulant par compensation. C'est le cas aussi de ce que Luc Ferry, s'inspirant notamment des idées de Karl Otto Apel, nomme des "auto-contradictions pragmatiques" et qui sont elles-mêmes de deux sortes³⁴. Les "auto-contradictions pragmatico-empiriques", d'une part, sont des contradictions entre le contenu d'un énoncé et les conditions empiriques de son énonciation : ce qu'illustre l'énoncé de celui qui affirmerait aujourd'hui "L'actuel roi de France est chauve", mais également l'énoncé du législateur qui prescrirait aujourd'hui "Tous les actes du roi de France doivent être contresignés par un ministre" ou encore qui prétendrait réglementer l'installation sur d'autres galaxies ou les rapports avec les extra-terrestres. Les "auto-contradictions pragmatico-transcendantales" consistent, selon Apel, en des contradictions entre un énoncé et les conditions *a priori* de l'argumentation humaine, - ce qu'illustrent des énoncés comme "J'affirme

³⁴ Luc Ferry, "Actualité de la querelle de l'Aufklärung et du Romantisme", *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique*, 1989-16, p. 206 s. ; K. O. Apel, "La question d'une fondation ultime de la raison", *Critique*, oct. 1981, p. 903 s. et "Rationalité de la communication humaine", *Critique*, juin-juill. 1988, p. 585 s.

par ces mots que je n'ai pas de prétention à la vérité" ou "J'affirme par ces mots que je n'existe pas" : cette hypothèse est transposable aux cas de contradiction entre le contenu d'une règle de conduite et ce qu'on pourrait appeler les *préconditions de la direction de la conduite humaine*, c'est-à-dire aux cas de règles dont le contenu est insusceptible de servir d'outil de direction de la conduite humaine, - ce qu'on qualifie couramment de "disposition non-normative" (par exemple, la disposition d'une loi par laquelle le législateur déclarerait que le monde a été créé par un Etre Suprême ou encore qu'il tient pour justes les mesures dont il énonce par ailleurs la teneur).

Mais il existe aussi une forme courante d'antinomie juridique à laquelle Kelsen n'a pas pensé, qui est inévitable et au regard de laquelle on voit bien que la prétention du théoricien d'appliquer le principe logique de non-contradiction et sa sanction de nullité est totalement hors de propos : il s'agit des cas d'antinomies partielles ou périphériques, révélées occasionnellement par des cas de figure extrêmes, et qui manifestent moins une imperfection dans l'exercice des fonctions de commandement que les limites pragmatiques qui leur sont inhérentes. C'est ce type de conflit qu'illustre, sur le plan de la morale, le drame mythologique d'Oreste partagé entre la règle qui lui dicte de venger son père Agamemnon et celle qui lui commande de respecter sa mère Clytemnestre. Il se produit constamment en matière juridique sans que la responsabilité du législateur s'en trouve engagée : dans l'impossibilité, en effet, de ne diriger les conduites qu'au cas par cas à la manière de celui qui tient les fils de marionnettes, le législateur est obligé en pratique, au moins aux échelons les plus élevés du commandement public, de recourir à des règles à caractère plus ou moins général ; dès lors, il se trouve condamné à ne pas tout prévoir (cette réglementation générale ne pouvant pas être elle-même excessivement surchargée de nuances et d'exceptions sous peine de devenir monstrueuse et impraticable) et à assumer le risque de mettre en vigueur des règles susceptibles d'entrer occasionnellement en opposition, - quitte à ce que ces conflits soient renvoyés aux échelons subordonnés du commandement public, c'est-à-dire aux tribunaux et autres organes d'application, qui leur apporteront des solutions, au fur et à mesure de leur émergence, dans le cadre plus approprié de leurs édictons de normes juridiques particulières. C'est ce qu'Aristote avait déjà fort bien vu : "sur des cas d'espèce, il n'est pas possible de s'exprimer avec suffisamment de précision quand on parle en général ; lors donc qu'il est indispensable de parler en général et qu'on ne peut le faire avec toute la précision souhaitable, la loi ne retient que les cas ordinaires, sans méconnaître d'ailleurs son insuffisance. La loi n'en est pas moins bien ordonnée. La faute ne lui est pas imputable, non plus

qu'au législateur ; elle découle de la nature de l'action, telle étant bien exactement la matière des actes"³⁵.

- Il est à souligner, par ailleurs, que tout en ayant finalement abandonné ses positions sur l'application, même indirecte, du principe logique de non-contradiction aux normes juridiques, Kelsen n'a jamais renié, semble-t-il, ses convictions en matière de complétude de l'ordre juridique : or ces convictions - partagées, au demeurant, traditionnellement par une grande partie de la pensée juridique - reposent implicitement sur une utilisation impropre du principe de non-contradiction. En effet, selon Kelsen - et tous ceux qui raisonnent comme lui -, "on peut dire que tout comportement humain est directement ou indirectement déterminé par le droit. Lorsque tel acte d'un individu n'est pas interdit par une norme juridique, le droit positif impose à tous les autres individus l'obligation de ne pas en empêcher l'accomplissement. Une conduite qui n'est pas juridiquement interdite est juridiquement permise et en ce sens, elle est indirectement déterminée par le droit". "La conduite humaine, précise-t-il encore, est réglée d'une façon négative par un ordre normatif lorsque telle action ou telle abstention n'est ni défendue expressément par une de ses normes, ni positivement permise par une norme spéciale dérogoratoire à une norme générale de prohibition ; l'action ou l'abstention ne sont alors permises qu'en un sens purement négatif. Cette fonction purement négative de la permission doit être distinguée de sa fonction positive - positive, parce que consistant en un acte positif". Ce "principe fondamental" selon lequel "tout ce qui n'est pas interdit par le droit est permis par lui" rendrait ainsi impossible l'existence de lacunes dans le droit³⁶.

