

La Direction de la Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif et la Faculté de Droit déclinent toutes responsabilités à la fois quant aux opinions émises par les auteurs et quant aux informations les concernant (grade – titre – affectation) ; ces dernières sont toujours, sauf erreur matérielle, celles fournies par les auteurs eux-mêmes.

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite" (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

2013-5 – N° spécial

Publiée par la FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
d'Aix-Marseille

Abréviation de référence : RRJ

N. XXXVIII – 150 (38ème année – 150ème numéro)
(5 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE – PUAM

COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur émérite de l'Université de Paris II
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur émérite de l'Université de Paris I
M. Pierre CATALA (†)	Professeur émérite de l'Université de Paris II
M. Philippe DELEBECQUE	Professeur émérite de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne
M. Roland DRAGO (†)	Professeur émérite de l'Université de Paris II
M. Maurice FLORY	Professeur honoraire à l'Université d'Aix- Marseille
M. Michel LESAGE	Professeur émérite de l'Université Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
M. Christian LOUIT	Professeur émérite à l'Université d'Aix- Marseille
M. Alain SÉRIAUX	Professeur à l'Université de Perpignan
M. François TERRÉ	Professeur émérite de l'Université Paris II

*

COMITÉ SCIENTIFIQUE

J.-C. RICCI	J. MESTRE
J.-L. BERGEL	J.-L. MESTRE
A. BUGADA	J.-M. PONTIER
J.-Y. CHÉROT	E. PUTMAN
I. BARRIÈRE-BROUSSE	U. NGAMPIO
Ph. BONFILS	G. LARDEUX

*

ÉQUIPE DE RÉDACTION

J.-L. MESTRE	J. MESTRE
J.-Cl. RICCI	

*

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M. J.-M. ZAORSKI
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et J.-M. ZAORSKI
Secrétaire de Rédaction : Caroline PY

*

SERVICE COMMERCIAL : PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, Avenue Robert Schuman - 13628 AIX-EN-PROVENCE Cedex 1
Tél. : 04.42.17.24.21 - Fax : 04.42.17.24.33 - puam@univ-cezanne.fr

ABONNEMENT : 5 numéros par an - Tarif 2014

Abonnement France : 185 € Abonnement Étranger : 220 €
Numéro France et Étranger : 45 €

Chèque à l'ordre du Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille
- CB-0000100606779 TRESOR PUBLIC - IBAN-FR7610071130000000100606779
- BIC : BDFEFRPPXXX

**CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE
JURIDIQUE**

- N° 27 -

LA PENSÉE DE PAUL AMSELEK

Ce numéro a été réalisé sous la responsabilité
de M. le Professeur Frédéric ROUVIÈRE

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos par Frédéric ROUVIÈRE	1981
- Paul AMSELEK Pour une phénoménologie du droit et de l'éthique sans mirages	1983
- Jean-Yves CHÉROT Paul Amselek et la normativité en droit	1997
- Emmanuel PUTMAN Autour de la définition du droit	2011
- Frédéric ROUVIÈRE Autour de la distinction entre règles et concepts	2017
- Alexandre VIALA Autour de la vocation instrumentale des normes juridiques.....	2029
Tables générales de l'année 2013	2041

**LISTE
DES CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE**

Volumes I et II <i>Les définitions dans la loi et les textes réglementaires</i>	RRJ 1986-4 et 1987-4
Volume III <i>Les standards dans les divers systèmes juridiques</i>	RRJ 1988-4
Volume IV <i>Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs</i>	RRJ 1989-4
Volume V <i>Regards sur la méthodologie juridique</i>	RRJ 1990-4
Volume VI <i>Méthodes d'intégration du droit communautaire au droit Français</i>	RRJ 1991-4
Volume VII <i>Modes de réalisation du droit</i>	RRJ 1992-4
Volume VIII <i>Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques</i>	RRJ 1993-4
Volume IX <i>L'évaluation législative</i>	RRJ 1994-4
Volume X <i>Analogie et méthodologie juridique</i>	RRJ 1995-4
Volume XI <i>Méthodologie de la recherche juridique</i>	RRJ 1996-4
Volume XII <i>Législation par référence</i>	RRJ 1997-4
Volume XIII <i>Méthodes comparées de l'enseignement du Droit en France et à l'étranger</i>	RRJ 1998-4
Volume XIV <i>Les dispositions transitoires</i>	RRJ 1999-5

Volume XV <i>Méthodologie juridictionnelle</i> <i>La modélisation des actes de procédure et des décisions de justice</i>	RRJ 2000-5
Volume XVI <i>Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative</i>	R.R.J. 2001-5
Volume XVII <i>Justice et qualité</i>	RRJ 2002-5
Volume XVIII <i>Les procédures d'urgence en matière judiciaire et administrative</i>	RRJ 2003-5
Volume XIX <i>Méthodes du Code Civil : pérennité et évolutivité</i> <i>Les secrets d'un bicentenaire</i>	RRJ 2004-5
Volume XX <i>Rétrospective et perspectives de recherche en Méthodologie Juridique. Les 20 ans de l'Atelier de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille</i>	RRJ 2005-5
Volume XXI <i>Nouvelles méthodes d'accès et diffusion informatique du droit</i>	RRJ 2006-5
Volume XXII <i>L'analyse économique du droit.</i> <i>Autour d'Ejan Mackaay</i>	RRJ 2008-5
Volume XXIII <i>L'émergence d'une culture judiciaire européenne</i>	RRJ 2009-5
Volume XXIV <i>Globalisation du droit et professions juridiques</i>	RRJ 2010-5
Volume XXV <i>Les normes privées internationales</i>	RRJ 2011-5
Volume XXVI <i>Les concepts en droit : usages et identité</i>	RRJ 2012-5
Volume XXVII <i>La pensée de Paul Amssek</i>	RRJ 2013-5

AVANT-PROPOS

Par

Frédéric ROUVIÈRE

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de Théorie du Droit

La parution de l'ouvrage de Paul Amselek¹ a donné l'occasion au Laboratoire de Théorie du Droit d'organiser une rencontre au cours de laquelle plusieurs aspects de cette contribution substantielle ont pu être évoqués, analysés et critiqués. Réunis autour de la personne et de l'œuvre de Paul Amselek les contributions dévoilent chacune un aspect de sa pensée. En effet, il ne faut pas avoir peur des mots : il s'agit bien ici d'une pensée c'est-à-dire un ensemble d'idées intégrées dans une totalité harmonieuse et cohérente. À cet égard, l'ouvrage de Paul Amselek livre une clé d'interprétation rétrospective de sa recherche en théorie du droit. C'est dire que cet ouvrage est loin de se borner à synthétiser et résumer ses écrits antérieurs. Bien au contraire, l'ouvrage les transcende en faisant apparaître les lignes-forces d'une pensée arrivée à sa pleine maturité et dont la structure se dévoile et s'offre enfin au regard théorique.

L'occasion était donc donnée d'explorer et de mettre en lumière l'apport de l'auteur aux grandes questions de théorie du droit. Certaines thèses fondamentales suscitent par elles-mêmes le débat et l'interrogation. Parmi celles-ci, il y a d'abord celle selon laquelle le droit est un ensemble de règles définies comme des outils mentaux à vocation instrumentale. Les règles ne sont pas vues comme de simples prescriptions mais comme des étalons et des instruments de mesure du réel. Par ailleurs, cette ontologie du droit permet à Paul Amselek de refuser vigoureusement toute réduction ou assimilation du droit aux sciences de la nature et de séparer nettement l'éthique, la science et le droit. Une autre thèse concerne ensuite les relations étroites entre le droit et le langage. Ces relations permettent d'expliquer la façon de créer des règles par un acte dit « performatif » selon la théorie de John Austin. L'aspect téléologique du droit (il faut *régler* des conduites) est alors souligné. Une dernière thèse porte sur l'herméneutique (ou art d'interpréter). Paul Amselek refuse l'intenable alternative de l'interprétation-volonté ou de l'interprétation-connaissance. L'interprétation est selon lui enserrée dans un réseau de contraintes au rang desquelles se trouve en premier lieu la communauté des juristes.

De telles positions ne laissent pas indifférent. La définition du droit est à la pensée juridique ce que l'infini est aux mathématiques : insondable, incernable mais omniprésente et suscitant toujours le débat. Le caractère obsédant de la définition explique que les contributions y consacrent une large part de leurs efforts. Mais

¹ *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012.

l'articulation entre le droit et son interprétation oblige aussi à penser les modalités de sa connaissance, notamment à travers les concepts juridiques. Ainsi, on découvre qu'il n'y a pas de pensée simple et que toute analyse suppose un déploiement et une reconstruction permanente des potentialités des positions théoriques soutenues.

C'est dire que les contributions présentées ici ne sont que des points de vue forcément partiels qui tentent de dévoiler ce que la pensée de Paul Amselek peut avoir d'original mais surtout d'inspirant. Car nous croyons que la valeur d'une œuvre ne se mesure pas au consensus qu'elle peut provoquer mais aux questions qu'elle peut imprimer à son lecteur et aux directions qu'elles suscitent. Sur ce point, nous ne pouvons que remercier Paul Amselek de nous livrer des analyses claires et équilibrées sur tous les aspects de la théorie du droit. Le titre de l'ouvrage invite à cheminer et nous pensons que le regard du voyageur s'arrête forcément sur les fleurs qui se trouvent le long du chemin ce qui en rehausse l'agrément si ce n'est la beauté. Paul Amselek nous invite à nous émerveiller dans le domaine de la pensée juridique. S'émerveiller, c'est questionner et contempler le vaste champ que nous offre le droit pour découvrir que sous son apparente banalité se cache (selon le mot de l'auteur) une véritable « étrangeté ».

POUR UNE PHÉNOMÉNOLOGIE DU DROIT ET DE L'ÉTHIQUE SANS MIRAGES

Par

Paul AMSELEK

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

S'il est un domaine appelant de manière particulièrement pressante la visée d'élucidation et le mot d'ordre de « retour aux choses elles-mêmes » de la phénoménologie husserlienne, c'est bien celui du droit et plus largement, d'ailleurs, de l'éthique. « Les juristes cherchent encore une définition à leur concept du droit », constatait Kant en 1781 dans sa *Critique de la raison pure*. Depuis les choses n'ont guère progressé : les théoriciens continuent d'éprouver que « poursuivre une définition du droit est une entreprise désespérante »¹, – au point que certains d'entre eux, comme Michel Troper ou Denys de Béchillon, n'hésitent plus aujourd'hui à proclamer que cette définition ne pourrait être que purement « stipulative » (entendons : arbitraire).

On serait, il est vrai, fondé à douter de prime abord que la phénoménologie soit vraiment apte à apporter les salutaires lumières dont on a besoin : les tentatives de Husserl lui-même et de ses disciples d'en faire application pour dévoiler les fondamentaux du droit et de l'éthique se sont soldées jusqu'ici par un cuisant échec, qui a abouti à discréditer l'étiquette phénoménologique dans les milieux juridiques.

« On ne saurait dire, du point de vue scientifique, a-t-on pu écrire, que la phénoménologie ait contribué à éclaircir les problèmes, c'est plutôt le contraire qui a été le cas »².

« La phénoménologie est un retour à la période antérieure au criticisme... [elle] a pour conséquence un renouveau de la vieille ontologie : elle aboutit à une métaphysique depuis longtemps périmée »³

Je voudrais, toutefois, montrer ici que cet échec ne remet pas en cause les objectifs et le principe de la méthode phénoménologique, mais tient aux égarements métaphysiques des phénoménologues, à commencer par Husserl lui-même. Reprenant des analyses que j'ai développées dans mon récent ouvrage *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*⁴, j'esquisserai

¹ M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 1.

² J. Sedlacek, « L'œuvre de François Gény et la science du droit pure », in *Recueil d'études en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1935, tome 1, p. 279.

³ J. Haesaert, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1948, p. 276.

⁴ Armand Colin, 2012.

ensuite succinctement les perspectives d'une phénoménologie du droit et de l'éthique débarrassée de tels dévoilements.

I. Des tentatives viciées par des égarements métaphysiques

1. C'est Husserl qui a ouvert la porte – la boîte de Pandore – à des débordements métaphysiques consistant à prêter une réalité objective transcendante aux produits de notre propre esprit. Pour rétablir un contact naïf et authentique avec les choses, il a imaginé, comme on sait, une méthode de « réductions » ou purifications successives de la conscience que nous en avons, aux fins d'éliminer toutes les impuretés susceptibles de s'insinuer dans notre vision, toutes les déformations susceptibles de l'altérer. Dans une première étape, il s'agit de détourner résolument notre attention des idées et théories relatives aux choses, de nous dégager de l'emprise de notre prêt à penser et à discourir à leur propos et de tâcher de nous concentrer uniquement sur les choses elles-mêmes, plus précisément sur l'étant des choses tel qu'il se donne à notre conscience, en mettant entre parenthèses – *epoché* – tous les éléments factuels, historiques, les concernant. Mais l'étape cruciale de la méthode phénoménologique (en dehors de la « réduction transcendantale » réservée à la chose conscience elle-même et qui ne nous intéresse pas ici), c'est la « réduction eidétique », consistant à éliminer dans les choses présentes à notre conscience leurs éléments contingents, leur « facticité », de façon à dégager leur structure fondamentale, leur essence ou *eidōs*. Selon Husserl, en effet, si l'on regarde – si l'on a à notre conscience – une chose quelconque, l'on a la possibilité d'observer en elle, par-delà certains éléments se donnant comme variables, contingents, purement individuels, une certaine structure typique correspondant à l'identité propre et irréductible de cette chose en ce sens que lorsque cette structure n'est pas là présente telle quelle à ma conscience, lorsque je la fais varier réellement – en modifiant le réel observé – ou seulement dans mon imagination, c'est un autre type de chose que j'éprouve avoir sous les yeux.

« Si l'on fixe un objet quelconque dans sa forme ou sa catégorie, écrit Husserl, et si l'on maintient continuellement en évidence son identité à travers les variations des modes de conscience, on s'aperçoit que ces modes, si ondoyants qu'ils puissent être et si insaisissables qu'en soient les derniers éléments, ne sont pas, cependant, fortuitement ou arbitrairement variables. Ils demeurent toujours liés à une structure typique qui est toujours la même et qui ne peut être brisée, tant qu'il doit s'agir d'une conscience de telle entité déterminée, et tant que l'évidence de son identité à travers les variations des modes de conscience doit pouvoir se maintenir »⁵.

C'est cette structure typique des choses, cette essence ou *eidōs*, que la méthode phénoménologique nous invite à appréhender et à contempler dans toute sa pureté par cette opération de réduction eidétique. Le moyen conçu par Husserl pour y parvenir est justement le procédé de la variation, et notamment de la variation imaginaire, qui permet de décanter l'essentiel dans les divers éléments que les choses donnent à voir d'elles-mêmes à la conscience : l'*eidōs* de la chose observée sera constitué par les éléments demeurant invariables à travers toutes les variations

⁵ *Méditations cartésiennes*, trad. fr. G. Pfeiffer et E. Levinas, Armand Colin, 1931, p. 44.

que je fais subir à cette chose dans mon imagination, c'est-à-dire les éléments sans la présence desquels je n'ai plus conscience du même type de chose.

Pour le père de la phénoménologie, l'essence ou structure eidétique des choses est ainsi une donnée d'observation : on peut y accéder par un simple regard tourné vers le monde, en se contentant de regarder – de bien regarder – les choses qu'il donne à voir ; leur *eidōs* résulterait uniquement d'une expérience de vision (*Wesenschau*). Précisément, sur ce point, Husserl me paraît avoir été victime d'une illusion objectiviste couramment répandue, qu'il a pourtant magistralement dénoncée et combattue par ailleurs (thèmes de l'« idéalisme transcendantal » et de la nature « constituante » de la conscience occultée dans l'expérience courante), – à savoir la tendance à hypostasier les créations de l'esprit, à leur conférer une réalité objective, « naturelle », indépendante et à l'extérieur de nous. La structure typique des choses, en effet, n'est pas exactement le fruit de l'observation, mais d'abord le fruit d'une construction rationnelle de l'esprit réalisée sur la base de données d'observation. À partir d'un travail de rationalisation opéré sur nos données d'observation – d'un travail d'analyse et de mise en ordre, de comparaison, de recoupement, d'établissement de ratios – et en vue de se repérer parmi le « mobilier du monde » (du monde extérieur comme du monde intérieur), notre esprit élabore des classifications ou typologies, fabrique un outillage logique de classes ou concepts (ce dernier terme désigne littéralement des « contenant-ensemble »), des classes ou concepts étiquetés dans lesquels il répartit les choses du monde et qui sont définis en fonction du point de vue adopté sur ces dernières, en fonction des données retenues comme critère de classement ou « raison classificatoire » : on fait entrer dans une classe toutes les choses et exclusivement les choses présentant certains caractères communs, sous l'angle desquels elles se distinguent de toutes les autres choses. Les classes ou concepts ainsi construits par notre esprit ne sont pas des tableaux ou représentations des choses du monde telles qu'elles se donnent effectivement à notre regard ; ce sont des schématisations, des outils forgés par notre logos pour nos besoins pratiques propres, qui nous permettent d'identifier les choses, de les reconnaître, de les distinguer les unes des autres et d'en parler. Ainsi que l'écrit de manière imagée le physicien Fritjof Capra :

« les concepts que nous employons pour décrire la nature... ne sont pas des caractéristiques de la réalité, comme nous avons tendance à le croire, mais des créations de l'esprit, parties de la carte et non du territoire »⁶.

La structure typique des choses, dont parle Husserl, n'est autre que l'ensemble des traits à travers lesquels nous schématisons les choses, qu'elles présentent en tant que classifiées, étiquetées, envisagées à travers les classes ou concepts sous lesquels elles sont rangées. On le voit bien dans le fragment précédemment cité : « si l'on fixe un objet quelconque dans sa forme ou sa catégorie... ». La structure typique n'est pas quelque chose qui ressortirait naturellement et spontanément du donné brut de notre contemplation du monde, mais quelque chose qui est en rapport avec une classification ou conceptualisation préétablie des choses, un quelque chose que le monde nous donne à voir à travers un « quadrillage » ou « grille de lecture » préfabriqué par nous-mêmes : ce sont nos critères de classement sous-jacents qui impriment dans notre regard un caractère essentiel ou factice aux données des

⁶ *Tao de la physique*, 1975, Sand, 2004, p. 165.

choses observées. Ou, pour le dire autrement, l'essence n'est pas, comme l'a prétendu Husserl, une réalité objective à notre conscience – un objet « catégorial » doté de la même objectivité que les objets individuels eux-mêmes⁷ – mais le contenu d'un concept, ce qui définit une classe ou catégorie servant à ranger les objets individuels, en quelque sorte le spectre ou éventail de traits communs que cette classe ou catégorie projette sur les objets individuels. Je rejoins tout à fait ici les lumineuses analyses développées dans un autre contexte par un autre grand philosophe, Ludwig Wittgenstein, et résumées par sa formule : « "essentiel" n'est jamais la propriété de l'objet, mais le caractère du concept »⁸. C'est par une pure illusion d'optique que cette espèce de portrait-robot appliqué sur les choses du réel nous paraît se fondre, se tenir présent en elles, n'en être qu'une émanation, en oubliant le travail accompli de constitution de cet artefact.

Faute d'avoir réalisé cette élucidation de sa propre démarche, Husserl s'est vu souvent reprocher d'aboutir, par la réduction eidétique, à un appauvrissement des réalités du monde, ramenées à des entités abstraites, pour ainsi dire épurées et aseptisées⁹ : ce reproche n'a plus de sens dès lors que l'on donne à la recherche de l'*eidōs* ou structure typique des choses sa véritable nature de recherche sur nos schèmes conceptuels. En même temps, en faisant de l'essence ou structure typique des choses une entité *a priori* s'offrant naturellement à nous, Husserl aboutit à occulter le caractère pragmatique et l'historicité même de ce quadrillage auquel est liée cette essence ou structure typique et qui est inspiré par des besoins sociaux localisés dans un certain contexte, par certaines « formes de vie » (par ce « monde de la vie » – *Lebenswelt* – évoqué par Husserl dans ses travaux de la période de maturité) ; comme si ces répertoires systématiques du mobilier du monde ne variaient pas avec les besoins eux-mêmes auxquels ils répondent, selon les lieux et selon les époques. Hans-Georg Gadamer mentionne, de façon particulièrement suggestive :

« une langue africaine qui possède 200 expressions différentes pour désigner le chameau, selon les rapports vitaux dans lesquels se trouve le chameau pour les habitants du désert »¹⁰.

Umberto Eco nous donne cet autre exemple heuristique :

« Pour rendre notre seul mot "neige", les Esquimaux ont quatre termes. Non que leur langue serait plus riche en synonymes : en fait, ils ne connaissent pas cette entité unique baptisée "neige" mais bien quatre choses différentes, selon l'utilisation pratique qu'ils font de l'élément de base »¹¹.

Nos classements et concepts ne sont pas des outils voués par principe à l'universalité ni à l'éternité : à l'instar de ce que Karl Popper a mis en lumière à propos de ces autres outillages que sont les lois scientifiques, ils peuvent éventuellement donner lieu en pratique à des remises en question, à l'élimination d'anciennes

⁷ *Idées directrices pour une phénoménologie*, trad. fr. Paul Ricoeur, Gallimard, 1950, p. 21s.

⁸ *Remarques sur les fondements des mathématiques*, trad. fr. M. A. Lescourret, Gallimard, 1983 ; cf. J. Bouveresse, *La force de la règle. Wittgenstein et l'invention de la nécessité*, Éditions de Minuit, 1987, p. 66.

⁹ Cf. par exemple : J. Garelli, *Introduction au logos esthétique*, Beauchesne, 2000, p. 162s.

¹⁰ *Vérité et méthode*, trad. fr. Etienne Sacre et Paul Ricoeur, Seuil, 1976, p. 288.

¹¹ *Le signe*, trad. fr. Jean-Marie Klinkenberg, Labor, 1988, p. 167.

classifications au profit de nouvelles dotées d'une valeur utilitaire supérieure, aptes à rendre de meilleurs services. Contrairement à la conception platonicienne, les Idées font partie du monde de la « caverne » tout autant que les choses que nous leur rapportons et elles sont, comme elles, exposées à l'usure du temps.

Cette mise au point n'enlève rien à l'intérêt pratique de la réduction eidétique prônée par Husserl : quand il propose de revenir à une « vision des essences », il faut comprendre qu'en réalité il nous invite à procéder à une clarification de nos schématisations et typologies, à refaire par nous-mêmes l'expérience originare de notre conceptualisation des choses, à la revivifier à notre conscience en retrouvant, pour ainsi dire de nos propres yeux, les traits communs qui appartiennent – devraient appartenir – à toutes les choses et exclusivement aux choses que nous avons l'habitude de ranger dans une certaine classe sous une certaine étiquette. Cette investigation n'est pas, comme le pensait Husserl, assimilable à la seule analyse de ce que les choses donnent à voir à notre conscience ; elle repose nécessairement sur des bases socio-empiriques. Si les classifications en usage dans notre vie sociale sont discrétionnaires, variables en fonction de la raison classificatoire choisie, cette dernière commande en principe les opérations de rangement à effectuer : il va s'agir, précisément, de remonter à elle et de retrouver les caractères communs et distinctifs qui définissent une classe à travers l'étude de notre pratique effective de cette classification, en recherchant et en réexaminant les choses individuelles que dans la vie courante nous rangeons dans la classe – sous le concept – en question et celles que l'on exclut pour les ranger dans des classes voisines mais distinctes.

Cette invitation à réactiver notre outillage conceptuel, à le « remplir » d'intuitions directes, évidentes, au contact des choses elles-mêmes qu'il concerne est d'un intérêt capital, spécialement pour la théorie du droit. Il s'en faut, en effet, que nous ayons toujours une vue claire des classifications que nous utilisons, ni même que nous ayons toujours eu une vue claire des classifications que nous instaurions : on peut classer les choses de façon plus ou moins intuitive, sans que les critères de classement mis en œuvre par notre esprit soient explicités, approfondis. Cette pratique classificatoire pour partie aveugle, somnambulique, est source de bien des problèmes. À cet égard, la réduction eidétique me paraît constituer un antidote prometteur à trois maux complémentaires dont notre pensée du droit se trouve singulièrement affectée : d'une part, le psittacisme, c'est-à-dire le fait de dire des mots (un peu à la manière d'un perroquet) et de raisonner sur eux sans avoir à l'esprit les idées mêmes qu'ils expriment, en n'ayant à l'esprit en guise de concepts que des coquilles vides ; d'autre part, le syncrétisme, qui correspond à un désordre conceptuel et consiste à confondre en partie un type de choses avec un autre type, à altérer l'identité des choses que nous évoquons sous l'étiquette d'un concept en leur prêtant des traits appartenant à un autre concept ; et enfin, le réductionnisme, qui consiste à simplifier outrancièrement et par là à mutiler la structure typique des choses dont on parle, à en avoir et en donner une approche caricaturale, tronquée, qui ne correspond pas à l'identité propre des choses que l'on vise.

2. Produit d'une illusion transcendantale, la réalité des essences a constitué en quelque sorte le péché originel de la phénoménologie, un péché qui s'est ensuite propagé et aggravé dans ses applications au domaine de l'éthique et du droit. C'est ce qui ressort de la phénoménologie axiologique générale mise en circulation par

Husserl ou encore, dans une variante un peu particulière, de la phénoménologie des formes ou essences juridiques développée par Adolf Reinach.

- Le fondateur de la phénoménologie s'est lui-même essayé à en faire une utilisation dans le secteur de l'éthique : il a posé les bases d'une « phénoménologie des valeurs », qui a été reprise et approfondie par d'autres philosophes de l'éthique, en particulier Max Scheler et Nicolai Hartmann ; ses idées ont donné lieu à des développements dans la province du droit, d'abord dans les pays germaniques, d'où elles ont ensuite essaimé.

Cette phénoménologie axiologique dont Husserl a esquissé les contours s'est trouvée, dans sa conception même, contaminée et viciée par le péché originel d'hypostase des essences. Elle est, en effet, fondée sur le postulat selon lequel les « valeurs » que nous reconnaissons aux choses (spécialement aux actions ou faits humains) ne seraient pas, comme il apparaît pourtant dans l'ensemble de nos opérations d'évaluation, un produit de notre esprit, un rapport établi par lui entre une chose et une autre prise comme étalon de référence : les valeurs sont, là encore, présentées comme des réalités transcendentes, comme un donné objectif extérieur que les choses donneraient à voir à notre conscience par le canal de nos expériences affectives, qui ferait partie de leur nature et qui se rattacherait donc à leur essence ou structure typique, encore que Husserl l'ait conçu comme constituant un « objet axiologique » propre se surajoutant dans notre conscience à l'essence ou structure des choses. On pourrait en tout cas l'appréhender par l'intuition, – une « intuition des valeurs » (*Wertschau*) qui recoupe ainsi l'« intuition des essences ». Mis en présence d'une réalité, le sujet prendrait conscience plus ou moins parfaitement, au travers d'une expérience émotionnelle, de sa « valeur » et c'est cette « valeur » qu'il exprimerait en énonçant une règle éthique : cette dernière ne serait qu'une formule constative (un jugement « objectivant » selon la terminologie de Husserl) décrivant un état de chose vu par le sujet et susceptible d'être dite vraie ou fausse. « On doit faire ceci » serait l'équivalent de « C'est une bonne chose de faire ceci », « Faire ceci est une action naturellement dotée d'une valeur positive saisissable par l'intuition » ; « Tu ne tueras point » équivaldrait à la reconnaissance que le meurtre est une mauvaise action, intrinsèquement dotée d'une valeur négative ; ou encore, pour reprendre un exemple donné par Husserl¹², la norme « Un guerrier doit être brave » équivaldrait à la proposition théorique constatant objectivement une valeur « Un guerrier brave est un bon guerrier ». Les règles n'auraient ainsi aucune réalité propre, aucun relief de choses spécifiques : elles ne seraient qu'une façon de s'exprimer, du logos interchangeable.

« Husserl et l'École phénoménologique ont démontré d'une façon évidente qu'une norme n'est aucunement un être mystique, mais simplement la forme spéciale grammaticale d'un jugement. Ce qui est formulé sous une forme normative peut être exprimé, même avec plus de force et de raison, dans des vérités théoriques. La norme : "aime ton prochain" signifie en fin de compte : "c'est bien d'aimer ton prochain", "l'amour du prochain est une valeur positive" »¹³.

¹² *Recherches logiques*, tome 1, trad. fr. H. Elie, A. L. Kelkel et R. Schérer, PUF, 1969, p. 43.

¹³ N. Alexiev, « L'acte juridique créateur comme source primaire du droit », in *Le problème des sources du droit positif, Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1934, p. 194.

On doit déjà relever combien est incongru cet ajout des « valeurs » à la nature ou essence des choses par rapport à l'analyse même de cette dernière développée par Husserl. Une étrange dichotomie ontologique est ainsi introduite ; outre les éléments caractéristiques invariants communs à toutes les choses d'un même type et sans lesquels on ne serait plus en présence du même type de choses, il y aurait encore à tenir compte d'un autre élément invariant donné à notre conscience par le même type de choses : leur valeur, sorte de cerise sur le gâteau. Comme si le même type de choses relevait d'un double registre identitaire ou d'une identité à double visage ; Husserl parle en ce sens d'un « monde des choses » et d'un « monde des valeurs », de la « chose simple » et de la « chose évaluée », ou encore de la « conscience simple de chose » et d'une « nouvelle conscience qui prend position à l'égard de la chose »¹⁴. On doit aussi observer combien il paraît irréaliste aux yeux d'un juriste en contact avec la pratique juridique, d'une part, de ramener toutes les valeurs et toutes les règles en usage à des expériences affectives et, d'autre part, de situer par principe les valeurs en amont des règles alors que dans l'expérience juridique usuelle il est bien évident que les valeurs et jugements de valeur découlent, au contraire, des normes juridiques que l'on applique. Sans parler de la réduction logiquement impliquée des règles juridiques permissives – permettant de faire ou de ne pas faire telles choses – à une absence ou degré zéro de valeur des actions en cause¹⁵ : une telle implication ne s'accorde guère, pour ne prendre que cet exemple, avec l'importance cruciale aujourd'hui attachée au secteur juridique des libertés publiques et droits fondamentaux.

C'est à partir de tout cet arrière-plan d'idées préconçues, déjà considérées et adoptées d'emblée comme évidentes, qu'il est ensuite prétendu, bien artificiellement, faire appel à la méthode phénoménologique en vue d'aider à prendre une vue plus claire de ces valeurs contenues dans les choses, une vue débarrassée de toute impureté : la directive husserlienne du « retour aux choses elles-mêmes » permettrait, grâce à une observation naïve des choses et à la restitution de leur donné authentique à la conscience de retrouver les valeurs logeant en elles, dont nous n'aurions qu'une intuition confuse dans notre expérience ordinaire.

Sur la base de ces *a priori* théoriques, l'on en vient à tirer les conclusions suivantes en matière juridique : les normes juridiques posées par les pouvoirs publics, qui constituent apparemment en pratique ce qu'on appelle le droit, ne sont que des énoncés théoriques sur les valeurs juridiques contenues dans la nature des choses, « valeurs juridiques » dont on a du mal, à vrai dire, à comprendre ce qu'elles sont exactement ; en application des directives phénoménologiques, il importe au juriste qui veut appréhender correctement le droit, de détourner son attention de ces normes juridiques édictées par les gouvernants et de la braquer sur les choses elles-mêmes, de manière à retrouver une intuition originaire de leurs valeurs juridiques propres. À partir de là, le juriste-phénoménologue formulera d'authentiques normes juridiques, décrivant très exactement – beaucoup plus exactement que les pouvoirs publics, qui n'ont pas nécessairement les mêmes préoccupations, ni le même désintéressement – les valeurs juridiques objectivement appréhendées. La théorie

¹⁴ *Idées directrices*, p. 90 et 120.

¹⁵ Selon Husserl, en effet, il existe trois modalités fondamentales de la valeur : la valeur positive, la valeur négative et la valeur nulle ou indifférente : *Leçons sur l'éthique et la théorie de la valeur*, trad. fr. Ph. Ducat, P. Lang et C. Lobo, PUF, 2009, p. 169.

phénoménologique du droit est ainsi décrite comme une discipline qui « procure des normes »¹⁶.

Autrement dit, au lieu de chercher à élucider sérieusement ce qui, dans la réalité, se donne comme étant du droit, c'est-à-dire les normes juridiques émises dans les sociétés politiques humaines par les pouvoirs publics, les phénoménologues du droit nous invitent à n'y prêter aucune attention ! Au lieu de travailler sur le droit lui-même, de s'attacher à en restituer la structure originale, ces auteurs, par un insoutenable parti pris, prétendent œuvrer sur un soi-disant donné juridique qui serait dans les choses, c'est-à-dire sur des chimères. On a pu justement parler, à ce propos, d'un « vain jeu de l'imagination »¹⁷ et se demander : « où est le droit dans tout cela ? »¹⁸.

On s'explique facilement, cependant, le succès que ces thèmes ont pu rencontrer auprès d'un certain nombre de philosophes du droit : leur parenté avec les thèmes métaphysiques traditionnellement développés par l'Ecole du droit naturel est évidente. Que le droit positif formulé par les autorités publiques soit un droit imparfait, qu'en marge de ce droit positif on puisse retrouver un droit authentique indépendant de la volonté des hommes, ce sont là de vieux airs connus. Et c'est bien, d'ailleurs, comme un retour au droit naturel que cette « phénoménologie des valeurs » a été reçue et a été utilisée par les théoriciens du droit, principalement dans la pensée juridique allemande après la seconde guerre mondiale (en particulier, dans les œuvres de Coing et de Fechner). Loin de contribuer à un renouveau de la philosophie du droit, la phénoménologie a ainsi plutôt correspondu à une continuation de ses anciens errements.

- C'est également une ouverture sur de pseudo-réalités transcendantes qui est à l'œuvre avec la théorie des formes ou essences juridiques d'Adolf Reinach, reprise par d'autres phénoménologues comme Fritz Schreier. Dans son célèbre ouvrage intitulé *Les fondements a priori du droit civil*¹⁹, Reinach a, en effet, soutenu que les institutions juridiques, et plus généralement les institutions sociales (qu'il désignait comme des « actes sociaux »), laisseraient apparaître chacune à notre regard une forme ou structure normative typique *a priori*, comme une matrice naturelle, indépendante de nous et dont on pourrait tirer des règles éthiques logiquement coordonnées les unes aux autres, et notamment des règles juridiques ; lesquelles constitueraient une sorte de droit pur, se donnant à nous paré d'une valeur absolue, universelle et intemporelle, en dehors de sa reconnaissance par l'esprit humain ou de sa consécration par le législateur, - de la même façon, souligne-t-il, que le rapport d'égalité $2 \times 2 = 4$. C'est à cela que correspondrait la « vision des essences » dans le domaine juridique : il ne s'agit plus, à la différence de la phénoménologie des valeurs de Husserl et de Max Scheler, de situer à ce niveau la valeur morale des choses, des actions humaines, mais les règles éthiques elles-mêmes.

¹⁶ Cf. par exemple C. Cossio, « La norme et l'impératif chez Husserl », in *Mélanges Roubier*, tome 1, Dalloz, 1961, p. 153.

¹⁷ J. Haesaert, *op. cit.*, p. 65.

¹⁸ A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Pedone, 1978, p. 424.

¹⁹ Trad. fr. Ronan de Calan, Vrin, 2004.

À travers l'exposé fort compliqué et hermétique de ses idées, Reinach ne s'est pas rendu compte que les institutions juridiques comme, plus largement, les institutions sociales qui retenaient son attention, correspondent à des classes ou concepts de *statuts* : ils schématisent des régimes ou contenus de réglementation formant des ensembles cohérents, s'articulant en mécanismes ou systèmes normatifs. Ces concepts et les typologies dans lesquelles ils s'insèrent sont monnaie courante en matière juridique. Pour prendre un exemple dans le domaine du droit constitutionnel, l'institution juridique étiquetée « régime parlementaire » représente un type de réglementation juridique selon lequel, par-delà toutes les variantes possibles, les pouvoirs publics sont organisés selon un certain schéma général, aménageant une collaboration et un équilibre entre le Parlement et l'Exécutif, le premier pouvant renverser le second et celui-ci disposant d'un droit de dissolution ; ce type de régime se distingue par là du « régime présidentiel » qui implique un schéma général différent de séparation entre les pouvoirs publics. On peut, de la sorte, constituer dans toutes les branches du droit des types de régimes juridiques, par exemple en droit civil les régimes typiques qu'on appelle la stipulation pour autrui, la prescription des dettes, la compensation, ou encore les différents régimes matrimoniaux typiques de communauté ou de séparation des biens. On peut, du reste, ramener à des contenus-types, non seulement la réglementation juridique en vigueur à un moment dans un pays, mais aussi les réglementations édictées à d'autres époques ou dans d'autres pays, ou même des réglementations juridiques possibles, susceptibles éventuellement d'être édictées. Cette élaboration de typologies est une des démarches fondamentales de la théorie juridique dogmatique dans sa tâche de présentation didactique des règles de droit qu'elle étudie.

Les prétendues formes ou structures eidétiques *a priori* dont parle Reinach, ne sont rien d'autre que ces systèmes normatifs ou régimes typiques formant la compréhension de classes ou concepts forgés par notre propre esprit : ils représentent, non pas des réalités transcendantes observées, mais le produit d'un travail créatif – artisanal – de schématisation. On voit, par ailleurs et surtout, le parallogisme, qui a été justement dénoncé, dans la pensée de Reinach croyant déduire, à l'intention du législateur, un certain nombre de règles juridiques *a priori* à partir de l'analyse du concept de « promesse », comme si ce concept ne correspondait pas au régime typique que l'on prétend ainsi « déduire » de lui ! Nicos Poulantzas parle en ce sens d'une « énorme lapalissade »²⁰.

II. Les perspectives d'une phénoménologie du droit et de l'éthique débarrassée de ces égarements

Une phénoménologie du droit – et à travers elle de l'éthique – sans écarts métaphysiques, débarrassée par recours au rasoir d'Ockham de toute entité fictive transcendante : cette voie m'a paru, de longue date, fort prometteuse. Il devrait s'agir d'une recherche, pour ainsi dire « terre à terre », portant sur le concept de droit socialement en usage et visant à le clarifier et le revivifier à notre conscience, en remettant notre pratique classificatoire à l'épreuve des choses elles-mêmes, en essayant de retrouver, dans les choses individuelles que nous rangeons couramment ou refusons de ranger dans la classe et sous l'étiquette « droit », les traits communs

²⁰ « Notes sur la phénoménologie et l'existentialisme juridiques », *Archives de philosophie du droit*, 1963-8, p. 269.

distinctifs qui forment le contenu de ce concept, qui seuls donnent – ou devraient donner – accès à cette catégorie et qui constituent l'essence ou *eidos* du droit, sa structure typique. C'est cette enquête que j'ai entreprise dans mon ouvrage précité, en m'aidant – sous les réserves que j'ai précédemment formulées – de la méthode husserlienne de la réduction, appuyée sur le procédé des variations imaginaires, et en m'inspirant plus généralement de toutes les recommandations méthodologiques de Husserl, en particulier son invitation à réactiver les intuitions originaires enfouies dans les étymologies et les métaphores du langage ordinaire. Je me propose simplement ici de donner un très bref aperçu des résultats auxquels je suis parvenu.

Les traits qui forment l'*eidos* ou structure typique des choses rentrant dans une certaine classe s'agencent logiquement d'une certaine manière dans notre esprit, à savoir du générique au particulier ou singulier. Certains de ces caractères ne sont pas propres aux choses de cette classe, mais partagés avec d'autres choses dans le cadre de la classe la plus générale de la typologie dans laquelle elle prend place : ils apparaissent donc comme des éléments *génériques*, définissant le genre d'objet dont relèvent les choses en question. D'autres caractères ajoutés progressivement aux précédents correspondent de la même façon à des classes intermédiaires : il s'agit d'éléments *spécifiques*, définissant des espèces d'objets de plus en plus circonscrites dont participent les choses en question. On arrive finalement aux caractères ultimes que ne possèdent que les choses de la classe en cause, qui leur appartiennent en exclusivité et qui les distinguent des choses de la classe immédiatement supérieure et, en définitive, de toutes les autres choses : ce sont les éléments *particuliers* ou *singuliers*, qui particularisent ou singularisent leur structure typique et que, dans la terminologie de la phénoménologie, on appelle leur « singularité ou particularité eidétique ». C'est cette sorte d'emboîtement ou hiérarchie logique des classes à l'intérieur de nos classifications que décrit Husserl dans ces lignes :

« Toute essence...se place dans une échelle de généralité et de spécialité... En descendant cette échelle nous arrivons aux différences spécifiques de plus bas degré, autrement dit aux singularités eidétiques ; en la remontant et en passant par toutes les essences spécifiques et génériques, nous touchons à un genre suprême. Les singularités eidétiques sont des essences au-dessus desquelles, bien entendu, on rencontre des essences *plus générales* qui jouent à leur égard le rôle de genres, mais qui, au-dessous d'elles, ne souffrent plus de particularisations »²¹.

En l'occurrence, mon enquête phénoménologique m'a conduit à discerner, dans la structure typique des choses que l'on classe sous le concept de droit, ces trois grandes séries d'éléments constitutifs :

- des éléments génériques : les choses dont il s'agit présentent, dans leur donné le plus fondamental à notre conscience, les traits typiques des *règles*, ce sont des choses relevant de la classe générale des règles ;
- des éléments spécifiques : les règles dont le droit est formé donnent à voir de manière plus précise les traits caractéristiques des *règles de conduite* ou *règles éthiques*, ce sont des choses qui relèvent de cette classe ;
- des éléments particuliers ou singuliers : ils correspondent aux traits typiques ultimes qui, au sein de la classe des règles éthiques,

²¹ *Idées directrices*, p. 46.

n'appartiennent qu'aux règles juridiques et les distinguent des autres règles éthiques et, plus généralement, de toutes les règles. Cette particularité ou singularité eidétique des règles de droit consiste en ce qu'elles participent d'une direction publique des conduites.

Pour accéder à une pleine élucidation du droit à notre conscience, il ne suffit pas au juriste de s'en tenir à cette dernière série d'éléments : il doit aussi procéder, en amont, à une description minutieuse des autres éléments, dont nous n'avons qu'une vue bien confuse sur laquelle la théorie juridique ne peut utilement s'adosser. À la vérité, il n'est pas le plus mal placé pour cette tâche, pour la raison que la pratique juridique représente, de tous les secteurs de l'éthique, celui qui offre la plus grande « visibilité » à la fois par sa dimension macrocosmique et par l'explicitation formaliste notablement développée des opérations effectuées.

A. *La constitution générique du droit en règles*

La donnée la plus immédiate du droit à notre conscience est celle de règle ou norme. On parle indistinctement du droit ou des règles de droit, de la réglementation juridique. Dans le domaine du droit, les mots-clefs sont ceux de *loi*, de *décret*, de *code*, ce qui renvoie à l'édiction ou à la codification de règles ; et c'est bien dans des recueils de textes de règles que l'on va usuellement chercher le droit. Dans la langue anglaise, c'est le même mot *law* qui désigne le droit et les lois ; et le mot français *droit* lui-même (comme les équivalents d'autres langues indo-européennes : *diritto*, *derecho*, *recht*,...), dérivé du bas-latin *directum*, évoque aussi l'idée de règle.

Mais qu'est-ce exactement qu'une règle ? Un examen de conscience attentif fait apercevoir que les règles, de quelque espèce qu'elles soient, relèvent du registre utilitaire : elles sont toutes des *outils*, des outils à part entière, même s'il s'agit d'outils mentaux, fabriqués avec du *logos*, du matériau intelligible, des contenus de pensée. C'est ce qu'atteste, là encore, l'étymologie : originairement, en effet, les termes latins *norma* (dérivé du grec *gnômon*) ou *regula* désignaient des outils matériels servant à réaliser ou vérifier des angles droits ou des lignes droites ; ce sens initial est, d'ailleurs, resté conservé par le mot français *règle*. Ce registre utilitaire perce aussi lorsque l'on parle, notamment dans l'expérience juridique, de « pratiquer » ou « appliquer » des règles ou normes, de les « mettre en œuvre », de les « utiliser ».

Cette nature d'outils, de choses vouées à rendre certains services déterminés, s'est trouvée occultée par deux travers très répandus en philosophie juridique et morale, le psychologisme, c'est-à-dire l'assimilation des règles éthiques à l'expression d'états affectifs, d'attraits ou de répulsions, et le logicisme, c'est-à-dire la réduction pure et simple de ces règles à du *logos*, aux seuls segments de pensée discursive formant leur substance, abstraction faite de la vocation instrumentale qui leur a été impartie, dont ils se trouvent dépositaires en vertu d'une intention humaine transcendante : comme si un outil ne se définissait pas justement, et uniquement, par l'« utilité » ou fonctionnalité qui lui a été assignée.

En l'occurrence, les règles apparaissent relever, plus précisément, du registre métrologique : elles se donnent à notre conscience comme des *mesures* (dans

l'expérience juridique, on parle indistinctement d'« adopter des règles » ou de « prendre des mesures », comme des outils servant de références ou étalons, et, plus précisément encore, des outils donnant la mesure de la marge ou degré de possibilité de l'avoir lieu de choses. Il peut s'agir du degré maximum (100 % de possibilité), qui correspond à la nécessité d'avoir lieu ; du degré minimum (0 % de possibilité), qui correspond à l'impossibilité d'avoir lieu ; ou du degré intermédiaire, qui correspond à la possibilité d'avoir lieu ou de ne pas avoir lieu, – cette marge intermédiaire faisant l'objet d'une quantification dans le cas des règles appelées « probabilistes » qui indiquent des pourcentages de possibilité compris entre 0 % et 100 %.

B. La constitution spécifique du droit en règles de conduite

On tend parfois, particulièrement dans la théorie juridique, à assimiler la nature éthique d'une norme à un certain type de contenu de cette norme : une norme éthique serait une norme visant des faits ou comportements humains, des faits sociaux ou comportements intersubjectifs ; c'est dans ce sens très général que les normes juridiques constitueraient des normes éthiques. Il s'agit là d'une vision bien imparfaite de la réalité des choses : certes, les normes éthiques ont bien le contenu humain allégué ; mais ce n'est pas là que réside leur essence. Il suffit tout simplement de penser aux règles formulées par les différentes sciences de l'homme, aux lois psychologiques et sociologiques : ces lois scientifiques concernent elles aussi, dans leur teneur, l'accomplissement d'événements humains, elles fixent des marges de possibilité à la survenance de choses humaines, mais elles ne se donnent pas pour autant à notre conscience comme des règles de conduite.

Précisément, ce rapprochement avec les lois des sciences humaines permet de faire ressortir avec évidence l'essence des normes éthiques : elle réside, non pas au niveau de leur contenu, mais de leur fonction utilitaire, de leur fonction d'outil. Les règles de conduite sont des règles qui se voient assigner, dans le prolongement de leur vocation instrumentale générique, une vocation instrumentale plus spécialisée d'un certain type. C'est parce que les normes juridiques, par exemple, et les règles scientifiques ne rendent pas les mêmes types de services, ont des finalités instrumentales spécifiques différentes, que les unes se donnent comme des normes éthiques et pas les autres.