Sous des apparences de truisme, se trouve ici développé un paralogisme. Certes, de même que l'acte de donner ou de sauver la vie est le contraire de l'acte d'ôter la vie, c'est-à-dire qu'il s'agit d'actes radicalement différents, présentant des caractéristiques opposées, de même une règle en tant qu'elle permet - une règle permissive - a, dans sa structure fondamentale, un contenu qui diffère radicalement du contenu d'une règle qui interdit, d'une règle prohibitive : on se trouve en présence d'une "opposition réelle". On est bien autorisé, en conséquence, à dire que lorsque le législateur met en vigueur une règle prohibitive, il fait exactement le contraire de ce qu'il accomplit lorsqu'il édicte une règle permissive : l'acte de commandement porteur d'une réglementation prohibitive est le contraire de l'acte de commandement porteur d'une

³⁵ Aristote, *Ethique de Nicomaque*, livre V, chap. X, trad. fr. J. Voilquin, Flammarion, Paris, 1965, p. 146.

³⁶ Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 1^{ère} éd., p. 41 et 142 s. ; 2^{ème} éd., p. 21 s. et 329 s. Sur cette conception, cf. mon étude déjà citée, *Archives de Philosophie du Droit*, 1988-33, p. 283 s.

réglementation permissive ; on peut également dire que lorsqu'une règle en vigueur permet quelque chose, *a contrario* elle ne l'interdit pas (et réciproquement). L'erreur de Kelsen consiste à aller plus loin et à transformer ces oppositions réelles en oppositions logiques en prétendant que si une règle juridique prohibitive n'est pas en vigueur, on peut déduire logiquement, *a contrario*, qu'est en vigueur une règle juridique contraire. Comme si, du fait que l'acte de donner la vie est le contraire de l'acte de donner la mort, on prétendait qu'en n'accomplissant pas le premier on commettrait le second !

Pourquoi cette formule "tout ce qui n'est pas interdit est permis" paraît-elle, pourtant, tellement aller de soi aux juristes ? C'est qu'elle est pertinente - et couramment mise en œuvre - à un tout autre égard, non pas en tant que principe logique de recombplètement de la réalité, de comblement des édictions législatives inexistantes, mais en tant que principe d'interprétation - d'approfondissement - du contenu même de la réglementation édictée, ce qui est tout à fait différent. Il y a, en effet, une contreface implicite à ce qu'une règle interdit, comme d'ailleurs à ce qu'elle permet ou à ce qu'elle impose : par les limites mêmes - par les "termes" - dans lesquelles cette interdiction est énoncée, elle recèle des arrière-plans ou contreforts de permissif. En interdisant, par exemple, d'ouvrir les magasins au public le dimanche, le législateur admet implicitement, en quelque sorte contractée dans cette interdiction, la possibilité de le faire les autres jours de la semaine (de même qu'en permettant à une autorité de prendre telles décisions dans telles circonstances, il implique l'interdiction de prendre les mêmes décisions dans d'autres circonstances). Non seulement cette directive d'interprétation est ancrée dans la réglementation même édictée et non pas dans un néant de réglementation, non seulement elle n'est pas spécifique aux seules règles énoncées en forme d'interdiction, mais encore elle est, par hypothèse même, d'un maniement nuancé : de la règle adressée aux usagers d'un parc public "Il est interdit de marcher sur les pelouses", on ne peut tirer automatiquement et abstraitement qu'il est permis de tout faire sur les pelouses sauf marcher (par exemple, faire du vélo, jeter des détritrus, etc.) ; cela reviendrait à prêter au législateur des intentions tout à fait déraisonnables, alors qu'il a voulu seulement signifier, en l'occurrence, que les usagers du parc n'étaient autorisés à se promener que sur les sentiers aménagés bordant les pelouses. Le permissif derrière les énoncés interdiktifs ne découle pas d'un raisonnement *a contrario* purement formel, mais toujours de la mise en perspective, par une démarche herméneutique circontancielle, du sens littéral de cet énoncé et de l'explicitation des intentions d'arrière-plan prêtées au législateur.

2/ Une autre forme d'alchimie logiciste couramment répandue consiste à prétendre tirer des règles juridiques, non plus du néant, mais des réalités elles-mêmes, c'est-à-dire des règles juridiques déjà constituées par le

législateur : il serait possible, à partir des normes juridiques édictées par le législateur, de former de nouvelles normes juridiques par simples inférences logiques dont les normes du législateur seraient des prémisses ou des conclusions. Autrement dit, par un cheminement déductif ou inductif du raisonnement, on pourrait descendre vers d'autres normes juridiques plus particulières ou remonter vers d'autres normes juridiques plus générales. On pourrait ainsi aboutir, par de simples processus logiques - par de simples calculs rationnels de propositions - à enrichir considérablement le droit officiellement posé, à lui adjoindre une multitude d'autres normes juridiques, des normes juridiques en puissance ne demandant qu'à être arrachées à leur état de latence ou virtualité. Le théoricien disposerait, par là, d'une espèce de don d'ectoplasmie, - de la faculté fabuleuse de peupler lui-même le monde qu'il observe, et même d'y engendrer, pratiquement à l'infini, de nouvelles réalités.

Ces prétentions, on les trouve exposées chez les spécialistes de logique déontique³⁷ ; mais elles imprègnent, plus généralement et de longue date l'ensemble de la pensée juridique, aussi bien dans ses courants jusnaturalistes modernes de type rationaliste que dans ses courants juspositivistes tels qu'ils se sont illustrés à partir du XIX^e siècle à travers l'école française de l'exégèse, l'école analytique anglaise ou l'école allemande de la *Begriffsjurisprudenz* et tels qu'ils ont été réactivés sous la houlette emblématique de Kelsen. La position de Kelsen sur ce point aussi a fini par évoluer, mais c'est avec difficulté qu'il s'est détaché des mirages du logicisme. A vrai dire, sa pensée a été longtemps contradictoire. D'un côté, il a toujours admis la possibilité de dériver logiquement des normes à partir de normes déjà constituées, du moins dans le cadre d'un "système statique" de normes. Un tel système, qui s'illustrerait en morale, serait, en effet, de type axiomatique, c'est-à-dire que, pour le constituer, il suffirait que soit créée une norme principielle : "étant donné que toutes les normes d'un ordre de ce type sont déjà incluses dans la norme supposée, on peut les en déduire par voie d'opération logique, en concluant du général au particulier"³⁸. Mais, précisément, un ordre juridique ne serait jamais de cette nature, mais relèverait de la catégorie des "systèmes dynamiques" de normes : il serait formé, non pas de l'ensemble des normes logiquement déductibles les unes des autres à partir d'une norme principielle, mais de l'ensemble des normes posées en vertu de l'habilitation conférée par la première Constitution à des autorités publiques principales et des délégations de pouvoir données par ces dernières à des autorités publiques secondaires. Ici, la norme première "ne contient rien d'autre que... l'habilitation d'une autorité créatrice de normes... (Elle) ne fournit que le

³⁷ On en trouve la meilleure illustration en France dans les ouvrages déjà cités de Georges Kalinowski (voir, en particulier, son article à la *Revue de Synthèse*, n°118-119, avril-sept. 1985, p. 229 s., où il réaffirme avec vigueur ses positions).