- La liaison de la qualification « éthique » des règles à une certaine spécialisation de leur fonction apparaît dans la terminologie même : l'éthique, dans son sens le plus fondamental, se définit comme *l'art de diriger la conduite humaine* ; les normes éthiques – les règles de conduite – ont pour vocation spécifique de servir à diriger la conduite de ceux à qui elles sont destinées et qui sont appelés à les utiliser. C'est bien, du reste, pour exprimer cette vocation éthique des normes juridiques que les théoriciens du droit définissent couramment ce dernier comme un « ordre de la conduite humaine ».

Mais que recouvre exactement cette idée selon laquelle les règles ou normes éthiques ont une fonction de direction des conduites humaines ? À l'instar des réglettes et équerres, qui servent de supports de référence guidant leurs utilisateurs dans la réalisation de tracés rectilignes ou en angle droit, les règles-outils mentaux servent à guider ceux à qui elles sont destinées dans l'accomplissement de leurs faits

et gestes : elles leur donnent la mesure de leur possibilité d'agir en leur indiquant ce qu'ils doivent, ne peuvent pas ou peuvent faire (obligations, interdictions, permissions) ; leurs actes doivent se tenir à l'intérieur des marges ainsi fixées, comme les tracés doivent se tenir à l'intérieur de la marge bordant les réglettes ou les équerres. Telle est l'analogie originellement entrevue qui a lumineusement inspiré la métaphore de la règle de conduite.

- Règles pratiques pour l'action, les règles éthiques diffèrent des lois scientifiques ou règles théoriques. Ces dernières ne servent pas à encadrer la volonté de leurs destinataires et à contrôler leur conduite, mais à encadrer et éclairer leur entendement en lui indiquant la marge de possibilité pour tel ou tel type de phénomène de survenir en fonction de telles ou telles circonstances : elles servent à se repérer dans les flux événementiels que la réalité déploie sous nos yeux et à en contrôler – en maîtriser – mentalement les processus d'enchaînement.

Elles n'en sont pas moins des outils – des outils métrologiques – elles aussi et à ce titre il est parfaitement impropre de prétendre, comme on le fait couramment, qu'elles sont susceptibles d'être dites vraies ou fausses. Ce sont les prévisions établies sur leur base qui revêtent un caractère apophantique : les outils eux-mêmes utilisés peuvent seulement être taxés de bons ou mauvais outils selon leur aptitude à rendre les services auxquels on les a affectés.

C. La constitution particulière du droit en règles de direction publique des conduites

Quels sont les traits typiques particuliers reconnus aux règles de conduite que l'on fait entrer dans la catégorie des règles de droit et qui constituent ainsi la particularité ou singularité eidétique du droit ? Les juristes croient le plus souvent pouvoir trouver la réponse en se livrant à une étude fouillée et systématique du contenu des diverses réglementations juridiques qui ont été historiquement édictées : les règles de droit seraient des règles éthiques ayant un certain type de contenu qui leur serait propre ; selon l'opinion la plus couramment répandue, il s'agirait de règles ayant la particularité d'assortir leurs prescriptions de sanctions, et spécialement d'actes de contrainte.

Cette voie de recherche apparaît *a priori*, et de toute évidence, impropre et ne pouvant conduire qu'à des conclusions complètement irréalistes. Postuler, en effet, que les règles juridiques seraient identifiables selon des caractéristiques du *logos* dont elles sont faites, c'est-à-dire selon un critère purement logique, revient à impliquer que toute norme possédant le type de contenu en question serait par nature une règle de droit : elle le serait en elle-même et par elle-même, abstraction faite de tout contexte socio-historique, quel que soit celui qui l'énonce ou qui l'imagine, à qui elle viendrait fortuitement à l'esprit.

Husserl a eu l'occasion de mettre en garde contre ce genre d'errements :

« il faut rigoureusement distinguer les rapports de généralisation ou de spécification et les rapports essentiellement différents par lesquels on s'élève du matériel (*Sachhaltigen*) à une généralité (*Verallgemeinerung*) formelle du type purement logique, ou réciproquement par lesquels on matérialise (*Versachlichung*) ce qui est de l'ordre de la logique formelle. En d'autres

termes, c'est une tout autre opération de s'élever au formel (*Formalisierung*), cette dernière opération jouant un si grand rôle, par exemple, dans l'analyse mathématique ; autre chose également est de passer au spécial et d'abolir la pureté de la forme (*Entformalisierung*), comme quand on 'remplit' (*Ausfüllung*) une forme vide de type logico-mathématique ou une vérité formelle »²².

Pour élucider la singularité eidétique des règles juridiques, il convient, non pas de chercher à s'élever à une généralisation de la matière ou tissu de pensée dont elles sont faites, mais de passer à une spécialisation formelle ou catégorielle à l'intérieur de la classification des règles. Les règles se définissent, en tant que catégorie générale d'outils, par leur vocation instrumentale à donner la mesure du possible. La classe des règles éthiques regroupe, plus spécifiquement, les règles ayant pour vocation de fixer des marges de possibilité à l'agir humain et par là de diriger les conduites. Une classe inférieure de règles doit être définie par une vocation instrumentale encore plus pointue, par une fonction directive particulière ou singulière qui leur est propre et que n'ont pas les autres règles éthiques.

Il ressort d'une analyse attentive que les règles que nous étiquetons usuellement « juridiques » sont inséparables, dans notre conscience, de l'idée de pouvoir public : elles se donnent comme des mesures édictées par des autorités ou dirigeants « publics », c'est-à-dire chargés de gouverner des « peuples » humains à la tête desquels ils se trouvent placés ; ce sont les règles qu'ils mettent en vigueur dans l'exercice de leurs fonctions. La singularité eidétique qui les particularise au sein de la catégorie des règles, c'est qu'elles servent à diriger les conduites de ceux qui vivent en peuple, en société « politique » ; elles fixent les marges de possibilité d'agir revenant respectivement à chacun (*suum cuique tribuere*, selon la célèbre formule des *Institutes* de Justinien). On peut les qualifier, en ce sens, d'outils de direction publique des conduites humaines.

²² *Idées directrices*, p. 47.

PAUL AMSELEK ET LA NORMATIVITÉ EN DROIT

Par

Jean-Yves CHÉROT

Laboratoire de théorie du droit, EA 892, Aix-Marseille Université

Si la critique hartienne¹ a conduit à l'abandon de la thèse réduisant la normativité du droit à une habitude d'obéissance à un commandement², elle laisse le champ ouvert au débat entre les théories de la normativité justifiée, faisant appel à la raison pratique, et les théories de la normativité sociale³. Les recherches philosophiques sur la normativité en droit explorent nos raisons de suivre les règles de droit comme elles explorent les notions de conventions ou d'institutions sociales⁴.

Les *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général* de Paul Amselek⁵ constituent dans la littérature de langue française, très en retrait dans ce champ de la philosophie du droit⁶, une superbe contribution à la normativité en droit dans un dialogue notamment avec Hart, Raz ou encore Ross, mais aussi avec Kelsen comme avec les auteurs de la dogmatique juridique⁷.

¹ Hart, *The Concept of Law*, OUP, 1961 ; V. la troisième édition avec une introduction de Leslie Green, Oxford University Press, 2012.

² V. sur ce point L. Green, « Legal Obligation and Authority », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

³ V. sur cette distinction : J. Raz, « Kelsen's Theory of the Basic Norm », in *The Authority of Law*, Oxford University Press, 1979, p. 122 s., ici aux pages 134-137.

⁴ Sur une période récente, voir en particulier S. Delacroix, *Legal norms and normativity. An Essay in Genealogy*, Hart Publishing, 2006 ; S. Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, 2011 ; S. Berthea, *The Normative Claim of Law*, Hart Publishing, 2009 ; J. Gardner, « Nearly Natural Law », *American Journal of Jurisprudence*, vol. 52, 2007, p. 1 ; V. Rodriguez-Blanco, « Social and justified legal normativity : unlocking the Mystery of the relationship », *Ratio Juris*, vol. 25, n° 3, september 2012, p. 409-433 ; C. Essert, « Legal Obligation and Reasons », *Legal Theory*, vol. 19, 2013, p. 63.

⁵ L'ouvrage paru chez Armand Colin en 2012 a été l'occasion de la Journée autour de Paul Amselek qui s'est tenue à la Faculté de droit d'Aix-Marseille le 7 juin 2013. Parce que ces *Cheminements philosophiques* donnent le dernier état de la pensée de Paul Amselek sur les questions du thème de la normativité juridique, parce qu'ils les donnent avec une force nouvelle et parfois avec les précisions inédites ou mêmes des corrections par rapport à ce que Paul Amselek avait déjà pu écrire dans le passé, c'est à eux et à eux seuls que la présente contribution fait référence. Les renvois sont faits aux pages de *Cheminements philosophiques*.

⁶ V. cependant C. Thibierge (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009 ; F. Brunet, *La normativité en droit*, mare & martin, 2011.

⁷ Le livre de Paul Amselek comprend trois « itinéraires ». L'itinéraire I est intitulé « Le droit, c'est quoi ? Enquête phénoménologique ». C'est à ce premier itinéraire auquel je ferai principalement référence parce que c'est là que se trouvent les développements principaux sur la normativité juridique. Le deuxième itinéraire est intitulé « Qu'appelle-t-on "édicter les règles juridiques" ? Théorie des actes de langage et théorie du droit ». Paul Amselek qui a été un des premiers en France à comprendre et à diffuser l'intérêt de la théorie des actes de langage pour la théorie du droit y ajoute des points de vue déterminants sur la normativité en droit et j'y ferai donc aussi référence. Le troisième itinéraire est intitulé « Interpréter n'est pas légiférer. Problèmes fondamentaux de l'interprétation juridique en tant qu'interprétation pratique ». Y

Les propositions de Paul Amselek sur la normativité juridique sont portées par une ontologie de type non cognitiviste selon laquelle les règles en général et les règles de droit en particulier ne peuvent exister qu'en tant qu'« outils mentaux ». Paul Amselek critique spécialement les ontologies réalistes des valeurs défendues au nom d'une méthode phénoménologique axiologique qui reconnaît, à côté du monde de l'être, un monde des valeurs surplombant la réalité mentale des règles.

Paul Amselek revendique la méthode d'une phénoménologie linguistique (débarrassée de toute dimension axiologique) qui attache une attention toute particulière au langage des énoncés normatifs, dans la lignée des philosophes qui ont résisté aux réductionnismes de l'empirisme logique. Cela le conduit à écarter comme non pertinents les critères de la normativité du droit qui pourraient être rattachés au contenu sémantique des énoncés des règles juridiques et à dissocier, dans les références plus sérieuses à la « force normative » des énoncés juridiques, différentes dimensions malheureusement trop souvent mêlées, de telle sorte que se perdent les intuitions les plus pertinentes (les plus rationnelles) sur la normativité du droit telles que notre langage, nos intuitions, nos consciences nous les révèlent.

I. L'ontologie des règles et la normativité

Paul Amselek critique l'assimilation de l'énonciation d'une règle à l'expression d'une valeur. Cette critique s'exerce d'abord à l'encontre de Husserl lui-même en ce qu'il a cru possible à travers une « phénoménologie axiologique » de reconnaître dans les valeurs des données objectives que les choses ou les actions humaines donneraient à voir à notre conscience par le biais de nos expériences affectives. Dans la phénoménologie axiologique de Husserl, le sujet prendrait conscience, à travers une expérience émotionnelle, de la valeur d'une chose sensible et ce serait chez Husserl cette valeur que le sujet exprimerait en énonçant une règle de conduite et notamment une règle juridique. La règle ne serait qu'une formule constatative décrivant quelque chose de valeur vue ou perçue dans l'intuition par le sujet et donc susceptible d'être vraie ou fausse. Pour Husserl ainsi, « on doit faire ceci » serait en tant que règle rien de plus ou l'équivalent de « c'est une bonne chose de faire ceci » ou, comme l'écrit Husserl⁸, « une action naturellement dotée d'une valeur positive saisissable par l'intuition ». Paul Amselek commente ce point de vue de la phénoménologie axiologique de Husserl en écrivant que « les règles n'auraient aucune réalité propre, aucun relief de choses spécifiques : elles ne seraient qu'une façon de s'exprimer ».

« On doit relever, ajoute-t-il, combien est incongru cet ajout des valeurs à la structure typique des choses. Une étrange dichotomie ontologique est ainsi introduite ; il y aurait à tenir compte, outre tous les éléments caractéristiques invariants communs à toutes les choses d'un même type, de leur valeur, sorte de cerise sur le gâteau. Husserl parle en ce sens d'un "monde des choses" et d'un "monde des valeurs", de la "chose simple" et de la "chose évaluée" » (p. 41).

est abordé le sujet qui occupe maintenant le centre de la théorie du droit. Mais ce n'est pas à cet itinéraire que nous nous emprunterons le chemin de la discussion sur la normativité juridique.

⁸ Cité par Paul Amselek, p. 40.

Au contraire, pour Paul Amselek, les choses n'ont pas de valeur en elles-mêmes parce que la valeur est toujours le rapport à un terme de référence extérieur à la chose évaluée ; elle n'existe qu'en relation à une règle qui elle-même n'appartient pas au même monde que les choses elles-mêmes ; les règles sont un terme de référence « choisi par une décision humaine » (p. 120).

La critique va rebondir à plusieurs autres endroits du livre. Il s'agit de saisir que loin d'être en amont des règles, les valeurs ne sont qu'un jugement d'application d'un étalon qui se trouve dans une règle. Si dans le sillage de Kelsen, de Hume et de Kant, on oppose radicalement l'idée de *sollen* et celle de *sein*, c'est qu'il y a un fossé infranchissable entre une chose quelconque telle qu'elle se présente par elle-même à l'observation et une règle, c'est-à-dire un « outil » chargé de servir de témoin ou d'étalon de référence : cette fonction ne fait pas partie des données caractéristiques de cette chose, mais lui vient d'une intention humaine transcendante, d'un « surajout » extérieur à sa nature propre. « Il y a », écrit Paul Amselek, « également du reste le même type d'abîme entre une chose en tant que telle et une chose évaluée, à laquelle on a attribué une valeur en la rapportant arbitrairement à une autre » (p. 119).

Il convient alors de mettre en évidence trois observations.

a) La première observation est pour dire, avec Paul Amselek, que les règles n'ont pas d'existence sensible ; elles ne renvoient à rien dans le monde observable et que l'on pourrait saisir à travers des jugements affectifs, des émotions, des intuitions ou tout autre moyen de ce type. Pour autant, si elles n'ont pas d'existence, les règles n'en sont pas moins des phénomènes réels, des objets mentaux, plus précisément des « outils mentaux » (p. 60) ou encore des objets du monde intelligible que l'on pourrait saisir en les comparant (c'est aussi un des points clefs de l'ouvrage de Paul Amselek) aux théories et lois scientifiques. Elles appartiennent au « monde 3 » tel que présenté dans l'ontologie de Karl Popper⁹. Les règles de conduite ne sont donc ni l'expression de caractéristiques qui seraient dans les choses du « monde 1 » et auxquelles on pourrait accéder par nos intuitions sensibles, ni des états psychologiques du « monde 2 », mais des entités intelligibles du « monde 3 » ; elles sont bien des étalons de référence. À ce titre, ce sont elles qui permettent de rendre compte des jugements de valeur que nous attribuons aux choses et aux actions.

La référence à la théorie des trois mondes de Popper est d'une très grande importance pour Paul Amselek qui cherche à affronter ici les difficultés que Popper a cherché à surmonter de son côté grâce à la théorie des trois mondes : rendre compte de la liberté de l'homme dans un cadre scientifique qui admet le déterminisme du monde sensible¹⁰.

⁹ Karl Popper a refait la démonstration de la réalité des entités de notre univers mental. Il distingue trois mondes : le « monde 1 » qui est le monde des choses se donnant à voir ; le « monde 2 » ou monde des expériences subjectives de nos expériences en tant que sujets mondains, le monde des états et actions psychologiques, et le « monde 3 » qui est le monde des choses intelligibles produites par l'esprit et qui restent immanentes à lui, le monde des contenus de pensée et des objets mentaux. Pour Amselek les règles ou normes de conduite comme les lois scientifiques auxquelles pensait Popper appartiennent au « monde 3 ».

¹⁰ Sur le lien entre la théorie des règles éthiques et juridiques et la liberté humaine, voir chez Paul Amselek, *Cheminements philosophiques* (p. 148 s.) : « la présence des normes éthiques et notamment des

b) La deuxième observation concerne la critique radicale des théories jusnaturalistes dans la mesure où elles reposent une ontologie réaliste des valeurs. Paul Amselek rappelle que :

« le relativisme des valeurs a toujours été difficile à admettre dans le domaine de l'éthique et du droit : dans ce domaine plus que dans tout autre, nous tendons à éprouver le besoin de nous dépasser, de surmonter l'angoisse de notre solitude et de rechercher l'appui d'un indiscutable et réconfortant absolu » (p. 120).

Le rejet du jusnaturalisme, plus particulièrement de cette forme de jusnaturalisme particulière qui découle d'une utilisation méthodologique abusive de la psychologie pour prétendre accéder au monde des valeurs, a été prononcé par Paul Amselek dès sa critique adressée à la phénoménologie axiologique de Husserl. Les *a priori* de Husserl (les règles ne sont que l'expression de valeurs éthiques auxquelles nous accédons par nos émotions et nos intuitions sur les choses) conduisent à des conclusions jusnaturalistes qui auront du succès auprès d'un certain nombre de philosophes du droit attachés au droit naturel¹¹. Voilà, selon Paul Amselek, comment se construisent ces conclusions jusnaturalistes :

« les normes juridiques posées par les pouvoirs publics qui constituent apparemment en pratique ce qu'on appelle le droit, ne sont que des énoncés théoriques sur les valeurs juridiques contenues dans la nature des choses, "valeur juridique" dont on ne nous dit toujours pas ce qu'elles sont exactement. En application des directives phénoménologiques, il importe au juriste qui veut appréhender correctement le droit de détourner son attention de ces normes juridiques édictées par les gouvernants et de la braquer sur les choses elles-mêmes, de manière à retrouver une intuition originaire de leur valeur juridique propre. À partir de là, le juriste phénoménologue formulera d'authentiques normes juridiques, décrivant très exactement beaucoup plus excellemment que les pouvoirs publics les valeurs juridiques objectivement appréhendées [...] On s'explique le succès que ces thèmes ont pu rencontrer auprès d'un certain nombre de philosophes du droit ; leur parenté avec les théories métaphysiques traditionnellement développées par l'école du droit naturel est évidente »¹².

c) La dernière observation concerne une extension de la critique ontologique à l'encontre de thèses qui sont à l'opposé des théories jusnaturalistes et avec lesquelles la pensée de Paul Amselek pourrait pourtant trouver des affinités ; des thèses qui, par méfiance envers l'usage abusif des termes du droit et de l'éthique, finissent par vouloir en faire des fictions et ramener le langage du droit au langage des faits et à rien d'autre. Ce sont ces réductionnismes psychologiques auxquels se sont attaqués Hart et Austin que Paul Amselek affronte aussi. Il présente successivement

normes juridiques dans notre univers renvoie à une donnée fondamentale de la condition humaine, à savoir que l'homme est maître de son comportement ».

¹¹ Rappelons qu'en France le terme de philosophie du droit a été attaché originellement au XIX^e siècle dans les facultés de droit à la revendication d'un enseignement d'une doctrine de droit naturel fondée sur l'intuitionnisme philosophique de Victor Cousin. Voir sur ce point T. Pouthier, *Droit naturel et droits individuels en France au XIX^e siècle*, thèse Paris II, décembre 2013.

¹² La théorie phénoménologique du droit est ainsi décrite comme une discipline qui « procure des normes » (C. Cossio, «La norme et l'impératif chez Husserl », *Mélanges Rouhier*, Dalloz, 1961, p. 153, cité par Paul Amselek).

au titre de ces thèses réductionnistes de l'obligation en droit - qu'il appelle les théories de la « négation des catégories modales dans la théorie de l'éthique et du droit » (p. 108 et s.) – la théorie des fictions de Bentham, les « réalismes juridiques » américains, les thèses sur l'éthique du positivisme logique, les thèses du réalisme scandinave influencées par l'école d'Uppsala et par le cercle de Vienne.

Naturellement les différents auteurs et les différentes théories présentées ne mettent pas l'accent sur les mêmes données. Malgré leurs différences, ce que Paul Amselek met en évidence, ce sont leurs réticences à prendre au pied de leur lettre les expressions normatives de l'éthique et du droit et leur déconstruction des termes centraux de l'éthique et du droit en les ramenant à des faits psychologiques, des sentiments de crainte à l'égard de sanctions ou de réactions physiologiques à nos émotions.

Selon Bentham notre pratique langagière articule ce qu'il nomme des « entités fictives », des entités qui n'ont pas de réalité, c'est-à-dire pas de référent observable dans le monde et qui correspondent simplement à nos manières de parler et « dont on ne pourra jamais se passer aussi longtemps que le langage sera en usage parmi les êtres humains »¹³. Mais on parle selon Bentham de ces êtres autrement langagiers « comme si » ils étaient des entités réelles. En pratique, écrit Bentham, on a tendance à perdre de vue qu'il s'agit de fictions et à les hypostasier, à les concevoir comme des entités réelles, fallacieuses. On dispose, dit Bentham, d'un antidote pour ne pas céder à cette pente : il est possible de dissoudre une entité fictive en exprimant autrement ce qu'on veut exprimer à travers elle, en recourant à des paraphrases n'articulant, elles, que des entités réelles.

« Une obligation, écrit Bentham, est imposée à un homme ou plutôt on dit qu'elle est imposée à un homme si, pour le cas où il manquerait de se conduire de cette manière, la douleur ou la perte de plaisir est envisagée comme ce dont il doit subir l'épreuve. Comme ce n'est pas le nom d'une entité réelle mais seulement celui d'une entité fictive, et comme cette dernière n'a pas de genre supérieur, elle n'est pas considérée comme susceptible de définition sous la forme ordinaire, *per genus et differentiam*, mais plutôt comme redevable d'une exposition par la voie de la paraphrase [...]. On peut bâtir sur l'exposition que nous avons donnée du terme obligation, qui servira ainsi de base, les autres expositions des droits, quasi droits ou avantages analogues aux droits »¹⁴.

Paul Amselek cite aussi la célèbre prédication de Holmes :

« les droits et obligations élémentaires dont s'occupe la science du droit ne sont pas autre chose que des prédictions [...] Ce qu'on appelle obligation juridique n'est pas autre chose que la prédiction de tel ou tel mal qui sera infligé à un homme en vertu du jugement du tribunal si cet homme fait ou omet de faire quelque chose ».

Paul Amselek dénonce « ce négationnisme à l'égard des catégories modales » qui « revient en tout cas à donner une vue complètement tronquée des

¹³ V. *Of Ontology* (édition française, *De l'ontologie*, au Seuil en 1997).

¹⁴ *De l'ontologie*, p. 213 s. cité par P. Amselek.

règles éthiques, en en faisant non plus des instruments de direction des conduites, mais des instruments de persuasion, d'action sur les motivations, le législateur étant lui-même réduit au rôle de 'distribuer la douleur, ou du moins la menace de la douleur' ». Ces théories sont l'expression du travers psychologue dénoncé dans l'ouvrage.

Si l'on veut bien s'élever ici à une analyse plus générale, ce qui est critiqué, comme dans la critique du jusnaturalisme, mais avec des différences majeures malgré tout, c'est la même réduction du langage des règles au langage affectif et des émotions. Dans le jusnaturalisme, la règle n'apparaissait que comme l'énoncé d'un jugement de valeur saisi dans une émotion ou une intuition, mais qui prétendait pouvoir rendre compte de la nature des choses évaluées. Dans les thèses du positivisme scientifique ici à l'œuvre, les règles continuent à être renvoyées à des sentiments, des émotions sauf que, ici, à la différence des thèses du droit naturel ou de la phénoménologie axiologique, ces émotions ne sont pas présentées comme aptes à renvoyer à autre chose qu'à elles-mêmes. Elles ne décrivent rien dans le monde. Elles ne sont que l'expression d'une émotion ou d'un ordre (ce qui participe aux thèses dites « expressivistes » de la métaéthique). Les émotions ne sont plus aptes à rendre compte du « monde des valeurs », les valeurs se confondant avec les émotions qui y sont exprimées.