³⁸ Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 2^{ème} éd., p. 258.

principe de validité des normes qui forment ce système ; elle ne fournit pas le contenu de ces normes. Ce contenu ne peut être déterminé que par des actes par lesquels l'autorité habilitée par la norme fondamentale et les autorités habilitées à leur tour par cette première autorité posent les normes positives de ce système"³⁹. Cette conception "dynamique" de l'ordre juridique - cette vision outrancière d'une hiérarchisation purement formelle des normes juridiques, les normes inférieures étant soumises aux normes supérieures uniquement à raison de leur procédure d'édiction et non de leur contenu⁴⁰ - est opposée par Kelsen aux conceptions moralistes et au jusnaturalisme rationaliste de la pensée juridique traditionnelle. C'est elle - et non pas du tout la conscience d'une impossibilité de dérivations purement logiques de normes, que le maître autrichien au contraire admet parfaitement par ailleurs - qui l'amène à observer dans le chapitre de la **Théorie Pure** consacré à l'interprétation : "l'idée qu'il serait possible de dégager du droit nouveau par une interprétation purement intellectuelle du droit en vigueur est la base de ce qu'on appelle la «jurisprudence des concepts» (*Begriffsjurisprudenz*) ; la théorie pure du droit repousse cette «jurisprudence»"⁴¹. La relativité même et l'ambiguïté de cette prise de position explique que Kelsen ait pu s'en écarter sans éprouver pour autant de contradiction essentielle dans sa pensée. D'un autre côté, en effet, dans le même ouvrage, on le voit admettre la possibilité pour le théoricien du droit - à l'instar du théoricien de la morale opérant dans le cadre d'un "système statique" - de dégager par inférences de nouvelles normes juridiques à partir de celles édictées par le législateur ; simplement, cette possibilité est artificiellement présentée là encore comme procédant indirectement par le truchement des propositions juridiques du théoricien : "une norme peut être déduite d'une autre norme juridique, écrit-il, si les propositions juridiques qui les décrivent peuvent entrer dans le cadre d'un syllogisme logique"⁴². Comment une proposition juridique peut-elle être à la fois simplement "descriptive" et constitutive d'une nouvelle norme

³⁹ Kelsen, *op. cit.*, p. 259-260.

⁴⁰ C'est ce qui fait admettre à Kelsen, on l'a vu, d'une manière tout aussi irréaliste, qu'une norme juridique inférieure ayant un contenu incompatible avec celui d'une norme juridique supérieure ne soit pas pour autant entachée d'infidélité à cette dernière et donc d'invalidité juridique. Voir à ce propos mon étude "Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique", *Revue du Droit Public*, 1978, p. 5 s.

⁴¹ Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 2^{ème} éd., p. 462. Cpr. *ibid.*, 1^{ère} éd., p. 141 : "le juriste qui décrit le droit n'est pas une autorité juridique. Sa tâche est de connaître le droit. Il ne lui appartient ni de le créer, ni de l'appliquer par un acte de volonté".

⁴² Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 2^{ème} éd., p. 102.

juridique par voie de déduction ? Une telle manière de voir est intenable. Finalement, en 1965, Kelsen s'est résolu à l'abandonner⁴³.

En fait, cette idée qu'on pourrait inférer logiquement de nouvelles normes juridiques à partir des normes posées par le législateur (comme d'ailleurs de nouvelles normes morales à partir d'une norme principielle constituée), pour courante qu'elle soit, repose sur une vision tronquée des normes, réduites à leur matériau de *logos*, et corrélativement sur une vision déformée des opérations intellectuelles auxquelles elles donnent lieu en pratique.

On peut, en effet, analyser la séquence de pensée discursive que le législateur a constituée en norme ; on peut se livrer à une investigation en profondeur de ce contenu de pensée, en faire l'*exégèse*, c'est-à-dire littéralement en faire sortir tout ce qu'il recèle en lui, dans ses soubassements d'arrière-plan. C'est que - comme les phénoménologues l'ont mis en lumière à la suite de Brentano - la pensée, dans son essence même, est "intentionnelle", "tournée vers", et donc tout contenu de pensée (un peu à la manière de séquences d'images, mais d'images purement intelligibles, qui s'inscriraient sur un écran intérieur) constitue une vue de l'esprit - ce qu'exprime originairement dans la langue grecque l'idée ou *eidos*, de *idein*, voir -, une exposition ou représentation, un "tableau" (*Bild*) comme disait Wittgenstein⁴⁴ ; un tableau qui, à l'instar de nos clichés photographiques, se prête à une exploration de l'arrière-fond, des perspectives ou horizons plus ou moins lointains sur lesquels il donne ouverture par-delà ce qui se profile au premier plan. Il ne suffit donc pas de reconstituer à partir du déchiffrement de ses termes, le sens littéral ou de façade d'un texte ; encore faut-il analyser, en tant que de besoin, tout ce que ce contenu de pensée recouvre implicitement, approfondir tout ce qu'il englobe dans sa visée, tout l'*esprit* qui forme le sens du texte. Cette opération herméneutique d'approfondissement joue un rôle de première

⁴³ Dans son article "Recht und Logik", *Forum*, Vienne, XII/142-143, oct.-nov. 1965, pp. 421-425 et 495-500. On remarquera que vers la même époque, en 1964 (dans son article "Die Funktion der Verfassung", qui a été reproduit dans l'ouvrage collectif *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Vienne-Francfort-Zürich, ed. H. Klecatsky, R. Marcic et H. Schambeck, t. 1, 1968), Kelsen a aussi corrigé sa vision logiciste de la "norme fondamentale hypothétique" (*Grundnorm*), norme quasi-juridique énonçant l'obligation d'obéir à la première Constitution et qui serait "supposée" par une démarche purement logique des théoriciens : Kelsen a estimé à partir de ce moment que cette supposition théorique impliquait nécessairement, en corollaire, la supposition d'une "autorité imaginaire" censée avoir constitué cette règle de conduite. Ce qui était présenté jusque là comme le produit d'un processus logique (une "hypothèse logique-transcendantale") devenait ainsi le produit d'un pur processus de fiction, s'inscrivant dans le mode de pensée d'un philosophe néokantien qui a inspiré Kelsen, Hans Vaihinger avec sa philosophie du "comme si" (*als ob*).

⁴⁴ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. fr. Pierre Klossowski, Gallimard, Paris, 1961, § 2.1 et s. (cf. en particulier le § 2.221 : "Ce que le tableau représente, constitue son sens").

importance dans la pratique des règles éthiques en général et des règles juridiques en particulier⁴⁵. Mais on ne doit pas s'y méprendre : cette démarche ne revient pas à dégager de nouvelles normes juridiques qui viendraient s'ajouter à celles constituées par le législateur, mais seulement à explorer le contenu même de ces normes déjà constituées, à expliciter ses éléments et dégager les virtualités d'application auxquelles il se prête. Au surplus, cette démarche ne s'appuie pas sur des raisonnements de logique purement formelle, mais sur des raisonnements de logique fonctionnelle, dialectique, comme l'ont mis en lumière les travaux de Toulmin et de Perelman. La logique formelle implique, en effet, que soient correctement et précisément prédéterminés tous les éléments nécessaires aux dérivations logiques que l'on veut opérer et qu'il n'y ait aucune controverse possible à ce sujet : dans ce cas, l'analyse peut cheminer d'une manière purement mécanique à partir du contenu de pensée que l'on veut explorer et les déductions opérées se fondent sur un raisonnement démonstratif qui a, par hypothèse même, valeur absolue et objectivement contraignante⁴⁶. Il n'en va aucunement ainsi dans le domaine de l'interprétation des systèmes de règles pratiques et, en particulier, des règles juridiques : il n'y a pas un accord convenu au départ et constamment maintenu entre le législateur et l'ensemble des autres acteurs à l'expérience juridique sur les éléments - sur l'ensemble des éléments - permettant d'analyser selon des raisonnements rigoureusement démonstratifs le contenu de la réglementation juridique édictée. L'interprétation, dans ces conditions, reste ouverte et dépend des circonstances, des rapports de force et de persuasion subtiles et complexes qui s'établissent dans l'espace et dans le temps entre les acteurs à l'expérience juridique, de la possibilité qu'ont certains d'entre eux - comme les tribunaux ou le législateur lui-même - de faire prévaloir leurs interprétations, mais aussi de la possibilité qu'ont les autres de les influencer dans leurs décisions interprétatives ou de les convaincre d'en changer. C'est dans ce contexte particulier d'incertitude et de flexibilité que la théorie dogmatique du droit déploie ses propres démarches

45 Cf. à ce sujet mes études "Le droit dans les esprits", in **Controverses autour de l'ontologie du droit**, p. 46 s., et "La teneur indéfinie du droit", **Revue du Droit Public**, 1991, p. 1204 s.

46 Comme le rappelle Gardies, "les édifices entièrement formalisés que sont devenues les logiques contemporaines supposent qu'on ait postulé tous les éléments nécessaires à la démonstration des théorèmes" (**Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique**, p. 155 ; cf. p. 245 cette citation du mathématicien Georges Bouligand : «Il n'y a pas en mathématique de vérités absolues. Tout ce qu'on y peut trouver, ce sont des propositions qui sont vraies, en admettant tel ou tel système de prémisses, au sein duquel ne se présente aucune contradiction. Un théorème est vrai dans ce système, si des prémisses et des hypothèses mêmes du théorème on peut déduire sa conclusion. La somme des angles d'un triangle est égale à deux droits en géométrie euclidienne, elle dépasse deux droits dans la géométrie à deux dimensions tirée de la considération de la gerbe»).

herméneutiques : il ne s'agit pas d'une herméneutique purement abstraite, neutre et désintéressée ; elle est, au contraire, développée *in concreto*, en situation, en contexte historique, pour les besoins et en fonction de la pratique des normes en cause. C'est une herméneutique engagée et militante qui a partie liée avec l'expérience juridique elle-même, qui ne démontre pas mais opine et soutient dialectiquement ses opinions sur la base de justifications ou arguments destinés à convaincre mais non à contraindre purement et simplement. Le théoricien ici mêle sa voix au concert de la pratique. C'est aussi une tare du logicisme que de méconnaître la spécificité de la démarche interprétative dans le champ des règles pratiques et de donner traditionnellement une vue mécanique totalement irréaliste et ésotérique des opérations intellectuelles auxquelles donne lieu l'application du droit.

Le logicisme inspire, de surcroît, une autre méprise : il ne faut pas confondre, en effet, cette démarche interprétative avec l'opération que constitue le syllogisme pratique et qui consiste à appliquer mentalement une norme sur un cas (ou, en d'autres termes, à subsumer un cas sous une norme) et à faire ainsi apparaître ce qu'elle implique en l'occurrence, la marge de possibilité que ses propres contours projettent sur ce cas. Par exemple, l'application de la norme juridique "Celui qui cause un dommage à autrui doit le réparer" à tel cas - réel ou imaginaire - dans lequel X a causé un dommage, dessine dans notre esprit que "X doit réparer ce dommage". Il ne s'agit là ni d'une opération d'interprétation (l'interprétation est préalable au syllogisme et permet d'en fixer la majeure et de lui subsumer la mineure), ni - comme le prétendent les auteurs victimes du logicisme⁴⁷ - d'une opération de déduction logique d'une norme juridique nouvelle, mais d'une opération intellectuelle préliminaire indispensable à l'utilisation pratique de la norme posée par le législateur : à son utilisation à fin d'observance par ceux qui ont à s'y conformer, mais aussi à fin de vérification *a posteriori* de la conformité de leur conduite effective ou encore à fin d'édiction de normes particulières par les autorités publiques chargées de veiller à l'application du droit, et notamment les tribunaux.