Nous pourrions penser qu'avec les thèses empiricistes que nous ne sommes pas loin de l'ontologie de Paul Amselek. Mais ce n'est pas le cas. Pour marquer la différence, entre le point de vue des divers empiricismes juridiques dont rend compte ici Paul Amselek et sa théorie des règles, on dira, en reprenant la théorie poppérienne des trois mondes, que les thèses empiricistes classent les règles dans la catégorie du « monde 2 », alors que la théorie de Paul Amselek les classe dans la catégorie fondamentalement différente des phénomènes du « monde 3 »¹⁵.

La critique adressée par Paul Amselek est ici la critique de l'illusion psychologique qui est finalement peut être commune à certaines des théories jusnaturalistes et aux théories de l'empirisme juridique (un terme que l'on peut préférer à celui de « réalisme juridique »).

« On doit souligner, écrit Paul Amselek, combien il est superficiel et peu pertinent de concevoir les jugements de valeurs dans le domaine de l'éthique et du droit sur la matrice de ce type très particulier d'évaluation qu'est le jugement affectif ».

« C'est passer à côté de ce qui fait l'originalité des règles éthiques et de leur mode spécifique de mise en œuvre et verser dans le travers psychologique » (p. 123-124).

¹⁵ Si elles sont dépourvues de référent dans le monde extérieur observable, les notions normatives d'obligations de droit, de permission, ne sont pas fictives pour autant, des sortes de fantasmes qu'une modification de la façon de s'exprimer ferait disparaître ou s'évanouir. Amselek reprend ici son ontologie : « les règles jouent en tant que telles, avec leur signification propre et irréductible à une autre, un rôle réel et nullement fictif, qui se traduit à travers les accomplissements observables des usagers de ces outils. Les choses du monde sensible ne sont pas les seules entités réelles ; les produits de l'esprit, actes et objets mentaux, y compris les concepts ou catégories sont aussi des réalités ».

C'est un point qui parcourt tout l'ouvrage :

« On doit aussi observer combien il paraît irréaliste aux yeux d'un juriste de ramener toutes les valeurs à des expériences affectives » (p. 40).

« Que nous jugions une conduite conforme à une norme à laquelle nous nous référons, ne veut pas dire que cette conduite nous plaît » (p. 124)¹⁶.

Nous touchons là à un point central pour la théorie du droit¹⁷. Nous ne pouvons malheureusement pas chercher plus loin sur ce point, en particulier pouvoir mieux marquer les différences entre les différentes théories classées dans l'empirisme et le psychologisme juridiques. Sont-elles toutes aussi uniformément psychologisantes et scientistes ? Peuvent-elles rejoindre le courant, *a priori* différent mais finalement assez proche, dès lors que la frontière entre le « monde 2 » et le « monde 1 » de Popper est fragile et poreuse, des théories de certains neurologues qui proposent de ramener les sentiments de l'éthique (et du droit) à des phénomènes neuronaux (et qui rejoignent ce que l'on peut appeler le physicalisme).

Ce point ramène à l'importance de la critique des réductions psychologiques de la théorie de l'action et des actes chez John Austin qui inspire tant Paul Amselek. Mais cela nous conduit au deuxième temps de l'analyse de la pensée de Paul Amselek. Une fois les règles regardées dans cette ontologie particulière comme des « outils mentaux » appartenant au monde intelligible ou logique, comment en concevoir l'expression et le fonctionnement, c'est-à-dire leur place indispensable dans le monde des réalités sociales ? La théorie des actes de langage et la phénoménologie linguistique nous mènent sur le chemin de la compréhension de la normativité juridique.

II. La normativité et l'analyse linguistique des énoncés de règle juridique

C'est autour de la phénoménologie linguistique et notamment de son interprétation chez Austin¹⁸ que se rassemble la démonstration de Paul Amselek sur la

¹⁶ Voir aussi ici H. Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002 ; trad. franç., *Fait/valeur : la fin d'un dogme et autres essais*, Paris, L'éclat, 2004. Pour lui, c'est une véritable pétition de principe que de supposer que les jugements de valeurs sont l'expression de désirs ou de volontés. Cela va à ses yeux à l'encontre de la tradition philosophique la plus ancienne et d'une bonne théorie morale ou métaéthique : on ne peut identifier les jugements de valeurs à l'expression de ce que sont nos désirs et préférences ; car une des fonctions des jugements de valeur est justement de signaler à partir de quel moment des états motivationnels d'une personne sont déficients en ce qu'ils ne permettent pas de poursuivre ce qu'elles jugent bon.

¹⁷ Voir aussi la mise en évidence de ce point par Benoit Frydman selon lequel « réduire la portée d'une proposition normative ou morale à une simple attitude, ce que les positivistes logiques appellent une attitude propositionnelle (la croyance, la pensée de celui qui l'énonce) nous ramène purement et simplement à la conception psychologique de la norme comme état de conscience de celui qui la formule. Dans ce cas, le tournant linguistique tourne en rond et nous reconduit à notre point de départ » (*Le sens des lois*, Bruylant, 3^e édition, p. 561).

¹⁸ John Austin a été amené à considérer dit le préfacier français de *Quand dire, c'est faire* « toute énonciation digne de ce nom, c'est-à-dire destinée à être communiquée, comme étant avant tout un acte de discours produit dans la situation totale où se trouvent les interlocuteurs. Si les énonciations sont des actes, alors celles doivent viser à accomplir quelque chose ». Cet aspect de l'énonciation qui permet de reconnaître l'acte de parole et qui est distinct du contenu de l'énoncé, séparé, au moins abstraitement, de lui est ce que Austin appelle la valeur illocutoire. L'illocutoire se distingue du locutoire qui est strictement le contenu sémantique de la phrase dont la signification ne peut pas être rendue sans faire aussi

normativité du droit. Il apparaît qu'il faut distinguer entre deux approches de la normativité en droit. Une première approche, purement sémantique, recherchant les signes de la normativité ou de la juridicité dans le contenu même des énoncés juridiques ne peut être par hypothèse et par avance que vouée à l'échec. Les tentatives d'approche de la normativité et de la juridicité par le contenu des règles sont analysées comme relevant d'une démarche « aberrante dans son principe même ». Une telle démarche « se trouve condamnée par avance et est inopérante » (p. 255) parce qu'il y a là une erreur de méthode. En revanche, la référence dans la recherche du sens de la normativité du droit « à l'idée de contrainte ne correspond pas à une erreur de méthode d'approche ». Mais une telle référence n'a pas conduit toujours à rendre les idées claires parce que la référence à l'idée de contrainte comme caractéristique de la juridicité ne s'est pas accompagnée selon Paul Amssek d'une analyse suffisante des différentes dimensions de l'idée de contrainte et de la notion d'obligation juridique.

II. – 1. On passera assez rapidement sur les thèses qui cherchent la normativité et la juridicité dans le seul locutoire juridique.

« Austin, rappelle Paul Amssek, a dénoncé un travers très généralement répandu chez les philosophes antérieurs, travers consistant à réduire toute la réalité – toute l'épaisseur de nos échanges linguistiques uniquement à ce que nous disons, au dit ou énoncé, au locutoire. C'est exactement le même travers qui a prévalu chez les philosophes du droit. Il y a une tendance bien ancrée dans leur esprit consistant à croire que ce qui fait qu'un énoncé est un énoncé de règle ou norme éthique de règle ou de norme de conduite fait partie de cet énoncé lui-même, est une propriété de son contenu » (p. 302).

Paul Amssek procède ainsi à une analyse critique des thèses qui reconnaissent la normativité dans la structure grammaticale des énoncés, une règle n'étant une règle que si elle est énoncée à l'impératif (p. 303) ou si elle est ou peut être énoncée sous des formules marquées par des foncteurs déontiques (p. 309) ou des thèses qui reconnaissent la juridicité dans la structure conditionnelle de l'énoncé normatif (p. 243).

C'est encore la dénonciation de cette erreur de méthode qui vient à l'appui des critiques adressées par ailleurs par l'auteur à la thèse défendue avec la plus grande précision par Kelsen d'une normativité juridique résidant dans la sanction organisée et par laquelle toute règle de droit est rendue visiblement contraignante, quitte comme le montre Paul Amssek à ce que la compréhension de la « contrainte » ou de l'« autorité » inhérente au droit soit écrasée, par une analyse qui réduit la contrainte au contenu sémantique de la prévision d'une sanction dans l'énoncé de la règle et, à travers ce contenu sémantique, qui ramène la compréhension de la normativité à un de ses aspects seulement, celui d'une des modalités du devoir être

référence à l'illocutoire, à la dimension pragmatique de l'énoncé. Austin enrichi sensiblement la théorie du langage. Il fait entrer dans l'analyse philosophique un vaste ensemble d'énoncés que la philosophie du langage avait jusque là tenté de présenter comme dépourvue de sens, le langage de la morale, et de l'éthique, le langage de la courtoisie ou le langage du droit ou dont le sens s'il devait être trouvé devait alors être le résultat d'une paraphrase restituant derrière le non sens des énoncés de l'éthique et du droit le sens réel d'énoncés sur des faits observables empiriquement dans les faits du monde sensible physique et psychologique. V. l'exposé de la théorie des actes de langage par Paul Amssek dans *Cheminements Philosophiques*, p. 275 s.

(l'obligation de faire ou de ne pas faire)¹⁹, en oubliant de voir l'essentiel de la dimension pragmatique des énoncés juridiques.

II. 2. – On s'attachera plus longuement aux analyses approfondies que Paul Amselek consacre à l'élucidation, par réductions successives, de la question du caractère contraignant du droit.

Il n'est pas contestable de prendre pour point de départ le caractère contraignant du droit lorsqu'il s'agit de rendre compte de sa normativité²⁰. C'est cependant l'insuffisante élucidation des diverses dimensions présentes dans la perception du caractère contraignant et autoritaire du droit qui ramène le plus souvent la thèse de la caractérisation du droit par la contrainte à une référence à une mystérieuse « force » contraignante ou « force normative » du droit. Ce dont il est question, écrit Paul Amselek, ce sont les thèses répandues dans la dogmatique juridique et selon lesquelles :

« la contrainte dont il est spontanément question est entrevue confusément comme un élément structurel typique du droit lui-même, tel qu'il est édicté et à l'œuvre dans les sociétés humaines, comme un attribut inhérent aux règles dont il est composé et qui les différencient des autres variétés de règles de conduites, spécialement les règles morales » (p. 226).

De nombreux juristes évoquent cette « mystérieuse puissance ou force » du droit que Paul Amselek propose de simplifier et de réduire par une analyse des différentes idées présentes à l'arrière-plan de l'obligation juridique et dont la plupart ne sont d'ailleurs pas spécifiques au droit²¹.

L'idée de contrainte du droit renvoie d'abord à l'idée générale de la fonction directive des règles de conduite. C'est cette donnée qui exprime l'idée de « devoir-être » notamment dans la pensée de Kelsen et qui empêche notamment, comme nous l'avons déjà rappelé, de confondre les règles de conduite avec des données du monde sensible. Cet élément est déterminant dans la compréhension des règles de droit. Mais elle ne caractérise pas la seule juridicité.

¹⁹ Il y a chez Kelsen une conception normative de la sanction qui est parfaitement défendable. La sanction n'est pas chez Kelsen une menace adressée au destinataire de la norme qui sera exercé probablement si la norme n'est pas respectée et qui est censée mettre en jeu des ressorts psychologiques qui chez certains auteurs ne sont que le sens véritable de l'obligation juridique. C'est un acte qui devra être réalisée si une violation de la norme intervient. Mais ce qui est en discussion et en cause, c'est ce que j'appellerai une conception de la normativité du droit fondée sur un contenu de norme prévoyant une sanction organisée par le droit. La sanction organisée est la marque de l'obligation juridique, distincte de l'obligation morale. C'est cette approche qui manque, comme le montre Paul Amselek, de pertinence. Elle vise à écraser la typologie des modalités du devoir-être qui se résume alors en dernier ressort aux seules obligations de faire et de ne pas faire, les normes permissives ne devenant des normes complètes que lorsqu'on est en mesure d'énoncer la règle comportant une sanction prévoyant une contrainte pesant sur un destinataire et qui garantit le caractère normatif de la règle permissive ou d'habilitation.

²⁰ Hart ne dit pas autre chose lorsque, tout en reconnaissant les limites et les erreurs de la théorie benthamienne du droit comme commandement, il n'en salue pas moins une indication pour l'analyse d'un élément crucial de la compréhension du droit (V. notamment Hart, « Commands and Authoritative Legal Reasons », *Essays on Bentham*, Oxford University Press, 1982, p. 268).

²¹ Sont écartées les thèses déjà rejetées (voir plus haut) pour ramener ou réduire l'obligation juridique à des données de faits ou de psychologie qui expliqueraient le caractère obligatoire et contraignant du droit par la crainte de la mise à exécution des menaces de sanction qui accompagnent la règle de droit ou des facteurs sociologique de pression ou d'habitude d'obéissance.

Il faut distinguer la « contrainte » qui résulte ainsi pour les individus de cette fonction directrice des conduites que l'on trouve dans les normes, de l'idée de contrainte qui tient à leur contenu et qui vise non la fonction directrice en général de la règle, mais qui, se situant au niveau du contenu de la règle, concerne l'une de ses modalités de fonctionnement en tant que règle de conduite : l'idée de contrainte associée au droit vise ici les obligations de faire ou les obligations de ne pas faire contenues dans la règle de droit. L'obligation juridique vise ici non pas la forme de la règle, mais le contenu de cette règle. On sait, Paul Amselek le rappelle, que Kelsen a bien distingué ces deux aspects²², mais qu'il a aussi semblé bien embarrassé pour le faire en distinguant la signification habituelle et ordinaire du devoir-être qui est l'obligation de faire ou de ne pas faire comme modalités avec une signification plus générale du droit et du devoir-être impliquant d'y compter aussi les normes permissives et d'habilitation.

Une telle distinction est importante puisqu'elle permet de comprendre dans le devoir-être à la fois une catégorie distincte de la pensée ne renvoyant pas au fonctionnement du monde des choses sensibles et à une des modalités du devoir-être.

On sait aussi qu'il est parfois difficile de penser une telle distinction et qu'il y a une tendance (que l'on retrouve d'ailleurs aussi chez Kelsen) de ramener les permissions et les droits à une obligation de ne pas faire, dès lors qu'un droit accordé ou reconnu ou une permission fondée sur le droit appelle une obligation corrélative de respecter ce droit et cette permission, les droits ou les permissions étant alors regardés et analysés comme un « effet reflet » d'une obligation ! Naturellement l'obligation juridique ne peut être réduite à cette modélisation des règles de conduite. Hart a montré l'importance pour la théorie du droit de la distinction entre les règles qui créent des obligations et les règles qui confèrent des pouvoirs et de leurs différences de fonction. Kelsen de son côté a hésité, au fil de ses analyses, sur l'endroit où placer l'élément central de la dynamique juridique, dans les obligations de faire ou dans les normes d'habilitation²³.

Mais ni le devoir-être comme une catégorie logique de la pensée ayant une fonction épistémologique, ni le devoir-être comme étant une des modalités de direction des conduites ne peuvent à eux seuls rendre compte de la normativité du droit ni le caractère d'autorité du droit si n'est pas analysée la dimension pragmatique de la nature de l'acte qui institue les règles.

« Les actes d'édiction des normes juridiques ne sont pas de simples actes de dire, de prononcer ou d'écrire des énoncés de règles : ce sont des actes de parole au sens de la philosophie du langage, c'est-à-dire des actes sociaux accomplis avec des paroles ».

²² Voir *Théorie pure du droit*, p. 6 et p. 162 s.

²³ Voir en dernier lieu, R. Alexis, « Hans Kelsen's Concept of the "Ought" », *Jurisprudence*, vol. 4, Issue 2, 2013, p. 235.

Paul Amselek propose de lever ce qu'il présente comme une confusion.

« Les actes d'autorité par lesquels les dirigeants édictent des normes juridiques et qui évoquent à notre conscience un commandement est avant tout un acte de mise en vigueur des normes ».

« Cette composante essentielle de la contrainte qui résulte de la mise en vigueur de façon autoritaire des normes serait confondue avec la nature de commandement des normes juridiques dans leur contenu même ».

C'est une erreur, écrit Paul Amselek, car :

« il est évident que la mise en vigueur des commandements ne peut être assimilée à ces commandements eux-mêmes. Une chose est la vocation instrumentale donnée aux normes d'encadrer la manière rigide ou de manière souple la conduite des destinataires : on est ici au niveau des attributs spécifiques assignés aux normes émises ; une autre chose est de rendre d'office par un acte autoritaire ces normes applicables ; on est là au niveau de l'utilisation de la pratique des normes par ceux auxquels elles sont adressées, et c'est à ce niveau qu'est instaurée une utilisation obligatoire : on place les intéressés en situation d'avoir à respecter le système d'encadrement de la conduite fixée par les normes qui leur ont été communiquées » (p. 231).

« C'est faute d'avoir clairement élucidé cette donnée, poursuit Paul Amselek, que la théorie juridique positiviste a éprouvé tant de difficultés à expliquer objectivement – sans recours au mode de pensée jusnaturaliste et à des schémas d'explication idéologique – pourquoi les normes du droit positif doivent être obéies : c'est simplement parce qu'elles ont été, par hypothèse, mises en vigueur. Il s'agit, en d'autres termes, d'une question tautologique. La réponse est dans la question elle-même » (p. 231).

Cette tautologie mérite une explication. Elle se comprend dans le cadre d'institutions sociales au sens fort, ici des institutions de la *législation* et de la *juridiction* (c'est nous qui soulignons).

« Pour comprendre le sens et la nature de ces dires juridiques que reproduisent nos codes, il faut les replacer dans ce contexte sociohistorique dans lequel ces actes de langage ont été effectués, et surtout dans le contexte des éléments intentionnels qui, dans les circonstances où les jurisdiseurs ont agi, ont accompagné et éclairé ces actes : quel type d'acte social le jurisdiseur a-t-il voulu accomplir en disant ce qu'il a dit, quelle fonction sociale a-t-il entendu exercer en les émettant, dans quel registre instrumental – dans quel jeu de langage pour reprendre la formule de Wittgenstein – s'est-il placé ? C'est à ce niveau performatif ou pragmatique, et spécialement au niveau des éléments intentionnels de ce performatif, que se situent la normativité et la juridicité des énoncés juridiques : il ne s'agit pas d'éléments appartenant au locutoire lui-même, immanents à lui ; il s'agit de fonctions illocutoires correspondant aux intentions transcendantes du locuteur, aux finalités qu'il a assignées à ses énoncés, à son dire, dans les circonstances historiques de son énonciation. Ce sont ces intentions et le contexte dans lequel elles ont été conçues qu'il faut donc sonder et analyser pour comprendre en quoi les énoncés émis sont des énoncés de règles de conduite, destinées à encadrer des conduites humaines, et plus précisément encore en quoi ces énoncés sont des énoncés de règles de conduite juridiques » (p. 315).

L'intention se révèle dans le contexte même de l'acte juridique. Paul Amsselek souligne que ce qu'il appelle les « jurisdiseurs » (ce qui inclut le législateur et les juges) « ne se contentent pas d'énoncer des règles juridiques (...), ils disent aussi en même temps ce qu'ils sont en train de faire », ce que l'on pourra voir à l'évidence si on ne regarde pas seulement le dispositif des actes juridiques, mais l'ensemble des mentions relatives à l'acte de langage accompli, y compris les indications par lesquelles « le jurisdiseur précise ce qu'il est en train de faire, la nature de son acte de parole et les conditions dans lesquelles il agit ; cet autre dire est un métalangage par rapport au dire juridique lui-même ». Et « c'est justement grâce à ces indications métajuridiques qu'il est possible, en pratique, de reconnaître qu'on se trouve en présence d'actes d'édiction de droit, de règles juridiques » (p. 317).

Cette analyse avec toutes les précisions et observations qui l'accompagnent et qu'il faut lire est le rappel que le droit est un commandement et que ce commandement est normatif lorsqu'il confère une raison d'être suivi parce qu'il s'inscrit lui-même dans un contexte conventionnel qui lui confère la reconnaissance de son autorité.

On suivra très volontiers Paul Amsselek jusque là. On hésitera cependant à le suivre lorsqu'il ajoute :

« qu'il n'y a là aucun mystère, contrairement à ce que pensent généralement les philosophes du droit, il n'y a aucun problème de reconnaissance des règles de droit méritant les constructions souvent très compliquées qu'ils développent : c'est qu'ils oublient tout simplement que les actes d'édiction de droit sont des performatifs explicites, et même des performatifs explicités de façon particulièrement détaillée et édifiante ; il s'agit, en quelque sorte, d'actes de parole qui sont accomplis en se racontant, ce qui confère au terrain juridique ce caractère de terrain privilégié d'observation » (p. 317).

Non seulement je ne crois pas que les théoriciens du droit comme Hart, Ross ou Raz aient oublié que les actes d'édiction du droit sont des performatifs explicites et même explicités dans l'acte même d'édiction des règles, mais encore je ne crois pas qu'ils aient inutilement rendu complexe une réalité qui se donnerait à voir sans le recours à des constructions plus élaborées.

Pour autant, et nous retrouverons ici la pensée de Paul Amsselek, ce qu'elle nous montre c'est qu'il n'est sans doute pas nécessaire pour comprendre philosophiquement la normativité du droit de s'interroger sur les raisons, leur nature, leur caractère, leur force, que nous avons en tant que destinataires des règles de les suivre, ni même peut-être de devoir caractériser dans le cadre de l'institution même de la juridiction qui accompagne la mise en application des règles de droit ce que sont les raisons et les mobiles qui animent les juges eux-mêmes. En réponse à Raz qui défend l'idée qu'une composante morale est nécessairement impliquée dans l'acceptation d'une règle sociale et notamment de la règle sociale qu'est la règle de reconnaissance au fondement des systèmes juridiques dès lors que cette règle ne sert pas des intérêts personnels et qu'elle est utilisée aussi bien à évaluer sa conduite que celle des autres, Hart avait répondu qu'il ne lui paraissait pas nécessaire d'adhérer à une conception forte et catégorique de l'acceptation de ces règles dès lors

qu'avaient été créées socialement des institutions chargées de l'application autoritaire du droit²⁴. Il nous suffit de constater, comme l'enseigne Hart, que les juges agissent dans le cadre d'une institution sociale qui est à la fois une régularité de conduite dans la détermination d'un certain nombre de choses nécessaires pour qu'il y ait du droit et leur acceptation comme ce qui doit être fait pour être membre de l'institution. Naturellement la théorie du droit a ici intérêt à rejoindre la théorie des constructions sociales, des conventions, des règles et des institutions sociales²⁵, un terrain où elle pourra retrouver sans difficultés les bases ontologiques défendues par Paul Amselek.

La théorie des actes de langage et des institutions sociales nous éloigne aussi, faut-il aussi le noter des réductionnismes psychologiques dont il a été question plus haut. L'intention dont il est question chez Austin ne se réduit pas à une émotion et Paul Amselek voit clairement comment mobiliser la distinction entre l'illocutoire et le perlocutoire ici. Comme l'écrit Austin²⁶,

« nous devons distinguer : "j'ai ordonné et il a obéi" de "je l'ai fait obéir". Cette dernière formule implique que d'autres moyens supplémentaires ont été employés pour que la conséquence puisse m'être attribuée : incitation et même influence personnelle équivalente à une contrainte ».

En revanche, l'énoncé « j'ai ordonné, et il a obéi » peut se comprendre comme renvoyant à la description d'un effet illocutoire qui renvoie à l'existence d'une convention ou d'une institution de référence. La menace de sanction et l'émotion qu'elle peut susciter peuvent ainsi bien renforcer les effets de la norme, mais ce sont des effets perlocutoires sans lien avec les effets proprement normatifs de la règle.

²⁴ « I find little reason to accept such a cognitive interpretation of legal duty in terms of objective reasons or the identity of meaning of 'obligation' in legal and moral contexts which this would secure. Far better adapted to the legal case is a different, non-cognitive theory of duty according to which committed statements asserting that others have a duty do not refer to actions which they have a categorical reason to do but, as the etymology of 'duty' and indeed 'ought' suggests, such statements refer to actions which are due from or owed by the subjects having the duty, in the sense that they may be properly demanded or exacted from them. On this footing, to say that an individual has a legal obligation to act in a certain way is to say such action may be properly demanded or extracted from him according to legal rules or principles regulating such demands for action » (Hart, « Legal Duty and Obligations », in *Essays on Bentham*, Oxford University Press, 1982, p. 159-160.

²⁵ V. en particulier dans une littérature importante, B. Dubreuil, « Trois concepts de règles : les fondements cognitifs des constructions sociales », dans D. Anctil, D. Robichaud et P. Turmel, dir., *Penser les institutions*, Presses de l'Université de Laval, coll. Kairos, 2013.

²⁶ 9^e conférence, *Quand dire, c'est faire*

AUTOUR DE LA DÉFINITION DU DROIT

Par

Emmanuel PUTMAN

Professeur à l'Université d'AIX-MARSEILLE (LDSPC, EA 4690)

1. « Le droit c'est quoi ? » interroge Paul Amselek, à la recherche d'une ontologie du droit entendue comme l'étude de son mode d'être, de la constitution propre des choses du droit¹. Qu'est-ce donc que cette chose qu'on appelle le droit, qu'est-ce qui en fait la « choséité » ? C'est, explique l'auteur, que les règles de droit sont des outils particuliers de direction des conduites humaines, une classe à part parmi les diverses règles de conduite, en somme un mode spécifique qui se distingue des autres grands modes de l'éthique². Une vocation instrumentale, consubstantielle à l'édiction des règles de droits, fait voir quelle sorte d'outil elles sont, fait comprendre leur « outilité »³. La définition du droit que retient Paul Amselek est donc finaliste mais elle est très loin de réduire le droit à un instrument susceptible d'être mis au service de fins de toutes sortes. À l'opposé de cet utilitarisme « tout azimuth », le rattachement des règles de droit aux règles de conduite, autrement dit à l'éthique, détrompe ceux qui voudraient différencier radicalement ontologie et téléologie, en leur laissant savoir qu'essentialisme et finalisme peuvent tout à fait être conjugués.

2. Cette alliance, qu'il faut se garder de suspecter de syncrétisme, s'opère à une condition, si l'on suit les Cheminements philosophiques : il est nécessaire de répudier les définitions matérielles du droit. Celles-ci ramènent peut ou prou la norme juridique à un contenu configuré par une structure censément caractéristique. Or Paul Amselek s'attache à démontrer l'impermanence des prétendus caractères de la norme juridique (I), car il est convaincu que leur typologie passe à côté de l'essentiel, qu'elle rate pour ainsi dire la cible, qu'elle ne permet pas de vérifier la pertinence du critère de la juridicité (II).

I. Impermanence des caractères de la norme juridique

3. En forçant un peu le trait, on est enclin à considérer que la plupart des définitions didactiques du droit peuvent se ramener à une sorte de « caractérologie juridique », un essai de description du « morphotype » de la règle juridique. Paul Amselek déconstruit implacablement le morphotype (A), car il entend réfuter la démarche caractérologique en elle-même (B).

¹ Cheminements philosophiques, Itinéraire I, p. 21 et s.

² Itinéraire I, partie III, p. 258-259.

³ Itinéraire I, partie I, notamment p. 85, 139, 173 et s.

A. *Déconstruction du morphotype*

4. La lecture des pages des Cheminements philosophiques où Paul Amssek démontre l'inexactitude de chacun des caractères habituellement prêtés à la norme juridique est jubilatoire : rien ne lui résiste. Le morphotype auquel on croyait reconnaître les règles de droit se révèle extraordinairement impressionniste. Que le droit ressemble à cela, soit, mais cette ressemblance, finalement vague, ne montre rien de l'essence des règles juridiques de conduite, rien de la choséité des choses du droit. Les règles de droit seraient générales, impersonnelles, permanentes ? À la vérité « le général et le particulier sont plutôt deux registres que l'on peut mettre en œuvre, le cas échéant concomitamment, dans la confection de la teneur des règles »⁴. La validité des normes juridiques dépendrait de leur effectivité, comprise au sens kelsénien, c'est-à-dire de leur correspondance aux faits ? Mais la règle juridique peut avoir des effets collatéraux par delà son observance, ceux qui la violent peuvent le faire de manière plus ou moins détournée, comme ceux qui en tiennent compte peuvent le faire en calculant que d'autres s'y conformeront⁵. Les stratégies de contournement et les stratégies d'observance de la règle peuvent être aussi opportunistes les unes que les autres, ce qui relativise beaucoup la pertinence des études s'efforçant de mesurer l'effectivité des normes juridiques. Les règles de droit auraient une « anatomie » logique de type conditionnel ou hypothético-déductif (si... alors...) ? Mais beaucoup d'entre elles ne sont pas de cette sorte et il ne faut pas « confondre la structure de la norme elle-même avec l'articulation logique de l'application syllogistique de la norme aux cas qu'elle vise »⁶.

5. La règle de droit, enfin, tirerait sa force obligatoire de son caractère contraignant ? Mais « il y a là une espèce de vision primaire, spontanée, irréfléchie »⁷ et cela « n'autorise pas à caractériser tout le droit, dans son essence même, par l'idée de sanction »⁸ car beaucoup de règles juridiques énoncent un impératif sans comporter de dispositif sanctionnateur. Elles ne sont pas moins juridiques que celles qui incluent leurs propres mécanismes de sanction, car les unes comme les autres sont organisées par le droit lui-même, en faisant intervenir des autorités publiques juridiquement instituées⁹.

6. Il faut alors comprendre pourquoi, dans la perspective où se place Paul Amssek, l'approche organiciste, centrée sur l'organe qui édicte la règle, est préférable à l'approche « caractérologique », motivée par la conviction selon laquelle la règle aurait une figure, une structure, caractéristiques.

B. *Réfutation de la caractérologie*

7. C'est sans connotation péjorative que nous qualifions de « caractérologie » la démarche consistant à décrire la conformation de la règle de droit plutôt qu'à rechercher sa destination. La démarche caractérologique présente une utilité indéniable, ne serait-ce qu'à des fins de classification et, par-delà les typologies et taxinomies, afin de montrer « comment » se présente une règle juridique,

⁴ Itinéraire I, partie II, p. 172.

⁵ Itinéraire I, partie II, p. 203-207.

⁶ Itinéraire I, partie III, p. 243-244.

⁷ Itinéraire I, partie I, p. 126.

⁸ Itinéraire I, partie III, p. 235.

⁹ *Idem*, p. 234.

« comment » elle fonctionne, quel est son mode opératoire. Par exemple, si Paul Amselek ne retient pas la classification kelsénienne distinguant les normes juridiques indépendantes (incluant un mécanisme sanctionnateur) et les normes juridiques non indépendantes (ayant besoin de l'appui d'une autre norme qui en organise la sanction), cela n'invalide pas les renseignements qu'une telle classification peut donner quant au mode de fonctionnement des normes. En revanche cela ne répond guère à la question de la finalité, à la question du « pourquoi » en un mot, ou mieux encore à la question du « pour quoi » en deux mots. Le premier risque que l'on court si l'on se borne à une description des caractères qui présentent les règles de droit, c'est de perdre de vue la question de l'appropriation, de l'adéquation desdits caractères à l'usage auquel la règle de droit est destinée.

8. Plus fondamentalement, Paul Amselek dénonce le « travers [...] qui consiste à considérer les règles comme de simples séquences de pensée discursive – du logos – qui présenteraient certaines caractéristiques intrinsèques : en réalité, il s'agit non pas de pures entités logiques, mais de choses construites avec de la pensée [...], d'outils mentaux fabriqués » pour rendre certains services correspondant à certains besoins¹⁰. Reste donc à « typifier » les besoins auxquels sert la règle de droit et à cet égard ce n'est sans doute pas dénaturer la pensée de l'auteur que de la résumer comme l'identification d'un besoin spécifique de direction publique des conduites humaines, besoin auquel la norme juridique, édictée par l'autorité publique instituée, a pour vocation de répondre en conjuguant « la direction hétéronome des conduites [...] avec une part irréductible d'autonomie »¹¹. Les règles de droit dirigent la conduite des gouvernés, « du dehors », certes, mais encore faut-il qu'elles soient observées par les gouvernés, que ceux-ci acceptent de s'y conformer. La question de savoir ce qui motive la volonté d'obéissance du gouverné, ses mobiles, ses déterminations, n'est pas du tout centrale dans la réflexion menée par Paul Amselek : à la limite elle importe peu¹² du moment que l'acceptation, la réception sociale de l'autorité existe. L'auteur n'attache pas à la contrainte sociale, à la pression exercée par la société pour faire respecter la règle de conduite juridique, la même importance qu'à l'origine publique de l'acte de mise en vigueur, acte d'autorité publique posant la prescription juridique dans l'espace social¹³.

9. L'acte public d'édition de la règle de conduite est ainsi au cœur même de la définition du droit qui se dégage à la lecture des Cheminements philosophiques. Il n'est pas exagéré de penser qu'il en constitue la pierre angulaire sur quoi repose la pertinence du critère de la juridicité.

II. Pertinence du critère de la juridicité

10. Les Cheminements philosophiques reviennent plusieurs fois vers ce point central : le droit est l'ensemble des règles de conduite émanant d'autorités publiques qui agissent ès-qualités, les règles de droit sont les outils de la direction publique des conduites humaines, les règles de conduite dont le droit est composé se donnent à notre conscience comme des règles émanant d'autorités publiques¹⁴. De

¹⁰ Cheminements philosophiques, Ouverture, p. 13.

¹¹ Itinéraire I, partie II, p. 156.

¹² *Idem.*, p. 157.

¹³ Comp. Itinéraire I, partie III, p. 234 et s.

¹⁴ Itinéraire I, partie III, p. 259-260.

prime abord, on peut être surpris par tout ce qu'une telle définition exclut de la catégorie des règles de droit mais, restituée à son contexte, cette formulation d'un critère restrictif va pourtant de pair avec une riche analyse de la finalité de direction des conduites humaines. S'il est permis de s'exprimer ainsi, le monde du droit selon Paul Amselek apparaît tout à la fois organiquement fermé et téléologiquement ouvert.

À. Fermeture organique

11. L'association étroite entre la finalité de direction des conduites et l'origine publique de la norme de comportement a certes le mérite de reconstituer l'unité entre les moyens (normes émanant d'autorités instituées) et les fins du droit (gouvernement des conduites humaines) alors que ces deux aspects du juridique sont trop souvent présentés de manière dissociée, comme s'ils étaient « sécables ». La corrélation entre les moyens et les fins a aussi l'avantage de récuser de manière imparable le prétendu cantonnement du droit au for externe car « le législateur n'a pas [...] une telle démarche de principe dans son office de direction des conduites »¹⁵.

12. Au demeurant, le critère organique qui fait du droit l'émanation de l'autorité publique ne va pas sans une opportune distinction entre les différents cas où un particulier est habilité à adresser à d'autres des règles à observer. Dans certaines hypothèses cette habilitation est une véritable délégation de pouvoir, le particulier participant, au nom et pour le compte d'une autorité publique, à la direction publique des conduites privées. En revanche dans d'autres situations, il n'y a qu'un pouvoir de commandement privé règlementé par le droit, les règles juridiques qui encadrent cette direction privée des conduites sont bien des règles édictées par les pouvoirs publics eux-mêmes¹⁶.

13. De ce chef Paul Amselek, qui se montre volontiers critique envers Kelsen, est, en toute cohérence, hostile à l'analyse normativiste du contrat qui, à ses yeux, n'est pas une norme mais, en prenant au pied de la lettre l'article 1134 alinéa 1 du Code civil, un acte qui « tient lieu »¹⁷. Reste tout de même que le critère très dépouillé et strict de la normativité selon Paul Amselek a un certain « coût cognitif » que l'on se résoud difficilement à payer. Entre les délégations d'autorité publique consenties à des personnes privées et les normes publiques donnant force obligatoire à certains mécanismes de production de règles par les particuliers¹⁸ faut-il renoncer à voir toute une gradation ? Celle-ci estompée la différence radicale, maintenue par Paul Amselek sur le mode « ou bien... ou bien... ». Ou bien des délégations de prérogatives publiques à des personnes privées, ou bien des commandements privés habilités par des règles de droit¹⁹ : ces deux branches de l'alternative ne semblent guère laisser d'espace à la réflexion pourtant si féconde sur les normes juridiques privées qui se ramènent malaisément à l'une des deux catégories ou glissent insensiblement de l'une à l'autre.

14. C'est peut-être l'effet collatéral de tout essai d'identification des invariants : l'épaisseur de la chose est donnée aussi par les impermanents, les

¹⁵ Itinéraire I, partie III, p. 240-242, spécialement p. 241.

¹⁶ *Idem.*, p. 266-267.

¹⁷ *Idem.*, p. 267.

¹⁸ Contrats mais aussi usages selon l'auteur, *op. cit.*, *eod. loc.*

¹⁹ *Ibid.*, p. 268.

variables, l'ondoyante diversité du monde du droit sur laquelle, fort heureusement, la définition du droit poursuivie tout au long des Cheminements philosophiques est téléologiquement ouverte.

B. Ouverture téléologique

15. La décantation, le dépouillement qui résultent d'une ontologie des règles de droit, insérée à l'intérieur d'une théorie générale des règles de conduite qui sont du ressort de l'éthique, n'excluant pas un ouvrage taxinomique en apparence moins essentiel, consistant à classer des règles en genre, espèces et sous-espèces. Ainsi les Cheminements philosophiques parcourent-ils un paysage varié entre les techniques de l'éthique visant tantôt à la direction dure ou rigide des conduites (commandements au sens strict, à vocation directive étroitement contraignante) tantôt à une direction souple ou molle (recommandations, participant d'une fonction directive servant de référence pour orienter les conduites à l'intérieur d'une marge d'appréciation). Cette fois il ne s'agit plus d'une distinction nettement tranchée, car « les juridiseurs édictent de nos jours aussi bien des règles-commandements que des règles-recommandations, et parfois des règles des deux types dans le même acte juridique »²⁰. Bien éloignés de la sècheresse épurée de la ligne droite, les Cheminements philosophiques serpentent ainsi à travers le monde bigarré des règles juridiques, toutes préposées à la direction des conduites humaines, qu'elles meuvent malgré tout de diverses manières.

16. La définition du droit proposée par Paul Amselek, tout à la fois téléologique et organique, constitue un ensemble unifiant le moyen (la mise en œuvre de prescription par les autorités publiques) et la fin (la direction des conduites humaines), en une conception holiste où se résolvent les tensions et se concilient les contraires. Cette vision instrumentale des normes juridiques, outils compris dans leur fonctionnalité, est en réalité un système complet, dont le « bouclage » méthodologique ne laisse, somme toute, pas grand chose en dehors de son champ.

²⁰ Itinéraire II, p. 361 ; comp. Itinéraire I, partie II, p. 158-164.

AUTOUR DE LA DISTINCTION ENTRE RÈGLES ET CONCEPTS

Par

Frédéric ROUVIÈRE

Aix-Marseille Université, LTD EA 892, 13628, Aix-en-Provence, France

1. Surface et profondeur de la distinction – Il peut sembler curieux de s'arrêter sur la distinction entre les règles et les concepts dans l'ouvrage si riche de Paul Amssek¹ alors que cette distinction est exposée en moins d'une dizaine de pages² et paraît au fond être un point de détail tout à fait mineur dans la démonstration d'ensemble que mène l'auteur. Pourtant, ce sont souvent certains détails qui sont significatifs pour saisir une construction d'ensemble plus vaste de la même façon que le raffinement d'un ensemble architectural est souvent rehaussé par des éléments apparemment de moindre importance. Ce sont souvent les détails qui font la différence.

D'ailleurs, le problème de la distinction entre les règles et les concepts réapparaît sous une autre forme dans la dernière partie de l'ouvrage lorsqu'il s'agit de distinguer entre interpréter et qualifier³. Dès lors, l'enjeu qui s'attache à la distinction apparaît plus aisément : alors que les règles sont interprétées, les concepts permettent, eux, de qualifier. L'analogie est alors la suivante : l'interprétation est à la règle ce que la qualification est au concept. Mais il reste à élucider la raison de ce rapport qui postule une différence entre interpréter et qualifier découlant elle-même de la distinction entre règles et concepts.

Ainsi, l'articulation entre règles – concepts – interprétation – qualification est bien plus complexe qu'elle ne paraît à première vue et témoigne en réalité de prises de positions relativement fortes sur l'ontologie et l'épistémologie du droit. En effet, définir le droit comme un ensemble de règles conduit à considérer que la connaissance du droit va forcément avoir pour objet ces mêmes règles et va tendre à définir leur sens. Dans cette voie, l'interprétation constituerait le noyau épistémologique de l'activité cognitive des juristes : quelle place reste-t-il alors pour la qualification ?

On sait que la qualification est le rattachement de certains faits à des catégories qui permettent d'appliquer le régime juridique adéquat⁴. Intuitivement, on

¹ P. Amssek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, Armand Colin, Le temps des idées, 2012, 647 pages. Abrévié par la suite en « *Chem. Ph.* ».

² *Chem. Ph.*, p. 127-134.

³ *Chem. Ph.*, p. 441-447.

⁴ *Chem. Ph.*, p. 130.

a tendance à considérer qu'il faut d'abord connaître les règles puis, une fois ce sens connu, opérer la qualification des faits. C'est bien la position que défend Paul Amselek⁵ en distinguant d'ailleurs soigneusement la qualification et l'interprétation. En effet, selon lui, le rattachement de données d'observation à des concepts n'est pas de l'interprétation. Si les schèmes conceptuels servent effectivement à la qualification des choses⁶, il y aurait cependant erreur à ramener le droit à un ensemble d'instruments de qualification car cela conduirait en définitive à confondre purement et simplement les normes et les concepts⁷. Ranger un fait sous une catégorie (« subsumer ») relève de la qualification, opération qui ne saurait être assimilée à de l'interprétation⁸.

2. Une distinction symptomatique des rapports entre ontologie et épistémologie – Ainsi, ce que l'opposition entre règles et concepts révèle n'est pas anodin. C'est une prise de position en faveur d'une épistémologie du droit forcément modelée sur une ontologie. C'est bien parce que le droit est entendu comme un ensemble de règles que sa connaissance ne pourra porter que sur ces règles. Mais ce lien est-il nécessaire ? Autrement dit, peut-on penser une épistémologie du droit détachée et indépendante de toute ontologie ? Ontologie et épistémologie peuvent-elles être abordées séparément ?

C'est ce problème que je souhaiterais précisément examiner en me demandant si l'ouvrage de Paul Amselek ne développe pas en réalité deux épistémologies : une relative aux règles et une autre (plus mineure) relative aux concepts. Pour le dire autrement, je voudrais essayer de savoir si cette dualité épistémologique entre qualifier et interpréter ne donne pas un avantage indu à l'interprétation sur la qualification. Dans cette optique, je prendrai à dessein le point de départ inverse en concentrant mon attention sur le concept afin de fixer mon regard sur la règle. Cette façon de faire permettra de saisir que ce choix n'est pas sans portée et qu'il peut révéler certains décalages dans l'appréhension des rapports entre ontologie et épistémologie. Bref, je vais essayer de plaider une certaine autonomie de l'épistémologie, une épistémologie qui pourrait éventuellement être pensée indépendamment d'une ontologie. Or ce point est loin d'être mineur car il engage l'ensemble de la réflexion qui existe dans la théorie du droit tant sur la définition que la connaissance du droit. La distinction entre règles et concepts en est le symptôme et, comme tous les symptômes, ils nous invitent à chercher des causes plus profondes.

Le problème qui servira de fil conducteur est le suivant : le primat de l'interprétation sur la qualification peut-il s'expliquer par une ontologie du droit centrée sur les règles ? J'entends ici par ontologie, une proposition qui porte sur l'être du droit lui-même, sur ce qu'il est censé être en dernière instance, lorsqu'il est dépouillé de tous ses accessoires. Faire intervenir une telle ontologie troublerait la définition de l'épistémologie du droit elle-même. Par épistémologie, j'entends la théorie de la connaissance du droit ou plus simplement encore ce qui relève de sa cognition ou de son savoir.

⁵ *Chem. Ph.*, p. 445 : « Avant de qualifier les faits au regard des concepts articulés par une réglementation juridique, il faut interpréter le texte écrit qui transporte cette réglementation ».

⁶ *Chem. Ph.*, p. 442.

⁷ *Chem. Ph.*, p. 442-443.

⁸ *Chem. Ph.*, p. 443.

L'hypothèse est qu'une ontologie centrée sur les règles conduit forcément à devoir distinguer interprétation et qualification. Or cette distinction me paraît susciter de vrais problèmes d'articulation, une vraie difficulté à penser la jonction de l'interprétation et de la qualification. Je souhaiterais aborder plusieurs problèmes qui me serviront en même temps d'arguments. En effet, là où est la question, là existera une raison de réunifier interprétation et qualification.

Les problèmes relatifs à l'articulation de l'interprétation et de la qualification sont principalement de trois ordres :

1. Si les règles articulent des concepts, l'interprétation des textes vise à la fois des règles et des concepts. L'interprétation conduit à dégager en même temps des règles et des concepts.
2. Si les concepts servent à qualifier, ils portent, comme les règles, sur des cas. À cet égard, règles et concepts ont en réalité un même objet.
3. Si les concepts sont du sens, ils déterminent, comme l'interprétation, le sens d'un texte. Les concepts ayant alors une fonction interprétative, il n'y a plus lieu de les distinguer de l'interprétation.

I. La règle et le concept, horizon commun de l'interprétation

3. Imbrication des règles et des concepts dans les textes – La première raison de douter de l'opposition entre règle et concept est qu'ils sont tous les deux la finalité commune de l'interprétation. Ainsi, l'interprétation ne dégage pas seulement des règles, elle dégage aussi des concepts.

Comme le précise opportunément Paul Amselek, l'interprétation ne porte pas à proprement parler sur des règles. L'interprétation porte sur des signaux (sous forme de textes) dont elle dégage le sens (sous forme de règles)⁹. La règle est le sens du texte.

Toutefois, Paul Amselek ajoute une précision : les règles « mettent en œuvre dans leur teneur même des concepts »¹⁰. Le concept servirait ainsi à encadrer les actes de qualification¹¹. Les définitions légales seraient autant d'exemples de cette proposition. Ainsi, lorsque le législateur donne une définition explicite de ce qu'il faut entendre par « meuble par nature », il explicite une notion juridique ou concept (les termes sont tenus ici pour synonymes). Il cerne les contours d'une catégorie en précisant que sont meubles par nature tant les animaux que les choses inanimées du moment que ces entités peuvent être déplacées¹².

Mais c'est ici que le problème théorique prend corps : le texte qui définit par exemple les meubles par nature ne comporte-t-il pas à la fois une règle et un concept ? Si l'interprétation vise à fixer le sens des textes en reconstruisant dans nos esprits la réglementation juridique¹³, comment alors considérer que le texte puisse

⁹ *Chem. Ph.*, p. 420.

¹⁰ *Chem. Ph.*, p. 129.

¹¹ *Chem. Ph.*, p. 130.

¹² *Chem. Ph.*, p. 130.