Sur ce dernier point aussi, le logicisme fait régner un malentendu : lorsqu'un juge, après l'examen de la cause et la fixation des faits et du droit qui leur est applicable, énonce dans le dispositif de son acte juridictionnel que "X doit réparer le dommage qu'il a causé", il ne se livre pas à haute voix à une opération purement syllogistique, il ne fait pas office de logicien raisonnant à haute voix : il édicte une norme juridique à l'adresse de X, il constitue une norme juridique particulière sur la base de la norme juridique à caractère général édictée par le législateur ("sur la base" renvoyant ici encore à des raisonnements de logique fonctionnelle et non de logique purement formelle). C'est une

⁴⁷ Voir, par exemple, G. Kalinowski, *La logique des normes*, p. 35 s.

vision réductrice qui amène à identifier cet acte social de constitution et de mise en vigueur autoritaire d'une norme juridique particulière à une simple opération logique, à un simple "syllogisme judiciaire", - ce qui fait croire ensuite que, par de prétendues "inférences syllogistiques", il serait possible de dégager des normes juridiques nouvelles.

Et c'est toujours le même type de travers logiciste qui inspire l'idée de prétendues "inférences normatives" par induction. Il est possible, certes, et courant en pratique, de remonter par des démarches du raisonnement d'une séquence ou d'un ensemble de séquences de pensée discursive que le législateur a constituées en normes juridiques, à des contenus de pensée plus généraux, à des idées plus générales, qu'elles paraissent sous-entendre, qu'elles suggèrent dans leur prolongement, dont elles semblent être inspirées dans leur principe même. Mais les principes ou prémisses ainsi dégagés - et dégagés là encore par des démarches de logique fonctionnelle et non pas purement formelle - ne sont pas par eux-mêmes des normes juridiques nouvelles procurées par des inférences logiques : on reste dans le cadre d'une activité herméneutique déployée sur la réglementation juridique elle-même déjà édictée ; il s'agit toujours d'en analyser le contenu, d'extrapoler toutes ses virtualités, d'éclairer sa portée non pas cette fois vers l'arrière-plan, mais pour ainsi dire en avancée, en prenant de la hauteur, en reconstituant un champ plus large qui se dessine en filigrane dans le prolongement de ses lignes de structure. C'est un autre aspect de la "texture ouverte" des règles juridiques dont parle Hart, c'est-à-dire des contenus de pensée dont elles sont faites. Le but de cette exploration en avant, vers l'antérieur, reste de servir la pratique juridique et de permettre - comme l'a montré Dworkin - la solution des cas périphériques, marginaux, des "cas difficiles" (*hard cases*). Ici non plus il ne faut pas confondre cette démarche purement herméneutique avec la démarche des tribunaux lorsque, dans la motivation de leurs actes juridictionnels, officieusement - puisqu'ils n'en ont pas officiellement le droit - ils constituent en normes juridiques des "principes généraux du droit" leur paraissant se dessiner dans le prolongement des règles posées par le législateur et qu'ils s'appuient sur cette base pour édicter des règles particulières à l'adresse des parties au litige. Ce faisant, les juges ne se comportent pas, là encore, comme de simples logiciens raisonnant à voix haute, mais bien comme des autorités publiques qui créent de la réglementation.

Il est intéressant de relever que le travers logiciste qui inspire l'idée d'inférences normatives dans la pensée juridique et éthique, est aussi à l'origine du fameux "problème de l'induction" dans la pensée scientifique. Ce problème découle, en effet, de la conception que l'on se fait encore très généralement des lois scientifiques, - conception revenant à les réduire à de simples contenus de pensée assertés, dont les savants qui les énoncent, soutiendraient qu'ils sont vrais, qu'ils sont représentatifs de la réalité et conformes à elle. Il s'agirait, plus précisément, de la part des savants d'affirmer des propositions générales - universelles - relatives à la

totalité des faits d'un certain type appelés à se réaliser dans l'avenir⁴⁸ ; or ces propositions générales ne seraient que le produit d'une simple induction logique à partir de propositions particulières, également assertées et confirmées par l'expérience, relatives à quelques spécimens de faits du même type, - à quelques cas d'espèce. Cette induction logique serait d'une validité sujette à caution, car rien n'assure qu'une proposition générale inférée de quelques propositions particulières vraies soit elle-même vraie. Les énonciations scientifiques ne pourraient donc jamais être admises qu'à titre hypothétique et non pas définitif, sous bénéfice d'inventaire et jusqu'à preuve contraire, - ce qu'exprime l'idée de *réfutabilité* ou *falsifiabilité* de Popper. Cette conception domine encore malgré les remises en cause dont elle fait l'objet dans les théories contemporaines "constructivistes" de la science⁴⁹. Elle méconnaît totalement la réalité propre des lois scientifiques qui sont, à l'instar des règles pratiques, des outils mentaux spécifiques constitués par une démarche pragmatique de l'esprit humain, et non par un processus purement logique, par un simple cheminement de pensée. Ces outils sont créés par les savants, non pas *in abstracto*, mais en fonction de données d'observation du réel ; ils ne sont pas pour autant le produit d'une simple opération logique d'induction. Ils ne sont pas non plus de simples contenus de pensée assertés : le savant qui donne connaissance de la loi qu'il a inventée n'affirme pas, mais diffuse le produit de son invention. Contrairement à ce que soutient Popper, il n'est pas davantage possible de réfuter ou falsifier que de confirmer ou vérifier une loi scientifique - ce qui n'a aucun sens puisqu'il s'agit d'un objet, d'un outil - ni le contenu d'une loi scientifique car il n'est pas susceptible, à proprement parler, d'être dit vrai ou faux : on ne peut dire que cette teneur de loi "lorsque telles circonstances se produisent, tel type de phénomène doit se produire" est vraie ou fausse, c'est-à-dire conforme ou non conforme à la réalité ; cette loi, en effet, n'a pas pour contenu un fait, mais un *type de fait* et

48 Cf. cette définition particulièrement caractéristique donnée par Charles Peirce de l'énoncé scientifique : "la description générale de tous les phénomènes expérimentaux que l'assertion de l'énoncé prédit virtuellement" (*What Pragmatism is*, - cité par Gilles-Gaston Granger, **La vérification**, Odile Jacob, Paris, 1992, p. 53). Sur cette conception des lois scientifiques, voir mon ouvrage **Science et déterminisme, éthique et liberté**, P.U.F., Paris, 1988, p. 52 s.