¹³ *Chem. Ph.*, p. 420.

en même temps préciser un concept ? Le juriste n'est-il pas tenu de respecter la notion légale ?

Pour résoudre la difficulté, il faudrait distinguer soigneusement les règles et les concepts comme le fait Paul Amselek. Certes, ce sont tous les deux des étalons de mesure (modèles ou archétypes), c'est-à-dire des outils servant de référence. Toutefois, les règles sont des étalons de capacité formels qui portent sur des cas pour en préciser la convenance ou l'adéquation à la règle. À l'opposé, les concepts sont des étalons concrets visant à dire l'identité à un type idéal (par exemple pourquoi telle chose est bien une chaise). Si les règles peuvent diriger la conduite, les concepts sont eux des « modèles axiologiques de conduite »¹⁴ qui disent si l'action est bonne ou mauvaise mais sans encadrer nos choix ou notre volonté¹⁵.

À cet égard, le concept est cognitif, la règle est prescriptive. Mais, dans cette voie, la règle ne paraît plus qu'être une forme de concept auquel on aurait ajouté une dimension prescriptive. Pour prescrire, il faut bien un contenu et dans l'exemple précité, ce contenu est un concept articulé par le législateur¹⁶. À moins qu'il ne faille considérer que les textes qui articulent des concepts ne comportent aucune règle ? Toutefois, le lien entre les deux ne va pas tarder à resurgir car les concepts sont nécessaires pour définir le champ d'application des règles. Par exemple, les meubles par nature sont soumis à la règle de la possession qui vaut titre. La règle « en fait de meubles possession vaut titre »¹⁷ ne mentionne pas qu'il s'agit seulement des meubles par nature. Pourtant, les juges ne l'appliquent pas aux immeubles par destination qui sont des meubles affectés à l'exploitation d'un fonds comme les instruments agricoles par exemple¹⁸. Dans ce cas où est la règle et où est le concept ? La compréhension de la règle elle-même nécessite d'avoir à sa disposition certains concepts. Il va d'ailleurs de même pour la possession¹⁹ et le titre qui est mentionné dans la loi mais n'est jamais défini en tant que tel. Ainsi, de fil en aiguille les règles apparaissent comme des agrégats de concepts et l'interprétation comme l'articulation des concepts eux-mêmes tel que le législateur ou le juge paraît les avoir pensés.

On l'aura compris : à cet égard, la distinction entre les règles et les concepts devient très délicate si les règles sont en définitive composées de concepts.

4. Convergence des règles et des concepts - Mais le raisonnement peut être mené encore plus loin. Si les règles et les concepts sont tous deux des instruments de mesure, n'est-ce pas parce qu'en définitive ce sont les concepts eux-mêmes qui sont des règles ? C'est bien ce que certains auteurs soutiennent : partout où il y a un concept, il y a aussi normativité²⁰. Nous sommes libres de nos concepts, mais une fois qu'ils sont créés nous sommes contraints par eux. Si le contrat est défini comme

¹⁴ *Chem. Ph.*, p. 128.

¹⁵ *Chem. Ph.*, p. 129.

¹⁶ *Chem. Ph.*, p. 443 : « le législateur reste un législateur et non pas un simple énonciateur de définitions théoriques : il prescrit en réalité dans ces dispositions, à l'intention de futurs interprètes, le sens qu'il faut donner à tel ou tel terme qu'il emploie par ailleurs dans d'autres dispositions ».

¹⁷ C. civ. art. 2276.

¹⁸ C. civ. art. 524.

¹⁹ C. civ. art. 2255.

²⁰ J. Benoist, *Concepts. Introduction à l'analyse*, Cerf, 2010, p. 108.

un accord de volontés, je ne peux qualifier de contrat un testament car il exprime une volonté unique, de même que l'offre ou le congé pour mettre fin à un bail.

Ainsi, sans être explicitement prescriptif, le concept dit ce que *doit être* un contrat au sens juridique du terme. C'est d'ailleurs une source fréquente de malentendus entre les juristes et les profanes car la formation juridique apprend précisément à reconnaître des objets à l'aune de critères différents du sens commun : les meubles comprennent toutes les choses ce qui se déplacent et non pas seulement les meubles meublants qui combinent les pièces d'un appartement. Ainsi, le concept est bel et bien « une norme mentale qui sert à mesurer si une chose est comme ceci ou comme cela »²¹. La ressemblance qui nous permet de dire si deux choses sont identiques ou ne le sont pas est une ressemblance *normée* et qui est donnée par le concept lui-même²². Le concept est une certaine façon de mesurer le réel et de le catégoriser. En définitive, le concept est une règle ce qui expliquerait pourquoi les règles sont composées de concepts.

Pour résumer, si l'interprétation dégage le sens d'un texte, elle dégage en même temps les concepts qu'il articule. L'interprétation ne dégage pas des règles puis des concepts mais bel et bien les deux en même temps car les concepts sont des normes épistémologiques. Les concepts prescrivent comment considérer telle ou telle chose. Cette fusion de la règle et du concept s'illustre encore à travers leur objet commun.

II. Les cas, objet commun des règles et des concepts

5. La visée du fait – Selon Paul Amselek, « les objets auxquels les normes sont susceptibles d'être appliquées sont très exactement des cas (du latin *cadere*, tomber, arriver ; *casus*, événement, venue au monde) »²³. En revanche, les concepts ne visent pas la survenance des choses (savoir si elles ont lieu) mais visent l'être ou la constitution des choses, leur structure²⁴. Pour schématiser, les concepts disent l'essence des choses et les règles la possibilité des choses.

Cette première distinction doit être éclairée par une autre : la qualification juridique n'est pas de l'interprétation²⁵. La qualification vise à penser des faits, des actes, des situations sous des concepts (subsomption)²⁶. Ainsi la qualification est une opération qui nécessite un concept puisqu'il s'agit de confronter un fait aux éléments constitutifs d'un concept. L'interprétation, comme cela a déjà été indiqué, permet de reconstruire dans nos esprits la réglementation juridique²⁷.

Mais en définitive, l'objet des concepts est le même que celui des règles. Il s'agit de certaines situations de faits. Les normes s'appliquent à des cas, des situations de fait survenant dans le monde, très souvent en utilisant des concepts. J'irai même jusqu'à dire que tout le raisonnement juridique n'est qu'un cheminement au

²¹ J. Benoist, *Concepts. Introduction à l'analyse*, Cerf, 2010, p. 133.

²² *Ibid.*, p. 139.

²³ *Chem. Ph.*, p. 127.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Chem. Ph.*, p. 442.

²⁶ *Chem. Ph.*, p. 445.

²⁷ *Chem. Ph.*, p. 420.

sein des structures conceptuelles du droit. Autrement dit, ce n'est pas la règle qui s'applique mais les concepts.

6. Les concepts, raisonnement sur des cas – Trop souvent, le raisonnement juridique est présenté comme une déduction de la règle vers le cas selon un processus vertical rappelant le syllogisme. Pourtant, la pratique juridique révèle l'inverse : le point de départ du raisonnement est la solution et non pas la règle. Lorsque l'avocat élabore une argumentation ou lorsque le juge examine une prétention, ils partent tous les deux de l'objet de la demande c'est-à-dire du résultat final auquel le plaideur veut arriver : que telle construction soit démolie, que telle somme lui soit payée que tel bien lui soit livré etc. Ces résultats eux-mêmes vont être qualifiés : dommages-intérêts, trouble illicite, exécution forcée. Ensuite, leur justification sera recherchée dans les qualifications correspondantes : responsabilité contractuelle ou délictuelle, empiètement ou trouble possessoire, inexécution de l'obligation de délivrance. Et ce sont les qualifications elles-mêmes (en tant que concepts) qui indiquent, par le biais de leurs *conditions d'application*, les éléments de fait requis pour conclure à l'existence juridique de la qualification recherchée.

Aussi étrange que cela puisse paraître, ce sont les concepts qui formalisent les cas puisque ce sont eux qui disent quelles situations de faits entrent dans leur champ d'application et quelles autres en sont exclues. Les concepts formalisent ainsi une série de situations de faits ou de cas qui tombent dans leur champ. Comme le dit Kant, juger revient en définitive à relier les concepts entre eux²⁸. C'est bien ce que fait justement un juge qui, pour attribuer des dommages-intérêts, établit que les conditions de la responsabilité sont remplies en fait, dans la réalité. Le juge recherche si la structure conceptuelle est *réalisée*, c'est-à-dire au sens propre du terme est entrée dans le monde des choses.

Mais les faits peuvent seulement être imaginés par projection mentale, de façon purement intellectuelle. C'est exactement ce que faisaient les commentateurs du Code civil au XIX^e siècle : ils tentaient de savoir ce qu'il fallait décider en présence de telle ou telle hypothèse de fait²⁹. Autrement dit, ils se livraient à une détermination du champ d'application des qualifications juridiques. C'est d'ailleurs de cette façon que la dogmatique juridique est entendue par Paul Amselek : comme une recherche des cas possibles, une casuistique³⁰. Or la dogmatique construit pour cela des grilles d'analyse afin « de ramener les contenus connus de réglementation à des types idéaux en fonction de leurs éléments constitutifs distincts et des objectifs qui les sous-tendent et impliquent logiquement »³¹.

Parce que les concepts sont constitués par une série d'éléments constitutifs, ils déterminent par avance et de façon virtuelle tous les cas qui tombent dans leur champ d'application. La qualification juridique porte bien sur des cas c'est-à-dire des situations de faits considérées à l'aune d'un certain concept mobilisé. Or c'est bien là l'objet de la dogmatique juridique qui systématise les cas grâce à des

²⁸ Kant, *Critique de la raison pure*, Folio, essais, Gallimard, 1980, III, 33-34, p. 71.

²⁹ Ph. Rémy, « Eloge de l'exégèse », *Droits* 1985, p. 122-123.

³⁰ *Chem. Ph.*, p. 424-425.

³¹ *Chem. Ph.*, p. 132.

concepts qui eux-mêmes déterminent la façon de poser les problèmes juridiques et de les résoudre.

7. Problème de l'objet de la dogmatique – Est-il possible d'objecter que la dogmatique ne porte pas sur des cas mais sur des règles qui, elles, visent des cas ? Mais cette distinction serait assez étrange. En effet, les règles sont du sens. Cela voudrait donc dire que les concepts construits par la dogmatique portent sur du sens : ils seraient « le sens du sens » des textes. N'est-il pas bien plus simple de considérer que la systématisation des cas et la constitution des concepts se réalisent en même temps et que les concepts sont révisés au fur et à mesure de leurs applications ?

Bien des exemples jurisprudentiels attestent de cette façon de procéder, notamment sur le problème de la qualification des loteries publicitaires, de la distinction entre le vice caché et la non-conformité dans la vente ou encore dans l'émergence d'une différence entre le cautionnement et le porte-fort d'exécution. Dans toutes ces situations, ce sont les cas eux-mêmes qui révèlent une inadéquation des concepts et conduisent le juriste à approfondir leurs relations systématiques. Ceci traduit une idée somme toute assez simple : le droit évolue en réformant ses propres catégories, une démarche qui le rapproche en définitive des sciences dures qui devant de nouveaux faits à expliquer sont parfois conduites à réviser en profondeur leur appareil conceptuel.

Les cas sont du fait et les concepts comme les règles portent sur du fait. Cette remarque conduit d'autant plus à relativiser l'opposition entre règles et concepts si les concepts sont eux-mêmes les outils qui permettent à la dogmatique de penser la cohérence des régimes appliqués aux différents cas. Cette difficulté particulière me paraît être le révélateur de l'ambiguïté la plus fondamentale, à savoir que les concepts ont une fonction interprétative.

III. La fonction interprétative des concepts

8. Les règles et les concepts comme sens – Nous avons déjà vu que la qualification s'opère grâce à des concepts mais qu'elle est censée se distinguer de l'interprétation car cette dernière vise seulement à dégager le sens des textes sous forme de règles. Pourtant, si les règles sont des outils mentaux purement idéels, des contenus de pensée qui n'ont aucune existence factuelle³², c'est qu'elles sont en définitive du sens. Les règles ne sont pas des images³³. Puisqu'elles sont le résultat de l'interprétation des textes, elles relèvent bien du sens.

Or les concepts ne sont-ils pas eux-mêmes du sens ? C'est une position qui est défendue par exemple sans ambiguïté par le père de la linguistique, Ferdinand de Saussure. Les concepts sont le signifié et l'image acoustique est le signifiant : le mot est le signe qui unit les deux³⁴. Les concepts ont ainsi une nature résolument

³² *Chem. Ph.*, p. 60 : « Le matériau qui constitue la substance des règles est un matériau idéal, un contenu de pensée, une représentation c'est-à-dire quelque chose qui n'est présent que dans notre esprit, qui n'a pas de réalité extérieure ».

³³ *Chem. Ph.*, p. 420.

³⁴ F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, Payot, 2005, p. 99.

sémantique c'est-à-dire qu'ils sont avant tout une signification ou un sens (ces deux expressions étant tenues ici pour synonymes).

Dès lors, les règles et les concepts n'ont pas seulement une fonction commune d'étalon de mesure. Les règles et les concepts ont une même nature sémantique : tous les deux sont du sens. La conséquence pratique de cette affirmation théorique est donc que le concept a une fonction interprétative ce qui brouille considérablement la distinction entre qualification et interprétation.

9. L'interprétation *via* les concepts – En réalité, nous retrouvons dans les textes nos propres concepts. Le sens que nous voyons dans les textes est celui que nous projetons à l'aide de nos concepts. Le poids des concepts déjà admis est si lourd que les juristes n'hésitent pas à requalifier les dénominations légales pour conserver une harmonie entre les différentes solutions législatives et jurisprudentielles. Ainsi, alors que le Code civil ne mentionne ni la faute contractuelle, ni la responsabilité contractuelle, les dispositions relatives à l'inexécution du contrat sont considérées comme l'expression du concept de responsabilité contractuelle. Cette façon de rendre compte des solutions légales et jurisprudentielles a conduit à inventer de toutes pièces un principe de non-cumul afin de réserver à chaque responsabilité son propre domaine.

Si les textes étaient réellement interprétés pour eux-mêmes, il serait bien difficile d'en extraire un principe de non-cumul ou la distinction des obligations de moyens et de résultat : ces éléments ne sont mentionnés nulle part. Les concepts nous orientent déjà vers une certaine façon d'interpréter les textes et de les coordonner, qu'il s'agisse de décisions de justice ou de lois. Cette situation ne doit pas nous étonner car si les concepts sont du sens, ils participent à ce titre à la fonction interprétative qui est de fixer le sens des textes analysés.

En réalité, la prégnance et l'emprise des concepts est bien plus forte que la présentation habituelle de leur rôle ne le laisse supposer. Les concepts ne se réduisent pas à permettre la qualification des situations de faits. Ils interviennent également dans une œuvre de systématisation totale : ainsi le concept de patrimoine a pu être créé sans le mot dans la loi par Aubry et Rau et a servi de fondement pour expliquer une multitude de solutions juridiques. Ce n'est pas seulement la transmission des dettes du défunt qui s'est trouvée justifiée mais encore la nécessité de la personnalité morale des sociétés en raison de leur patrimoine distinct ou encore le gage général des créanciers. De façon moins éclatante mais tout aussi réelle, le contrat de cautionnement est considéré comme accessoire alors qu'aucun texte ne le dit de façon explicite. Il s'agit d'une systématisation doctrinale permettant d'expliquer un grand nombre de solutions éparses notamment d'unifier ses causes d'extinction et de justifier sa transmission.

À proprement parler les concepts de patrimoine et d'accessoire sont des entités purement abstraites sans contenu factuel. Ces concepts permettent certes de penser le réel mais ils n'ont pas dans le réel une contrepartie clairement identifiable. C'est ce que les philosophes appellent des concepts purs, c'est-à-dire sans mélange avec du fait. Aristote ou Kant mentionnent à ce titre les catégories, ces concepts très généraux comme la causalité, l'unité ou la totalité. Dans le domaine juridique existent également des concepts qui possèdent un haut degré de généralité comme

l'accessoire, le patrimoine et même les créances et les dettes qui sont des objets qui n'existent que sur le mode de la pensée.

Les concepts sont ainsi les fragments d'une totalité et il est bien difficile de les mettre de côté lorsqu'un texte est interprété. Le juriste percevra toujours les textes à travers ses propres catégories. Dès la première année de droit, il devient impossible d'avoir à nouveau un regard naïf sur les objets juridiques. La connaissance du droit commence et finit dans les concepts.

10. Relativité des concepts - Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il faille faire des concepts des absolus indépassables. Le législateur n'est pas tenu de les respecter puisqu'ils sont construits sur le terrain de la loi. Comme le rappelle Paul Amselek, la législation ne doit pas forcément se mouler dans les types idéaux construits³⁵. Les concepts expliquent l'œuvre législative et jurisprudentielle mais ne la dirigent pas. À strictement parler, les concepts disent le droit qui *est*, ce qui est désigné habituellement par le vocable de « droit positif ». Les concepts seuls ne sont pas censés dire le droit qui *doit être*. D'ailleurs, bien des travaux de recherche ont montré que le droit positif n'existe pas : il est largement créé par nos propres catégories³⁶. Les concepts ont un rôle constitutif de la réalité juridique.

11. Quelle utilité épistémologique pour l'idée de règle ? - Arrivé à ce stade de la réflexion, l'idée de règle est-elle encore nécessaire ? L'interprétation porte sur des textes et les concepts ont une fonction interprétative. L'épistémologie a-t-elle encore besoin d'une ontologie sous forme de règles ? Rien n'est moins sûr : présenter les sources du droit comme un ensemble de textes rend tout aussi bien compte de la pratique épistémologique des juristes que de les présenter comme un ensemble de règles. La distinction entre interprétation et qualification résulte d'une opposition entre les règles et les concepts et elle oblige l'épistémologie à se dédoubler.

Pourtant, je ne crois pas que l'épistémologie du droit puisse se dédoubler. Dire qu'il y a d'un côté une connaissance des textes sous forme de règles et de l'autre une même connaissance sous forme de concepts revient à dire la même chose puisque les deux sont du sens. Ce qui se dévoile ici c'est l'immense emprise de l'ontologie du droit. Dire que le droit est un ensemble de règles conduit forcément à présenter son épistémologie comme connaissance de ces règles par l'interprétation. C'est bien ce qu'a fait Kelsen dans la deuxième édition de la théorie pure du droit : il a ajouté un dernier titre sur l'interprétation expliquant qu'elle doit « interpréter le sens des normes »³⁷. Mais si les normes sont déjà du sens, l'interprétation a pour curieuse mission de dire « le sens du sens » ce qui relève d'une démarche métaphysique. Kelsen le dit bien dans les premières pages de sa théorie pure du droit : la norme est un schéma d'interprétation³⁸. Si c'est donc la norme qui permet d'interpréter pourquoi devrait-elle à son tour être interprétée ? Le problème est ici identique : si l'interprétation fournit le sens des textes sous forme de règles à quoi

³⁵ *Chem. Ph.*, p. 133.

³⁶ V. spéc. E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t.264, 1997.

³⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, trad. Ch. Eisenmann, 1999, n° 45, p. 335.

³⁸ H. Kelsen, précité, n° 4, p. 12.

bon s'embarrasser des concepts ? L'ontologie du droit comme ensemble de règles satellise inévitablement les concepts.

12. Un droit sans ontologie est-il possible ? - Ainsi, le problème profond que pose la distinction des règles et des concepts est bien de savoir s'il est opportun de partir d'une ontologie du droit pour en déduire une épistémologie ? N'est-il pas possible de prendre directement pour point de départ non pas ce qu'est le droit mais ce que font les juristes ? Devons-nous commencer par une théorie *du* droit ou une théorie de la connaissance *en* droit ? J'aurai tendance à penser que nous pouvons nous passer de l'idée de règle ou de norme pour élaborer une épistémologie convaincante. Commencer à étudier une chose en exprimant son essence ultime me paraît relever d'une démarche métaphysique. Celle-ci n'est certainement pas incompatible avec la mise en place d'une épistémologie mais elle fait alors dépendre la configuration de l'épistémologie d'une prise de position préalable sur l'ontologie du droit. C'est cette raison précise qui me paraît aujourd'hui expliquer l'hyper-trophie des théories de l'interprétation et la rareté manifeste des travaux portant sur les concepts. En reconnaissant la fonction interprétative des concepts est-il encore besoin de parler de normes et de règles ? Certainement s'il faut dessiner une ontologie du droit mais c'est bien plus douteux si l'on s'en tient à une épistémologie du droit. Bref, si je crois à la possibilité d'un droit sans ontologie *préalable*, je ne crois pas en revanche à un droit sans épistémologie. Sans connaissance, il n'y aurait tout simplement pas de droit.

13. Retour sur les règles – Si l'idée de règle n'est pas nécessaire pour commencer à constituer une connaissance en droit et que l'idée de texte suffit, il demeure toujours possible d'exprimer les relations conceptuelles sous la *forme* de règles, plus précisément en articulant les concepts par la proposition « si... alors... ». En effet, la règle (ou norme) est une prescription c'est-à-dire une direction à suivre. L'aspect normatif du droit apparaît non pas dans les concepts eux-mêmes mais dans la façon dont les concepts sont reliés entre eux. Prenons à cet égard un exemple. Si le consentement est vicié alors le juge *doit* annuler le contrat. Il n'a pas le choix et s'il arrivait que le juge constate une erreur, un dol ou une violence et qu'il n'annule pas le contrat, la Cour de cassation dirait qu'il n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations. Autrement dit, il n'aurait pas respecté le lien nécessaire qui unit le concept de vice de consentement à celui de nullité. Ce n'est ni le vice du consentement qui est normatif (il pourrait être autrement qu'il est, voire ne pas être) ni même la nullité (pour les mêmes raisons). La normativité apparaît dans la proposition qui fait de la nullité la conséquence du vice du consentement. La norme ou la règle est donc avant tout une relation entre les concepts. Cette façon de décrire les liaisons conceptuelles se révèle adéquate pour de nombreuses situations : la liaison de l'indemnisation ou de la peine au concept de responsabilité, la compétence des tribunaux à la qualification d'immeuble, de contrat ou d'action réelle etc. En réalité, c'est la relation construite entre la nature et le régime³⁹ qui est normative (prescriptive).

Si l'on accepte cette façon de raisonner ce ne seraient pas les règles qui contiendraient des concepts mais bien plutôt les concepts qui permettraient d'exprimer

³⁹ J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255-272.

des règles. « Rien ne pourrait être prescrit si rien n'était préalablement décrit »⁴⁰. Cette idée au fond assez triviale prend ici une autre coloration. Elle exprime le primat de la connaissance sur la prescription, autrement dit le primat du concept sur la règle. Se concentrer sur les règles et uniquement sur les règles c'est accorder une importance peut-être démesurée à la source de la prescription en ne voyant dans la règle ou dans la norme qu'un commandement issu d'un acte de volonté. Mettre la règle au second plan pour en faire une propriété dérivée permet de mieux mettre en valeur la technique propre aux juristes qui est d'abord connaissance avant d'être prescription. Inversement, soutenir que le matériau premier des juristes est la norme ou la règle conduit à occulter l'effort propre de conceptualisation qui précède forcément toute expression normative. Bref, toute l'analyse menée consiste à méditer sur un renversement : ce sont les concepts qui permettent de formuler des règles et non les règles qui contiendraient des concepts. Cette inversion apparemment purement verbale permet en réalité de penser une épistémologie du droit qui ne serait pas dérivée prioritairement d'une ontologie du droit, plus précisément encore d'une ontologie du droit sous forme de règles.

En définitive, la relation entre les règles et les concepts est bien plus trouble qu'elle n'y paraît. Si la règle et le concept sont l'horizon commun de l'interprétation, si les cas sont l'objet commun des règles et des concepts et si les règles et les concepts se donnent tous deux comme du sens c'est qu'en définitive il n'y a pas de différence profonde entre règles et concepts. Il s'agit d'un même objet vu sous deux angles différents. Toutefois, ce que le plan de l'ouvrage de Paul Amserek révèle et rappelle c'est que le droit a tendance à être pensé prioritairement sous la forme de règles. Cette distinction entre règles et concepts témoigne d'une prise de position sur des problèmes fondamentaux et notamment sur la question de l'ontologie du droit. Toutes les subtilités d'une pensée n'étant jamais révélées lors d'une première lecture, cela ne peut qu'inciter à y revenir pour approfondir davantage et surtout pour mieux aiguïser ses propres questions.

⁴⁰ O. Cayla, « La qualification ou la vérité du droit. Ouverture », *Droits*, n° 19, 1989, p. 3

AUTOUR DE LA VOCATION INSTRUMENTALE DES NORMES JURIDIQUES

Par

Alexandre VIALA

Professeur à l'Université Montpellier I, Directeur du CERCOP

Parmi les vertus qui font de l'œuvre de Paul Amselek une contribution originale et stimulante à la philosophie juridique, figure l'usage des métaphores. Le style de l'auteur n'est pas difficile. Il n'est pas encombré de jargon académique et sa limpidité est garantie par le recours à des images qui en rendent plaisante la lecture. En atteste une analogie qui est souvent développée dans son oeuvre et clairement reprise dans les *Cheminements* entre les normes et les outils¹.

Pour exposer sa phénoménologie du droit et faire œuvre pédagogique, Paul Amselek fonde sa métaphore sur le vocabulaire des Anciens qui assimilaient la règle à une « tige », une « planchette » ou un « patron de couture » dont l'objet était de donner à ses destinataires « la mesure de leurs possibilités d'agir, de se conduire »². Dans sa controverse avec Michel Villey à l'occasion de laquelle il soutint fermement, contre le naturalisme de son contradicteur, la thèse que le droit réside dans les esprits, Paul Amselek expliquait déjà que cette analogie ressort de :

« l'étymologie même des mots *norme* ou *règle* qui dénotaient primitivement des outils matériels, concrets : la *norma* latine, dérivée du grec ancien *gnōmon*, désignait à l'origine une équerre ; la *regula* désignait – et ce sens est d'ailleurs resté dans la langue française – une tige ou planchette servant de référence pour les tracés rectilignes »³.

Et Paul Amselek affinait sa pensée en ajoutant que « les règles de conduite sont plus précisément des outils qui donnent, à ceux à qui ils sont adressés et qui les utilisent, la *mesure* de leurs possibilités d'agir, de se conduire : c'est en ce sens qu'on parle indifféremment d'édicter des règles juridiques ou d'édicter des « mesures » ; et quand deux règles différentes sont appliquées à des cas identiques, on parle même de « deux poids et deux mesures »⁴. Paul Amselek prête ainsi aux règles une vocation instrumentale aux termes d'une analogie, réitérée dans les *Cheminements*, entre les règles et les outils, qui n'est pas exempte de risques ou de vices cachés conduisant son promoteur à hypostasier, à réifier la norme juridique en commettant

¹ P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, collection « Le temps des idées », 2012, notamment p. 56 à 217.

² *Ibid.*, p. 62.

³ P. Amselek, *Le droit dans les esprits*, in *Controverse autour de l'ontologie du droit*, PUF, 1983, p. 27 et s.

⁴ *Ibid.*, p. 28. Cf également du même auteur, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n° 10, 1989, p. 7 et s.

ainsi le travers qu'il reproche à d'autres auteurs comme Kelsen (I). Quoi qu'il en soit, Paul Amselek a « breveté » une idée forte : la norme juridique, comme la loi du savant, est un outil. Soyons précis : un outil mental⁵. Or – et c'est en cela que gît la contradiction – il résulte de cette conception de la norme juridique comme outil *mental* une approche subjectiviste de l'interprétation incompatible avec la réification des normes à laquelle semble contribuer la vocation instrumentale que notre illustre auteur leur prête (II).

I. La norme comme outil : une tendance à la réification du droit

Paul Amselek définit la règle comme un étalon en se rapprochant étrangement, ce faisant, de l'ontologie kelsénienne des normes qui contribue à leur accorder une identité qu'elles n'ont pas. Les normes, selon l'auteur, « servent à donner la mesure de la possibilité de l'avoir lieu ». Elles sont, comme le dit Kelsen que Paul Amselek ne dément pas, « ce qui doit être ». C'est dans une telle mesure qu'elles se présentent comme des outils, c'est-à-dire des objets qui ont une destination, une fonction. Des objets idéels qui n'ont d'intérêt qu'au regard de leur utilité et non en eux-mêmes. L'outil n'est intelligible que dans sa dimension téléologique, dans son « outillage », pour reprendre le néologisme qu'ose Paul Amselek. Et cet outil est celui dont la fonction est de donner la mesure : la règle est un étalon. Avant d'expliquer en quoi cette vocation instrumentale, que Paul Amselek attribue à la norme, renferme des risques de réification du droit (B), il convient tout d'abord de rappeler que dans son principe même, semblable conception de la normativité a paradoxalement le mérite d'inscrire son auteur parmi les tenants d'une approche relativiste des valeurs (A).

A. Un relativisme axiologique

Cette fonction instrumentale, au demeurant, est révélatrice du propre de l'homme qui, tel un animal métaphysique perpétuellement inquiet, a constamment le souci de mesurer, de juger, de jauger. Paul Amselek cite Nietzsche⁶ selon qui l'homme est « l'animal estimateur par excellence »⁷. On sait en effet qu'au nom de son vitalisme, Nietzsche dénonçait le nihilisme de tout discours qui consiste à revendiquer des valeurs car c'est à leur aune que l'homme est conduit à jauger la vie, et donc à la nier. Or la norme est porteuse de valeur(s) car sa fonction d'étalon lui permet d'évaluer, au terme d'une démarche idéaliste, le monde réel. Elle permet de lui donner une qualification, un nom. Où l'on retrouve la conception kelsénienne de la norme : la norme fonctionne comme un schéma d'interprétation en vertu duquel il est permis de qualifier tel fait, telle conduite de valide ou de non valide, de bon ou de mauvais. Un schéma d'interprétation grâce auquel il devient possible de connaître de façon objective, c'est-à-dire aux yeux de tous, la signification – la valeur – de tel fait.

Autrement dit, c'est la norme qui confère une valeur objective aux choses. En elles-mêmes, celles-ci n'ont aucune valeur. Une chose détient une valeur – bonne ou mauvaise – relativement à une norme. Une norme comme unité de valeur, comme étalon. « La clé n'est pas bonne en soi, mais par rapport à la serrure qui en

⁵ *Cheminements*, p. 63 à 83.

⁶ *Cheminements* p. 117.

⁷ F. Nietzsche, *Généalogie de la morale*, trad. fr. H. Albert, Mercure de France, 1964, p. 82.

donne indirectement la mesure » écrit Paul Amselek en filant de nouveau la métaphore pour illustrer le contexte relativiste dans lequel les règles en général plongent le monde⁸. Paul Amselek semble faire sien cet attelage d'objectivisme et de relativisme qui se dégage de la conception kelsénienne de la norme et qu'a bien mis en lumière Michel Troper pour répondre à une critique d'Alf Ross contre le maître autrichien. Le juriste danois regardait Kelsen comme un quasi-positiviste car selon lui, l'objectivisme juridique dont se réclame la *Théorie pure du droit* reposerait en dernière analyse sur une démarche prescriptive : l'hypothèse logico-transcendantale de l'obligation objective d'obéir à la norme suprême d'un ordre juridique, nécessaire pour fonder la validité objective de toutes les normes qui en découlent, serait l'expression d'une obligation morale d'obéir au droit⁹. Le reproche repose sur une négligence d'Alf Ross qui ne voit pas que dans l'esprit de Kelsen, l'objectivité de la norme qui seule confère à un comportement déterminé sa validité juridique, n'est que relative¹⁰. Objectiviste, la théorie normativiste est aussi relativiste. Elle est objectiviste parce que le devoir d'obéir au comportement prescrit par une autorité est une norme qui, conçue *indépendamment* de la volonté subjective des hommes qui composent cette autorité, prescrit d'obéir à cette volonté. Elle est en même temps relativiste car ce devoir objectif d'obéissance n'est pas absolu mais relatif à l'existence empirique de cette norme. C'est chaque norme *relativement* à l'existence d'une autre norme, et non le droit dans son ensemble, qui est objectivement obligatoire. Au contraire, la Théorie pure du droit « tente d'éradiquer, comme erronée, la conception millénaire du droit en tant que système de normes ayant une validité normative objective »¹¹.

« On n'échappe pas au relativisme des valeurs », écrit Paul Amselek¹² selon qui le fait d'imaginer, au contraire, que les choses auraient une valeur en soi, indépendamment de toute référence à une norme, à un étalon, reviendrait à commettre l'erreur naturaliste, le fameux sophisme naturaliste, « ce que les positivistes anglosaxons depuis Hume appellent *naturalistic fallacy* »¹³. La relativité de la valeur, que la chose ne possède pas en elle-même mais que seule la norme lui confère, dénote la dimension artificielle de la norme. Le devoir-être est le produit intellectuel d'une volonté humaine en référence auquel un fait se voit attribuer une valeur. Nous sommes donc bien en présence, dans le cheminement de Paul Amselek, d'une conception artificialiste de la normativité¹⁴ qui ne préserve pas notre auteur,

⁸ *Cheminements*, p. 123.

⁹ A. Ross, « Validity and the conflict between legal positivism and natural law », in *Revista Juridica de Buenos Aires*, IV, 1961 (trad. française par E. Millard et E. Matzner, in A. Ross *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2002, p. 149).

¹⁰ M. Troper, *Ross, Kelsen et la validité*, in *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 43-57.

¹¹ H. Kelsen, *Une théorie "réaliste" et la Théorie pure du droit. Remarques sur On Law and Justice d'Alf Ross*, trad. française par G. Sommerregger et E. Millard, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 4, 2000, p. 42.

¹² *Cheminements*, p. 122.

¹³ *Ibid*, p. 120.

¹⁴ L'artificialisme de Paul Amselek s'applique aussi bien dans le domaine éthique et juridique que dans l'univers scientifique. À travers ses cheminements, il visite « le monde du droit et des règles en général », c'est-à-dire un univers des normes au sein duquel il perçoit une structure commune au droit, au langage et à l'univers scientifique : les règles – de droit, du langage, de la physique – sont des outils, conçus par la pensée, qui donnent la mesure de « l'avoir-lieu des choses ». Or, Paul Amselek, fort de son artificialisme, dénonce le fait que la reconnaissance de cette structure commune soit loin d'être acquise. C'est ainsi qu'il a su très bien repérer et mettre en lumière, chez le savant, une tendance persistante à méconnaître la fonction législative à laquelle le destine pourtant son office. Le philosophe et juriste français dénonce en

néanmoins, d'une tentation substantialiste consistant à prêter aux normes, dans leur structure formelle, une identité ontologique qu'elles n'ont pas.

B. Une ontologie des normes

Il semblerait en effet qu'une certaine forme d'essentialisme émerge insidieusement dans le propos de l'auteur lorsque celui-ci opère une distinction, qui peut être sujette à discussion, entre d'un côté les jugements de valeur effectués dans le domaine de l'éthique ou du droit et de l'autre les jugements de valeurs affectifs. Le jugement de valeur affectif, à l'instar du jugement esthétique qui consiste à dire que telle peinture est belle ou que ceci me plaît, serait différent du jugement « opéré sur la base d'une règle de conduite, étalon artefact fabriqué par l'esprit humain » écrit Paul Amselek¹⁵. « Que nous jugions une conduite conforme à une norme à laquelle nous nous référons, ne veut pas dire que cette conduite nous plaît » ajoute-t-il¹⁶. Rejetant toute conception psychologiste des normes, Paul Amselek estime qu'il n'y a pas, dans le cas des jugements affectifs :

« convenance ou adéquation à des choses quelconques, mais à nous-mêmes, aux prédispositions de notre propre sensibilité. C'est le sujet lui-même qui joue le rôle d'instrument – d'instrument vivant – de mesure et qui juge "belles" ou "bonnes" les choses qui le comblent, qui le remplissent de plaisir »¹⁷.

Cette distinction s'avère discutable parce que la qualification particulière qu'elle réserve aux jugements de valeur affectifs, qui relèveraient de la plus insondable subjectivité, semble éluder l'existence de normes esthétiques. Tout se passe comme si le jugement de valeur affectif, enfoui dans le for intime du sujet, dans son vécu, dans « l'armature de sensibilité immanente au sujet et dans les données biologiques et culturelles (les données innées et acquises) qui la sous-tendent »¹⁸, s'opérait indépendamment de l'existence objective des canons de la beauté, de la

effet une tendance anthropomorphique de la pensée scientifique qui consiste, chez les savants, à « mondaniser » leurs œuvres. Ces derniers ne peuvent s'empêcher de penser que les lois scientifiques, œuvres de leur esprit conçues pour rendre intelligible un monde intrinsèquement dépourvu de rationalité, sont l'œuvre même du monde. Il y aurait, écrit Paul Amselek, « solidement enracinée dans notre mentalité, une inclination à projeter ce que fait l'esprit du sujet-savant sur le monde-objet qu'il étudie, à croire que les régularités, les lois, la prévisibilité, l'ordre, sont des attributs, des propriétés du monde, des éléments ou modalités de sa structure ontologique qu'il offrirait à l'investigation du savant : ce serait un donné du monde et non pas un construit de l'esprit » (P. Amselek, *Science et déterminisme, éthique et liberté. Essai sur une fausse autonomie*, PUF, 1988, p. 45). Victime d'une illusion qui porte l'esprit humain à hypostasier ses artefacts, celui-ci s'efface et attribue ses œuvres à la nature des choses. L'emploi du mot « découverte » scientifique, pour désigner ce qu'on devrait dénommer des « constructions », est symptomatique de ce déni du savant qui consiste à mondaniser ses productions intellectuelles. Paul Amselek formule en d'autres termes le constat et la critique de cette tendance anthropomorphique dans les *Cheminevements* (p. 181-209) en désignant semblable mondanisation comme la manifestation d'un « paradigme juridique dans la pensée scientifique » : tout se passe comme si la nature se soumettait à des règles éthiques créées alors que les lois qui la « gouvernent » ne sont pas moins artificielles que celles qui gouvernent la société. Elles ont pour auteur commun l'esprit humain et pour finalité commune de donner la mesure de « l'avoir-lieu » des faits ou de permettre de se repérer dans le flux évènementiel des choses. Ce sont des *règles en général*.

¹⁵ *Ibid.*, p. 123.

¹⁶ *Ibid.*, p. 123-124.

¹⁷ *Ibid.*, p. 123.

¹⁸ *Ibid.*, p. 123.

mode, des valeurs culturelles du bien et du mal qui fondent le plaisir ou le désagrément au sein d'une communauté donnée.

Inversement – et surtout – semblable distinction est tout aussi contestable parce qu'en opposant le jugement de valeur affectif, opéré par rapport « à nous-mêmes », au jugement de valeur éthique ou juridique, réalisé par rapport à un élément objectif, en adéquation « à des choses quelconques »¹⁹, Paul Amselek semble vouloir exprimer que l'étalon est une chose et que l'évaluation à son aune n'est pas une opération subjective. Or, nul n'ignore depuis l'effondrement des mythes entretenus par l'École de l'exégèse, que le jugement de valeur par rapport à une règle de conduite n'échappe pas aux obscurs aléas du subjectivisme et demeure un jugement par rapport à soi-même, c'est-à-dire par rapport à ce que chacun perçoit subjectivement en interprétant l'énoncé d'une règle. Où l'on redécouvre une certaine forme d'essentialisme ou de cognitivisme normatif auquel Kelsen, lui aussi, a cédé en prêtant aux normes – dont on lit pourtant sous la plume de Paul Amselek qu'elles « ne peuvent pas faire l'objet d'une préhension sensorielle » – une identité ontologique qu'elle n'ont pas et en faisant de l'interprétation la manifestation d'un choix normatif limité par la connaissance d'un *cadre*²⁰ à l'intérieur duquel se juxtaposeraient différentes significations identifiables et potentiellement imputables à l'énoncé de la règle. Du cadre de Hans Kelsen à l'outil de Paul Amselek, on ressent un présupposé commun, de type normativiste, qui contribue à chosifier le droit. Ce faisant, en insistant sur la divergence entre les jugements de valeur sur la base des règles de conduite et les jugements de valeur affectifs, Paul Amselek semble contredire sa propre conception subjectiviste de l'interprétation, laquelle se dégage très nettement de sa définition de la norme comme *outil mental*.

II. La norme comme outil mental : une conception subjectiviste de l'interprétation

En définissant la norme comme un outil mental, Paul Amselek défend une théorie subjectiviste de l'interprétation peu compatible avec la vocation instrumentale des normes, dans la mesure où il semble difficile de désigner la règle comme un étalon si l'étalon perd, à l'épreuve de l'interprétation, toute objectivité. C'est bien avant la parution des *Cheminements* que l'auteur s'est distingué en faveur d'une approche éminemment subjectiviste du droit et de l'interprétation dans des termes particulièrement nets à l'occasion de sa joute doctrinale face à Michel Villey²¹. On retrouve cette approche aux pages 64 à 70 de l'ouvrage. Ce subjectivisme herméneutique résulte directement de cette conception de la norme comme outil mental et renferme les germes d'une dérive (A) que Paul Amselek a su contenir grâce aux enseignements qu'il a tirés, en jouant un rôle pionnier chez les juristes français, de la théorie des actes de langage (B).

A. Les dérives potentielles du subjectivisme herméneutique

C'est en effet à l'occasion de sa controverse avec Michel Villey, tenant d'une conception aristotélicienne du droit, que Paul Amselek a clairement défini son

¹⁹ *Ibid.*, p. 123.

²⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. C. Eisenmann, rééd. Bruylant-LGDJ, 1999, p. 337-338.

²¹ P. Amselek, « Le droit dans les esprits », in *Controverse autour de l'ontologie du droit*, *op.cit.*, p. 27 et s.

approche artificialiste au terme de laquelle la norme juridique est conçue comme un *outil*, c'est-à-dire un instrument qui sert à orienter la conduite des êtres humains. À ses yeux, le droit n'est pas dans la nature des choses mais dans les esprits. Un tel artificialisme est directement lié à la fonction instrumentale de la norme juridique car un outil est un objet dont la particularité est d'être de nature psychique. Derrière sa matérialité physique, se cache toujours une intention humaine subjective sachant que sa raison d'être, d'ordre finaliste, est de *servir* à quelque chose.

Ce subjectivisme de l'objet « droit » était déjà prégnant dans la pensée de Georg Jellinek pour qui les concepts juridiques sont des unités téléologiques c'est-à-dire des objets forgés dans la perspective d'atteindre un but (celui d'orienter la conduite des hommes). Pour le juriste allemand, « les concepts juridiques n'ont aucune essence pour objet, le monde juridique est un pur monde de pensée »²². Un outil est mental et c'est pourquoi, au demeurant, l'expression choisie par Paul Amselek pour définir la norme comme « outil mental » s'avère pléonastique. De sorte que la propriété essentielle d'un objet comme la norme n'est pas, comme il le souligne fort justement, le « ce-dont-il-est-fait » mais le « ce-pourquoi-il-est-fait », son « être-pour », son « utilité », l'observation passive de sa substance empirique étant insusceptible de nous renseigner sur sa fonction. Et ce qui vaut pour l'outil normatif vaut tout autant pour n'importe quel outil matériel destiné à l'usage ordinaire de la vie de tous les jours. C'est ainsi que :

« j'aurai beau contempler sous tous ses aspects, écrit Paul Amselek, une chose telle qu'un cendrier, en regarder les formes, les couleurs, les aspérités, etc. – je n'aurai conscience d'être en présence d'un outil que lorsque j'aurai saisi en pensée l'intention humaine transcendante dont cette chose se trouve le discret dépositaire, à savoir servir à recueillir les cendres des cigarettes ».

« En d'autres termes, ajoute-t-il, la face essentielle de nos outils est une face cachée, qui se dérobe par hypothèse même au regard »²³.

Olivier Jouanjan ne dit pas autre chose dans sa préface à l'œuvre de Georg Jellinek lorsqu'il explique que :

« d'un point de vue naturaliste, il n'existe pas de chaises, de tables, de maisons, mais seulement, du bois, de la pierre et du métal. Les concepts de chaise, table ou maison sont construits sur la base d'unités téléologiques, de synthèses faites d'après les rapports humains à ces choses »²⁴.

Tout l'intérêt de l'outil réside dans sa signification et non dans son apparence physique. C'est dire que la seule lecture de l'outil textuel, opération purement sensorielle, est inapte à nous faire accéder à la connaissance de la norme juridique dont il n'est que le support matériel et graphique. Saisir la norme exige de connaître la signification du texte c'est-à-dire l'intention humaine qui a présidé à sa rédaction. Malheureusement, et c'est la spécificité de l'outil normatif, l'intention humaine que représente le signe et qui se dérobe au regard empirique, se dérobe aussi à toute préhension intellectuelle. Dépourvue de toute matérialité, enfouie dans l'intimité

²² Cité par O. Jouanjan, in Préface à G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, rééd. 2005, LGDJ, Ed. Panthéon-Assas, p. 53.

²³ P. Amselek, *Le droit dans les esprits*, op. cit., p. 31.

²⁴ O. Jouanjan, op. cit., p. 52.

spirituelle de l'émetteur de la norme, elle ne voyage pas vers l'esprit du récepteur lequel est condamné à la reconstruire au moyen de l'interprétation qui s'avère, du coup, inéluctablement créatrice et purement subjective. C'est pourquoi, selon Paul Amselek :

« les normes ne sortent jamais de notre esprit ; nous ne nous les communiquons pas directement : nous nous communiquons seulement des signaux à partir desquels nous reconstruisons dans notre esprit les normes qu'autrui avait présentes dans son propre esprit »²⁵.

C'est d'ailleurs ce défaut de communicabilité qui fait la spécificité des outils normatifs par rapport aux outils matériels dont la fonction est en revanche objectivement compréhensible eu égard au faible degré d'équivoque que renferme, contrairement aux signes scripturaux, leur apparence physique. C'est en ce sens que Paul Amselek qualifie les normes d'outils « mentaux ». Saisir l'intention du législateur à la lecture de certaines dispositions qu'il a pu rédiger de manière plus ou moins ambiguë est en effet moins évident que deviner, en observant une maison, l'intention qui a pu animer son architecte.

Il serait presque tentant de tirer d'un tel subjectivisme herméneutique, la conclusion radicale selon laquelle dans l'univers des *règles en général*, nous serions tous des autistes les uns vis-à-vis des autres.

À l'évidence, cette conclusion radicale à laquelle pourtant aboutit logiquement l'approche subjectiviste du droit et de l'interprétation ne saurait être prise au sérieux eu égard au caractère collectif du processus linguistique dans le cadre duquel le sens des mots ne saurait jaillir du for intérieur du sujet. Mais Paul Amselek a puisé dans les ressources de la théorie des actes de langage²⁶ suffisamment de matière pour ne pas céder aux dérives vers lesquelles un tel subjectivisme herméneutique était susceptible de l'entraîner.

²⁵ *Cheminements*, p. 69.