49 Il est significatif qu'elle ait encore largement prise sur Karl Popper, qui s'inscrit pourtant, par ailleurs, dans ce courant constructiviste, lorsqu'il décrit les lois scientifiques comme des artefacts, comme des "réalités" du Monde 3 (**La quête inachevée**, trad. fr. Renée Bouveresse, Calmann-Lévy, Paris, 1981, p. 262 s.), comme des espèces de "filets" construits par l'esprit humain et "destinés à capturer le monde" (**L'univers irrésolu**, trad. fr. Renée Bouveresse, Hermann, Paris, 1984, p. 36). Cpr Gilles-Gaston Granger qui, tout en reconnaissant d'une manière générale aux objets mentaux "un mode d'existence *sui generis*, confirmé par la résistance qu'ils opposent en un certain sens à la pensée" (*op. cit.*, p. 147), n'en range pas moins les lois scientifiques parmi les hypothèses "dans la mesure où elles décrivent des rapports entre faits *virtuels*, à vérifier dans l'actualisation empirique" (*ibid.*, p. 292).

même, plus précisément, le *degré de possibilité de ce type de fait dans tel type d'occurrence*, c'est-à-dire des catégories purement logiques qui n'ont pas en tant que telles de référent⁵⁰. Ce que l'expérience peut confirmer ou infirmer, c'est, non pas la valeur de vérité, mais la valeur pragmatique de la loi construite par le savant, son aptitude à permettre de se repérer efficacement dans les productions du réel et de faire des anticipations exactes. La loi elle-même n'est pas une anticipation, une pré-vision ou pré-diction : lorsqu'un fait dont on attendait la survenance en fonction de l'application syllogistique d'une loi scientifique à un cas, ne se produit pas, c'est notre anticipation qui se révèle fautive et non, à proprement parler, la loi elle-même ; par contre, l'utilité de cette dernière se trouve remise en question. C'est, d'ailleurs, parce qu'elles sont insusceptibles d'être dites vraies ou fausses que deux théories scientifiques incompatibles peuvent être simultanément valides sur le plan pragmatique et rendre des services, comme c'est le cas pour la théorie ondulatoire et la théorie corpusculaire dans la physique quantique.

*
* *
*

Les spécialistes de finances publiques aiment à citer le fameux mot du Baron Louis, ministre des Finances sous la Restauration : "Faites-moi de la bonne politique et je vous ferai de bonnes finances". Je serais tenté, en conclusion, de paraphraser cette formule et de dire : "Faites-moi de la

⁵⁰ C'est ce qui a été déjà aperçu dès le XVII^{ème} siècle à la fois dans la philosophie morale et juridique et dans la philosophie de la nature, en particulier chez des auteurs comme Pufendorf (qui parle, à propos des éléments logiques du contenu des règles éthiques, d'un "surajout" ou "imposition" aux réalités du monde : cf. René Sève, "L'institution juridique", *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1990-3, p. 312 s.). C'est aussi ce que veulent exprimer les courants "constructivistes" de la pensée scientifique contemporaine, dont Vittorio Villa se fait l'écho : "les théories scientifiques ne se réfèrent pas directement aux phénomènes empiriques, mais constituent plutôt des *idéalisations*, des modèles de phénomènes, qui certainement ont quelque ressemblance avec les phénomènes mêmes. Le rapport des théories avec la réalité ne serait jamais par conséquent direct, mais serait le rapport de *représentations idéalisées* des phénomènes avec les phénomènes mêmes... En conclusion, selon cette perspective métascientifique, les descriptions de la réalité produites par la science ne doivent pas être jugées selon leur *valeur de vérité* ou de *fidélité* à l'égard des faits, mais selon leur *capacité* à en constituer une possible représentation ou encore selon leur *applicabilité* (dont il faut, naturellement, vérifier l'utilité ou la fécondité) aux phénomènes" (*La science du droit*, trad. fr. O. et P. Nerhot, Story Scientia et L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 1990, p. 119 s. ; cf. aussi, p. 122 s., les idées des philosophes du droit italiens U. Scarpelli et L. Ferrajoli selon lesquels les concepts articulés dans les énoncés scientifiques n'ont pas tous un référent de sorte que les théories scientifiques n'ont que des "points de contact" avec la réalité empirique).

bonne ontologie du droit ou des règles pratiques en général et je vous ferai de la bonne logique juridique ou déontique". De bonnes bases ontologiques sont, en effet, indispensables pour éviter les dévoiements, mais aussi les faux dilemmes comme celui de Jørgensen. En réalité, il n'y a aucun dilemme : il y a bien une place - et même une place de choix - pour la logique et le raisonnement dans le domaine du droit et, plus généralement, de l'éthique, mais pas la place irréaliste et usurpatrice inspirée par une ontologie logiciste. La logique opère uniquement dans le contexte même - et non pas en concurrence - des activités de création du droit par les autorités publiques ou des activités d'observance des sujets de droit, ou encore dans le contexte des activités herméneutiques de la dogmatique juridique en tant qu'elle interprète ou qu'elle juge les normes juridiques constituées par les autorités publiques. Cette logique, même déployée par la théorie dogmatique, n'est pas une logique purement formelle mais fonctionnelle, non pas purement abstraite et désintéressée mais au service de la pratique juridique elle-même. C'est qu'elle doit prendre en compte, justement, à la fois le contenu même des normes juridiques, mais aussi leur fonction et le contexte social dans lequel elles sont appelées à fonctionner, - ce que méconnaît la logique déontique inspirée par une ontologie juridique logiciste. J'ajouterai pour terminer, deux séries d'observations.