²⁶ L'un des plus précieux services que Paul Amselek a rendus aux juristes français est d'avoir su les sensibiliser aux acquis conceptuels du tournant pragmatique entamé par la philosophie du langage ordinaire sous l'autorité de John Langshaw Austin (Cf., le désormais classique du philosophe d'Oxford, *Quand dire, c'est faire*, Ed. du Seuil, Paris, 1970, mais également John R. Searle, *Les actes de langage*, Coll. « Savoir », Herman, Paris, 1972). On sait que la pragmatique est la dimension de la théorie du langage qui s'intéresse à ce que *fait* réellement le locuteur lorsqu'il formule son énoncé. Une dimension trop longtemps négligée par les juristes parmi lesquels Paul Amselek vise en particulier ceux de l'école normativiste. Leurs insuffisances et leur travers logisciste les auraient conduits à réduire les actes juridiques à leur seule dimension sémantique ou locutoire. Il y aurait ainsi « chez Kelsen, une tendance excessive à vouloir aseptiser ou épurer la dogmatique juridique, la débarasser de tout élément à connotation politique ou même sociologique » écrit-il (*Cheminements* p. 352). C'est dans cette pureté et cette indifférence aux enseignements de la théorie des actes de langage que résiderait la célèbre thèse kelsénienne de l'identité du droit et de l'État laquelle, selon Paul Amselek, serait la thèse du maître autrichien la plus unanimement rejetée par les juristes du monde entier (*Cheminements*, p. 356). Sur les apports de la théorie des actes de langage à la science juridique, Cf., *Cheminements*, p. 272-414 (*Itinéraire II*) ; *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, P. Amselek (sous la dir. de), PUF, 1986 ; O. Cayla, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Th. Paris II (dact.), 1992.

B. Les enseignements salutaires de la théorie des actes de langage

Serions-nous vraiment tous des autistes lorsque nous échangeons de tels signaux, sachant que parmi ces derniers, les plus nombreux reçoivent leur signification soit à titre universel soit en guise d'héritage communautaire ? C'est que, dira-t-on, si les unités linguistiques ont en elles-mêmes une signification sur laquelle tout une communauté peut s'entendre, c'est la façon d'agencer les mots qui génère l'incertitude et rend impossible l'accès à l'intention subjective de l'émetteur au point de plonger le récepteur dans l'obligation d'en définir souverainement et individuellement la teneur. Ce ne serait pas tant l'usage des mots pris isolément que leur déroulement dans la phrase qui obscurcirait l'accès à la signification d'un énoncé et donnerait sa légitimité au pouvoir illimité de l'interprète.

Mais pareille hypothèse nous conduit alors à négliger le rôle des règles de la syntaxe et de la grammaire sans le respect desquelles il n'est pas de mutuelle compréhension possible entre les acteurs d'une controverse. Or, comme le rappelle au demeurant Paul Amselek, dans la théorie des actes de langage, ces règles sont qualifiées de règles *constitutives* par opposition aux règles *normatives*. À l'instar des règles du jeu, ce sont en effet des règles qui *constituent* l'activité même qu'elles régissent, de sorte qu'en les transgressant, l'assujetti n'est pas seulement en infraction mais cesse, plus radicalement, d'exercer cette activité. Selon la théorie des *speech acts*, l'existence de tout acte de langage implique une convention sociale constitutive et préexistante. Dans l'univers de ces règles constitutives, l'activité ne préexiste pas aux règles qui l'encadrent et, dans ces conditions, disparaît dès leur méconnaissance. Le fait ne se réalise que concomitamment à son institutionnalisation. Ainsi en va-t-il des règles constitutives du langage comme de celles du jeu d'échecs que John R. Searle oppose, par exemple, aux règles normatives de la circulation automobile dont la transgression, en revanche, n'empêche pas la circulation automobile de se réaliser laquelle, au demeurant, a pu préexister antérieurement à l'entrée en vigueur du code de la route²⁷. De même qu'un adversaire qui déplace sa tour en diagonale cesse, par-delà la faute qu'il commet, de jouer aux échecs, de même des interlocuteurs qui échangent des propos en leur prêtant, en parfaite méconnaissance des réquisits les plus fondamentaux de la syntaxe, des significations arbitraires, s'abstiennent tout bonnement de converser. Si les règles juridiques sont intrinsèquement normatives au point que la vie sociale peut continuer de s'écouler malgré leur transgression, elles sont néanmoins énoncées, depuis la civilisation de l'écriture, à l'aide du langage lequel obéit, quant à lui, à des règles constitutives dont la méconnaissance signe son propre effacement, de sorte qu'il ne serait à la limite possible d'envisager un système juridique qui soit totalement exposé au délire de l'interprétation solitaire sans pour autant s'effondrer, à la seule condition qu'il soit doté d'une sémiotique non linguistique c'est-à-dire gestuelle et propre à l'état de nature. Un état de nature, c'est-à-dire un état dépourvu de normativité...

Comme on le perçoit aisément, donner la mesure de la possibilité de l'avoir-lieu des choses suppose une exigence de stabilité minimale de cette mesure, laquelle doit être préservée, par voie de conséquence, de toute dérive subjectiviste de l'inter-

²⁷ J-R Searle, « What is a speech act? », in *Philosophy in America*, Ed. Max Black, London, 1964, p. 223, cité par Ch. Grzegorzcyk, « Le rôle du performatif dans le langage du droit », in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, P. Amselek (sous la dir. de), *op. cit.*, p. 231.

prétation. Une nouvelle fois, l'incompatibilité entre la conception de l'interprétation que soutient Paul Amselek et sa définition téléologique de la norme est patente. On ne saurait adhérer à une telle approche de l'interprétation – et sortir d'une telle contradiction – qu'en abandonnant la métaphore consistant à représenter les normes comme des étalons. La posture qu'adoptent les juristes réalistes en assumant l'héritage de la philosophie analytique et en déniaut au droit toute identité ontologique les met à l'abri d'une telle contradiction. Il leur suffit d'identifier le droit non pas dans ce qui doit être *idéalement* mais dans ce qui a été effectivement *réalisé* au terme d'un processus quelconque d'application d'énoncés prétendument normatifs.

À moins de relativiser les conclusions radicales du subjectivisme herméneutique, comme s'y emploie Paul Amselek dans les tout derniers développements de ses *Cheminements* à la faveur d'un « réexamen de la question (de l'interprétation) et (d'un) recentrage des thèses en présence »²⁸. Mettant dos à dos « les conceptions objectivistes (de l'interprétation) pour lesquelles les textes juridiques possèdent un sens indépendant de l'interprète et préexistant à son intervention, (et) les conceptions subjectivistes selon lesquelles le sens est une création discrétionnaire de l'interprète »²⁹, l'auteur recherche une troisième voie pour l'exploration de laquelle il nous invite à prendre une précaution qu'il a à cœur, puisqu'il la tient des enseignements de la théorie des actes de langage : il faut cesser de réduire les normes juridiques à leur seule dimension sémantique. C'est qu'un tel réductionnisme stérile propose, selon lui, selon un malencontreux travers logiciste, une vision désincarnée des normes, tellement désincarnée qu'il serait possible d'induire de nouvelles normes à partir de celles énoncées par le législateur, comme si l'interprétation n'était rien d'autre qu'un jeu de mots. Or, les normes ne sont pas que des contenus de pensée ni du pur *logos*. Elles doivent être aussi comprises dans leur dimension pragmatique qui permet de les appréhender comme des instruments, des choses, des réalités par lesquels le locuteur fait quelque chose et fait comprendre à son interlocuteur, chemin *faisant*, ce qu'il entend lui signifier. En somme, ce sont des outils... Et l'instrument dont se sert le législateur n'a pas la même fonction – la même « outillage » – que celui dont use le juge. Le premier sert à commander tandis que le second est destiné à transmettre. La fonction d'Hermès n'est pas celle de Zeus³⁰. Il faut s'intéresser à la dimension pragmatique du langage pour s'en rendre compte et cela n'est pas le moindre des mérites de Paul Amselek qui, rappelons-le, est l'un des tout premiers juristes, en France, à avoir su sensibiliser ses confrères aux enseignements de la philosophie du langage ordinaire. Par où l'on voit que la métaphore qu'utilise Paul Amselek au service de sa phénoménologie du droit pour prêter aux normes une fonction et une vocation instrumentales ne se conçoit et ne se légitime qu'à la lumière d'une adhésion ferme au principal enseignement que les juristes doivent retenir de la philosophie du langage : un énoncé ne mérite sa qualification d'énoncé normatif qu'une égard à sa dimension pragmatique. Et seul l'examen de ce que fait l'auteur de l'énoncé permet de faire le raisonnable départ entre l'énoncé du législateur et celui du juge, entre l'acte de création et l'acte d'interprétation du droit.

²⁸ *Cheminements*, p. 581-615.

²⁹ *Ibid.*, p. 581.

³⁰ *Ibid.*, p. 597.

**TABLES GÉNÉRALES
DE L'ANNÉE 2013**

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

RRJ 2013-1

Christian BYK, Justice et expertise scientifique : Un dialogue organisé dont il faut renouveler les fondements	17
Gaylor RABU, L'illusion d'éthique	35
Jean-Jacques LAVENUE, La « Privacy by Design » : Panacée ou cheval de Troie ?	59
José Alberto SANZ DÍAZ-PALACIOS, Le droit du contribuable de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans l'affaire Chambaz contre Suisse	77
Oscar FERREIRA, Un Sieyès rouge ?	91
Caroline REGAD-ALBERTIN, État et souveraineté : destins croisés ?	133
Thierry TAURAN, Le bail verbal	151
Laure KOROMYSLOV Retour sur la communication des conclusions tardives	173
Arnaud DILLOARD, L'exception d'inconstitutionnalité en Europe	183
Romélien COLAVITTI, « Prolixe Tropic » : L'action en contestation de la validité du contrat administratif supplantera-t-elle le recours contre l'acte détachable ?	197
Hervé ARBOUSSET, Catastrophes naturelles et responsabilité administrative des collectivités territoriales : prévenir vaut mieux que réparer	207
Brice CROTTET, Le mythe de la théorie des « institutions transparentes » et le contrôle du juge administratif	241
Urbain NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ, Un candidat évincé lors de la procédure de délégation de service pour un motif d'intérêt général ne peut pas prétendre à une indemnisation pour le manque à gagner	267
Jean BIAMO, La mise en évidence d'une responsabilité internationale du transporteur des marchandises par mer : réflexion sur une épreuve parsemée d'embuche	277
Akodah AYEWOUDAN, L'entrepreneur en droit uniforme OHADA	299
Achille NGWANZA, Sécurisation et représentation des diasporas : le mandat authentique	329
Patrick Juvet LOWE G., Le clair-obscur du droit à la nourriture en Afrique	345
Renan LE MESTRE Un triangle des Bermudes dans un océan de Common Law : le privilège parlementaire au Royaume-Uni	381
Patrice S.A. BADJI, La protection des tiers par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE	405
Claude MOMO, À la recherche d'un modèle de justice administrative en Afrique subsaharienne francophone	445

RRJ 2013-2

Sylvain BLOQUET, La question du contrôle judiciaire de constitutionnalité de la loi à travers les travaux préparatoires du Code civil	505
Eva FISCHER-ACHOURA, La consécration d'une conception réaliste de la norme	547
François QUASTANA, Un procès en contestation de l'acquisition d'une servitude discontinue par possession de temps immémorial au XVIIIe siècle en Provence. De l'utilité des <i>factums</i> pour la connaissance du droit des biens	571
Oscar FERREIRA, « La démocratie dans toute sa pureté » Une longue histoire de la sortie en politique du concept d'ochlocratie (1780-1880)	605
Joël-Benoît d'ONORIO, La pythie de la République Libres propos sur la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 relative à « l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe »	651
Germain NTONO TSIMI, L'anticipation en droit des obligations	663
Sylvie PIERRE-MAURICE, L'adage, outil de communication à la disposition de la Cour de cassation ? L'exemple de l'adage procédural « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui »	689
Nicolas DUPONT, Pour un élargissement du droit d'agir des associations au nom de la protection des personnes vulnérables	705
Hervé ARBOUSSET, L'indemnisation des victimes de l'amiante par le FIVA : 10 ans déjà...	739
Olivier DONGAR, Faut-il repenser la notion de service public en France ? ...	775
Laurent QUESSETTE, D'une dette l'autre Sur l'État, le service public et les individus	797
<i>DROIT DU TRAVAIL</i>	
Grégory CAUVIN, La Morale dans le contrat : le paradoxe du contrat de travail	819
Christian GAMALEU KAMENI, Arrêt de la Cour de cassation chambre commerciale Arrêt N° 773 du 3 juillet 2012 - Action en rapport et procédures collectives	841
Thomas M'SAÏDIÉ, L'exercice du droit de grève dans le transport aérien, vu par le Conseil constitutionnel Note sous Décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012	851
Jean-François CALMETTE et Thomas M'SAÏDIÉ, Commentaire de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer	865
Patrick TAILLON et Jean Pierre VEILLEUX, Un référendum supraétatique pour l'Europe : les obstacles à l'expression directe d'une volonté populaire à l'échelle européenne	881
E. Derlin KEMFOUET KENGNY, Différends juridiques et politiques à la Cour internationale de justice : où est la distinction ?	925
Bryar S. BABAN, L'évolution de la notion de responsabilité politique des chefs d'État en droit international Brève réflexion sur les événements dans les pays arabes	951
Nathalie SAUVAGE, La <i>lex mercatoria</i> : une loi, facteur d'insécurité et d'imprévisibilité juridiques ?	971

Jérôme Francis WANDJI K, L'État de droit en Afrique : l'arlésienne ?	1001
Léon Chantal AMBASSA, La détention provisoire : un clair-obscur dans la procédure pénale camerounaise	1037
Sylvain Sorel KUATÉ TAMEGHÉ, Interrogations sur l'entrepreneant	1055

RRJ 2013-3

Régis LANNEAU, La sécurité juridique, un essai de théorisation	1109
Riccardo GUASTINI, Le réalisme juridique redéfini	1123
Joël-Benoît d'ONORIO, La république de l'inconscience <i>À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 octobre 2013 sur l'absence de clause de conscience de l'officier de l'état civil</i>	1139
Pejman POURZAND, La dialectique des obligations étatiques liées au droit à la vie dans l'espace juridique onusien	1145
Xiaowei SUN, La pensée institutionnelle de Tocqueville sur le gouvernement représentatif	1183
Gérard MINAUD, Adoption et transgression de la nature <i>De Rome à Byzance</i>	1199
Marc MIGNOT, De la garantie comme modèle <i>Analyse comparée du contrat d'assurance et du contrat de cautionnement de dettes futures</i>	1225
Sylvain MERCOLI, Prêt pour jouer ? De l'économie de loisirs aux logiques financières, les enjeux de l'article 1965 du Code civil	1259
Sophie LE GAC-PECH, Des liens entre contrats	1273
Delphine THARAUD, Le résultat, soubassement de la concrétisation de l'égalité Étude en droit social	1287
Bénédicte DUPONT, Quand le harcèlement moral caractérise la notion de violence ou l'interaction du droit commun des contrats et du droit du travail <i>Commentaire de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 30 janvier 2013</i>	1303
Thomas M'SAÏDIÉ, La QPC dans le contentieux administratif	1311
Patrick MOZOL, Le droit de vote des résidents extra-communautaires aux élections municipales : enjeux et discussions autour d'une réforme (toujours) en attente de concrétisation	1331
Bernard QUIRINY, La démocratie comme régime de l'écart <i>À propos de l'oeuvre de Claude Lefort</i>	1351
Ümit KILINÇ, Le couple primauté et suprématie dans la hiérarchie des normes	1377
Louis-Daniel MUKA TSHIBENDE, Entre droit du sexe et sexe du droit : de la différenciation sexuelle en droit à la féminisation des organes sociétaires par le droit	1397
Thierry TAURAN, Le devoir de vigilance du banquier	1423
Faratiana M. ESOAVELOMANDROSO, Publications des décisions de justice et leurs commentaires : contribution à la restauration de la confiance en la justice à Madagascar	1443
Aboubacar Sidiki DIOMANDE, Le régime politique ivoirien : un régime en marge des catégories traditionnelles	1453

Nontawat NAWATRAKULPISUT, Le contrôle des sociétés thaïlandaises par les investisseurs étrangers : la fiction de la « société thaïlandaise », ses ombres et ses dérives	1473
Ali Al Nami, Vers une protection effective des droits des travailleurs domestiques au Koweït	1489

RRJ 2013-4

Gérard MÉMETEAU, La loi nuptiale du 17 mai 2013 et le droit du corps ...	1523
Régis LANNEAU, Penser l'effcience des régulations juridiques, quelques problèmes épistémologiques	1537
Emmanuelle PAILLÉ, La motivation des lois	1553
Julien GASBAOUI, La confiscation des profits illicites	1571
Mathieu ALTBUCH, Controverses à propos des catégories juridiques de contentieux administratif objectif et subjectif : l'apport de la théorie du droit	1593
Abdulrahman ALRADWAN, The protection of honor and reputation in social networks	1629
Sylvain STEER, L'intensité de l'obligation exemple des contrats informatiques	1649
Yassila OULD AKLOUCHE, Retour sur les conditions du mandat de protection future pour autrui	1693
Alice PHILIPPOT, Le jeu des grands-parents sur la scène du droit extrapatrimonial de la famille	1705
Wilfried JEANDIDIER, Un droit pénal special renouvelé (À propos de « La protection de la personne humaine » et « La protection de la société » du Professeur Jean-Paul Doucet)	1739
Thomas BURELLI, La bioprospection dans l'outre-mer français Opportunités et limites des dispositifs de régulation émergents dans l'outre-mer français	1747
Fabien BOTTINI, Le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires	1791
Laurence BINEAU, Le secteur agricole à l'épreuve du droit de la concurrence : Focus sur le secteur des fruits et légumes frais	1801
Franck YOUNGONÉ, La dénonciation de la Convention de Washington au sein du Mercosur	1837
Ahmed ALI ABDALLAH, Réflexions sur le droit à l'autodétermination des peuples autochtones dans la déclaration des Nations unies du 13 septembre 2007	1853
Brigitte DJUIDJE CHATUÉ, De l'adoption internationale : écho d'un pays du Sud	1871
Gérard ANOU, Compte-rendu : Colloque sur L'enseignement clinique du droit - Université du Luxembourg, 6 et 7 juin 2013	1895
Hussain ALRASHIDI, La corrélation entre la sharia islamique et les législations civiles koweïtiennes	1903
Renan LE MESTRE, Les Acts of attainer au Royaume-Uni ou le pouvoir de condamner et de punir du Parlement britannique	1937
Fathi ZERARI, L'approbation préalable des actes légaux portant sur les aéronefs civils émiratis	1959

RRJ 2013-5

Paul AMSELEK, Pour une phénoménologie du droit et de l'éthique sans mirages	1983
Jean-Yves CHÉROT, Paul Amselek et la normativité en droit	1997
Emmanuel PUTMAN, Autour de la définition du droit	2011
Frédéric ROUVIÈRE, Autour de la distinction entre règles et concepts	2017
Alexandre VIALA, Autour de la vocation instrumentale des normes juridiques	2029

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

- Acts of attainder*, 1937
Acte détachable, 197
Action en contestation, 197
Adage, 689
Anticipation, 663
- Bail verbal, 151
- Catastrophes naturelles, 207
Collectivités territoriales, 207
Common Law, 381
Concepts, 2017
Contentieux administratif, 1311
Contrat
- contrat de travail, 819
- contrats informatiques, 1649
Contrôle judiciaire de constitutionnalité, 505
- Démocratie, 1351
Déontologie, 1791
Détention provisoire, 1037
Droit
- droit (définition), 2011
- droit à l'autodétermination des peuples autochtones, 1853
- droit à la vie, 1145
- droit de grève, 851
- droit de vote, 1331
- droit de la concurrence, 1801
- droit du contribuable, 77
- droit du travail, 1303
- droit extrapatrimonial de la famille, 1705
- droit pénal special, 1739
- droit social, 1287
- Élections municipales, 1331
Entreprenant, 1055
État, 133
État de droit, 1001
Éthique, 35, 1983
Europe, 881
Exception d'inconstitutionnalité, 183
Expertise scientifique, 17

Factums, 571

Gouvernement représentatif, 1183

Harcèlement moral, 1303

Juge administratif, 241

Justice administrative, 445

Lex mercatoria, 971

Loi nuptiale du 17 mai 2013, 1523

Morale, 819

Normativité en droit, 1997

Normes juridiques, 2029

OHADA, 299

Ochlocratie, 605

Outre-mer, 865, 1747

Privacy by Design, 59

Procédure de délégation, 267

Protection des personnes vulnérables, 705

QPC, 1311

Règles, 2017

Responsabilité

- Responsabilité administrative, 207

- Responsabilité politique, 951

Servitude discontinue, 571

Service public, 775, 797

Souveraineté, 133

Tocqueville, 1183

Transport aérien, 851

TABLE ANALYTIQUE DES AUTEURS

AL NAMI Ali, 1489
ALI ABDALLAH Ahmed, 1853
ALRADWAN Abdulrahman, 1629
ALRASHIDI Hussain, 1903
ALTBUCH Mathieu, 1593
AMBASSA Léon Chantal, 1037
AMSELEK Paul, 1983
ANOU Gérard, 1895
ARBOUSSET Hervé, 207, 739
AYEWOUADAN Akodah, 299

BADJI Patrice S.A., 405
BIAMO Jean, 277
BINEAU Laurence, 1801
BLOQUET Sylvain, 505
BOTTINI Fabien, 1791
BURELLI Thomas, 1747
BYK Christian, 17

CALMETTE Jean-François, 865
CAUVIN Grégory, 819
CHÉROT Jean-Yves, 1997
COLAVITTI Romélien, 197
CROTTET Brice, 241

DILLOARD Arnaud, 183
DIOMANDE Aboubacar Sidiki, 1453
DJUIDJE CHATUÉ Brigitte, 1871
DONGAR Olivier, 775
DUPONT Bénédicte, 1303
DUPONT Nicolas, 705

ESOAVELOMANDROSO Faratiana M., 1443

FERREIRA Oscar, 91, 605
FISCHER-ACHOURA Eva, 547

GAMALEU KAMENI Christian, 841
GASBAOUI Julien, 1571
GUASTINI Riccardo, 1123

JEANDIDIER Wilfried, 1739

KEMFOUET KENGY E. Derlin, 951
KILINÇ Ümit, 1377
KOROMYSLOV Laure, 173
KUATÉ TAMEGHÉ Sylvain Sorel, 1055

LANNEAU Régis, 1109, 1537
LAVENUE Jean-Jacques, 59
LE GAC-PECH Sophie, 1273
LE MESTRE Renan, 381, 1937
LOWE Patrick Juvet G., 345

M'SAÏDIÉ Thomas, 851, 865, 1311
MÉMETEAU Gérard, 1523
MERCOLI Sylvain, 1259
MIGNOT Marc, 1225
MINAUD Gérard, 1199
MUKA TSHIBENDE Louis-Daniel, 1397
MOMO Claude, 445
MOZOL Patrick, 1331

NAWATRAKULPISUT Nontawat, 1473
NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ Urbain, 267
NGWANZA Achille, 329
NTONO TSIMI Germain, 663

ONORIO Joël-Benoît (d'), 651, 1139
OULD AKLOUCHE Yassila, 1693

PAILLÉ Emmanuelle, 1553
PHILIPPOT Alice, 1705
PIERRE-MAURICE Sylvie, 689
POURZAND Pejman, 1145
PUTMAN Emmanuel, 2011

QUASTANA François, 571
QUESSETTE Laurent, 797
QUIRINY Bernard, 1351

RABU Gaylor, 35
REGAD-ALBERTIN Caroline, 133
ROUVIÈRE Frédéric, 2017

SANZ DÍAZ-PALACIOS José Alberto, 77
SAUVAGE Nathalie, 971
STEER Sylvain, 1649
SUN Xiaowei, 1183
TAILLON Patrick, 881
TAURAN Thierry, 151, 1423
THARAUD Delphine, 1287

VEILLEUX Jean Pierre, 881

VIALA Alexandre, 2029

WANDJI K Jérôme Francis, 1001

YUGONÉ Franck, 1837

ZERARI Fathi, 1959

Composition et mise en page :

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
Caroline PY

Impression :
SERVICE IMPRIMERIE
UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

DÉPÔT LÉGAL – 3^{ème} Trimestre 2014