- Dans sa célèbre *Théorie de la Science (Wissenschaftslehre)* publiée en 1837, Bolzano a posé le principe méthodologique de la séparation des contenus de pensée énoncés - et notamment des propositions mathématiques - et des processus psychologiques empiriques qui les accompagnent : les premiers doivent être traités comme des choses en soi, indépendamment des opérations psychologiques auxquelles ils sont rattachés. Il s'agissait par là, pour l'illustre penseur tchèque, de fonder une logique pure dégagée de tout psychologisme. Mais l'argument ainsi développé est, en vérité, à double tranchant : il permet à la fois de protéger la logique contre l'introduction de données psychologiques - d'impuretés en somme - dans son champ de travail, mais aussi de protéger ces données de la réalité psychologique elles-mêmes contre les prétentions impérialistes de la logique de les réduire à sa merci - à sa loi : le danger du logicisme n'est pas moins menaçant que celui du psychologisme.

Il est piquant de constater, à ce propos, que Popper en a été victime alors même qu'il voulait reprendre et mettre en œuvre les idées de Bolzano ; c'est ce qui apparaît clairement dans son ouvrage *La quête inachevée*. "Cette distinction de Bolzano entre les énoncés en soi et les mécanismes subjectifs de la pensée, commence-t-il par relever, m'a toujours paru de la plus grande importance. Les énoncés en soi peuvent entretenir les uns avec les autres des relations d'ordre logique : les énoncés dérivent les uns des autres et ils peuvent être compatibles ou incompatibles sur le plan de la logique. D'autre part, les mécanismes subjectifs de la pensée n'entretiennent que des relations d'ordre psychologique. Ils peuvent nous perturber ou nous rassurer, ils peuvent

nous rappeler certaines expériences ou susciter certaines espérances. Ils peuvent nous inciter à agir ou à laisser de côté une action dont nous avons formé le projet. Ces deux types de relation sont complètement différents. Les mécanismes de pensée d'un individu ne peuvent jamais entrer en contradiction avec ceux d'un autre individu, ni avec les siens propres à un autre moment. Mais le *contenu* de ses pensées, c'est-à-dire les énoncés en soi, peut, bien entendu, contredire le contenu des pensées d'un autre individu. D'autre part, les contenus ou énoncés en soi ne peuvent entretenir des relations psychologiques : *les pensées, dans le sens des contenus* ou des énoncés en soi, et *les pensées dans le sens des mécanismes de la pensée* appartiennent à deux «mondes» entièrement différents. Si on appelle le monde des «choses», des objets physiques, *le premier monde*, et celui des expériences subjectives, telles que les mécanismes de la pensée, *le deuxième monde*, on appellera le monde des énoncés en soi *le troisième monde*".

Mais immédiatement la distinction de Bolzano se trouve faussée puisque Popper prétend faire rentrer dans le monde 3, à côté des contenus de pensée ou énoncés en soi, "d'autres habitants" : d'abord les théories, et notamment les théories et lois scientifiques, ainsi que les problèmes et les raisonnements. Puis finalement, il en vient même à observer : "nous pouvons considérer le monde des problèmes, des théories et des raisonnements critiques comme un cas particulier, comme une vision étroite du monde 3, comme la province logique et intellectuelle du monde 3. Et nous pouvons inclure dans ce monde 3, de manière plus générale, tous les produits de l'esprit humain tels que les outils, les institutions et les œuvres d'art"⁵¹.

A ce stade, la distinction de Bolzano se trouve complètement vidée de son sens et c'est, au contraire, le syncrétisme qui est réintroduit. Les lois scientifiques et les autres règles et, plus généralement, les objets mentaux (*a fortiori* les objets et outils matériels) ne doivent précisément pas être confondus avec les contenus de pensée ; il s'agit bien de "réalités" comme l'indique Popper, mais c'est ce qui les différencie justement des purs contenus de pensée, qui ne constituent pas des réalités mentales autonomes mais la teneur même dont ces réalités sont faites et qu'elles intègrent comme partie d'elles-mêmes. Il est éclairant de reprendre ici - elle est d'une grande fécondité heuristique - la comparaison métaphorique déjà évoquée avec les photographies ou les dessins : les personnages figés qui se donnent à voir sur la feuille de carton font partie de la photographie ou du dessin que j'ai réalisés et que porte en lui le carton ; ils n'ont pas en tant que tels (c'est-à-dire en tant que représentations, - je ne parle évidemment pas de leurs référents) une réalité propre,

⁵¹ Karl Popper, *La quête inachevée*, p. 258 à 266. Cette conception élargie, où le monde 3 est ramené à l'idée triviale de "culturel", a été reprise depuis par bien des penseurs (cf., par exemple, John C. Eccles, *Evolution du cerveau et création de la conscience*, trad. fr. J. M. Luccioni, Fayard, Paris, 1992, p. 99 s. et 292 s.).

dissociable de mon œuvre, susceptible de se manifester en dehors de son cadre. Ils sont *dans* mon dessin ou ma photographie et ne se donnent jamais que comme faisant partie d'un dessin ou d'une photographie réalisés. On peut, assurément, les étudier abstraitement, en eux-mêmes et pour eux-mêmes, c'est-à-dire étudier *de purs contenus de dessin ou de photographie* abstraction faite des réalités dans lesquelles ils prennent place, en mettant entre parenthèses le dessinateur ou le photographe et tout le contexte psychologique et historique de ses démarches pour s'en tenir à la seule investigation - en quelque sorte topographique - de ce sur quoi il est donné vue ou ouverture : c'est ce que font, par exemple, couramment de nos jours, en temps de guerre comme en temps de paix, les analystes de photographies aériennes d'emplacements stratégiques prises à partir d'avions ou de satellites-espions. Mais le type d'analyse ainsi déployé et les diverses variétés de traitements auxquelles il donne lieu ne sauraient, bien sûr, faire oublier que l'on n'est jamais en présence que de contenus de choses réalisées (dessins ou photographies) qu'on ne peut mettre sur le même plan qu'elles-mêmes, pour ainsi dire "à côté" d'elles ; on ne peut les considérer comme des réalités autonomes : il n'est pas possible, en particulier, de prétendre tirer d'un contenu de photographie de nouvelles photographies, mais seulement des agrandissements du contenu de la même photographie. Avec les contenus de pensée, on est pareillement dans le domaine de l'en soi, d'un monde enfermé - pris ou prisonnier - à l'intérieur d'une réalité. Autrement dit, ce qui caractérise les contenus de pensée, ce n'est pas seulement - comme semble le penser Popper - leur texture mentale, leur appartenance au domaine impalpable des choses de l'esprit, par opposition à celui des choses sensibles, mais dans ce domaine même leur nature de *contenus*, de *teneurs*, d'*en-soi*, de purs "noumènes" ou représentations intelligibles se tenant - et retenues - immobiles et hors du temps à l'intérieur de nos actes mentaux et des objets mentaux constitués par eux, à l'intérieur aussi des actes sociaux - des actes de parole - par lesquels nous extériorisons nos actes mentaux et leurs produits, nous les exprimons à autrui, nous leur donnons socialement le jour.

Les démarches logiques auxquelles ces contenus de pensée sont susceptibles de donner lieu, doivent épouser les contours des réalités à l'intérieur desquelles ces contenus de pensée prennent place et se garder d'empiéter sur ces réalités elles-mêmes, de prétendre les modifier, les faire disparaître ou en créer d'autres. Même dans le domaine des assertions, la logique permet d'opérer des inférences à partir de leurs contenus, c'est-à-dire de faire l'exégèse de ces contenus, de dégager tout ce qu'ils impliquent : elle ne permet pas au théoricien de produire lui-même ou d'exprimer des actes d'assertion, sauf à se transformer en acteur ou réalisateur. *A fortiori* ne lui permet-elle pas de constituer des règles juridiques et de les mettre en vigueur. Tel est le sens à la fois méthodologique et ontologique qu'il faut donner et conserver à la

distinction de Bolzano entre le monde des activités pragmatiques de l'esprit et celui des purs contenus de pensée⁵².

- Ma seconde observation est la suivante. Que le logicisme ait été et soit encore aussi solidement ancré dans nos esprits, aussi bien dans le champ du droit et de l'éthique que dans celui de la science, paraît à première vue profondément étonnant. Mais ne s'explique-t-il pas, en définitive, par la subtilité même et la résistance à l'élucidation - l'espèce d'opacité - de ces outils humains étranges que sont les règles en général, par la subtilité et la résistance à l'élucidation des opérations intellectuelles et des actes de parole auxquels ces outils mentaux donnent lieu ?⁵³ Nos expériences mentales et sociales de direction des conduites, et en particulier de gouvernement public - de gouvernement de populations humaines par des autorités publiques -, comme nos expériences mentales et sociales de prise de contrôle du monde, ont une épaisseur à la fois de prodige et de mystère, ne serait-ce que par la discontinuité même, dans le contexte de laquelle elles prennent place, entre un monde de surface - le monde bruyant des apparences, des comportements extérieurs - et un monde souterrain silencieux, mais non muet, et pour ainsi dire grouillant et animé, - le monde des activités de l'esprit, des démarches de pensée, des objets et des outillages mentaux. Les réalités humaines visibles reposent et débouchent de manière abrupte sur d'autres réalités plus discrètes mais non moins "réelles", sur toute une extraordinaire ingénierie des profondeurs, sur tout un fantastique appareillage de sous-sol d'une "insoutenable légèreté". Que ce soit notre propre esprit qui crée et utilise ces outillages ne rend pas leur accès plus facile, tout au contraire : l'homme est naturellement mieux placé pour être spectateur du

⁵² La méconnaissance de cette distinction amène à des déboires dans d'autres domaines que celui des règles, et notamment dans le domaine des concepts. Les concepts ont bien une réalité et sont bien des "objets idéaux", comme l'a aperçu Husserl à la suite de Platon ; mais ils sont une réalité en tant qu'outils construits par l'esprit, en tant qu'outils d'identification de nos données de conscience : ce n'est pas leur contenu même, leur teneur idéale ou eidétique, qui a une réalité, une réalité transcendante pour Platon ou au contraire, pour Husserl, qui se laisserait objectivement observer (idée de "*Wesenschau*"). On peut en dire autant pour les concepts théoriques d'institutions juridiques couramment utilisés par la dogmatique du droit et qui modélisent des types idéaux de contenus de réglementation juridique, des types de régimes juridiques (par exemple, des types de régimes politiques, de régimes matrimoniaux ou de régimes successoraux) : par la même démarche aberrante, Adolf Reinach donne une réalité à ces régimes juridiques-types eux-mêmes, à ces contenus de concepts, qui opposeraient en tant que tels une résistance - et une légitimité - objective face au législateur, à la manière d'un véritable "droit *a priori*" (*Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, 1913, réédité sous le titre *Zur Phänomenologie des Rechts*, Kösel-Verlag, Munich, 1953 ; cf. J.L. Gardies, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, p. 151 s.).

⁵³ Cf. à ce sujet mes études "L'étonnement devant le droit", *Archives de Philosophie du Droit*, 1968-13, p. 163 s., et "L'étrangeté ontologique du Droit", *Droits*, 1990-11, p. 85 s.

monde que de sa propre transcendance au monde. La fameuse théorie du *verum factum* de Vico selon laquelle l'esprit humain ne pourrait parvenir à une connaissance vraie que dans le domaine, non pas des productions naturelles, mais des œuvres dont il est lui-même l'auteur, ne tient pas compte de ce que Jules Vuillemin, dans une belle formule, appelle "*l'opacité transparente* que les produits de la raison opposent à la raison même". Je serais par là assez porté, après avoir fait le procès du logicisme, de l'absoudre *in fine litis* en évoquant ce mot de Tristan Bernard, qui me paraît cacher une certaine lucidité derrière son humour : "On me dit que je m'y prends mal avec les choses. Ce n'est pas moi, ce sont les choses qui ont commencé".

Paul AMSELEK

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Directeur du Centre de Philosophie du Droit