

Lauréat du Prix de thèses de l'Institut Universitaire Varenne – édition 2014
catégorie : « Théorie générale et philosophie du droit »



© « Collection des Thèses »
éditée par l'Institut Universitaire Varenne
Directeurs scientifiques : Daniel POUZADOUX et Jean-Pierre MASSIAS
Diffusion : L. G.D.J - lextenso éditions
ISBN 978-2-37032-034-6
Dépôt légal : quatrième trimestre 2014

NORME ET EXCEPTION

Essai sur la défaisabilité en droit

***Pour l'année 2014, les ouvrages publiés
ont été sélectionnés par le jury suivant :***

Présidents :

Daniel POUZADOUX (*Président de la Fondation Varenne*)

Jean-Pierre MASSIAS (*Président de l'Institut Universitaire Varenne
et Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*)

Diane de BELLESCIZE (*Université du Havre*)

Florence BENOÎT-ROHMER (*Université de Strasbourg*)

Jean-Sylvestre BERGÉ (*Université Lyon III*)

Christophe BIGOT (*Avocat au Barreau de Paris*)

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS (*Université Paris Ouest Nanterre La Défense*)

Marie-Anne COHENDET (*Université Paris 1*)

Olivier DÉCIMA (*Université Bordeaux IV*)

Bruno DONDERO (*Université Paris 1*)

France DRUMMOND (*Université Paris II*)

Patrick EVENO (*Université Paris 1*)

Hélène GAUDIN (*Université Toulouse 1*)

Jean GICQUEL (*Université Paris 1*)

Klaus-Gerd GIESEN (*Université d'Auvergne*)

François HEINDERYCKX (*Université libre de Bruxelles*)

Henri LABAYLE (*Université de Pau et des Pays de l'Adour*)

Eddy LAMAZEROLLES (*Université de Poitiers*)

Virginie LEMONNIER-LESAGE (*Université de Rouen*)

Anne LEVADE (*Université Paris Est Créteil Val de Marne*)

Rostane MEHDI (*Université Aix-Marseille*)

Anthony MERGEY (*Université Rennes 1*)

Slobodan MILACIC (*Université Bordeaux IV*)

Éric MILLARD (*Université Paris Ouest Nanterre La Défense*)

Renaud MORTIER (*Université de Rennes 1*)

Horatia MUIR-WATT (*IEP Paris*)

Philippe NIVET (*Université de Picardie*)

Claude OPHÈLE (*Université de Tours*)

Prisca ORSONNEAU (*Responsable du Comité juridique de Reporters sans frontières*)

Xavier PHILIPPE (*Université Aix-Marseille*)

Geneviève PIGNARRE (*Université de Savoie*)

Albert RIGAUDIÈRE (*Université Paris II*)

André ROUX (*Université Aix-Marseille*)

Olivia SABARD (*Université d'Orléans*)

Michel TERESTCHENKO (*IEP Aix-en-Provence*)

Michel TROPER (*Université Paris Ouest Nanterre La Défense*)

« Collection des Thèses », n° 99

NORME ET EXCEPTION

Essai sur la défaisabilité en droit

MATHIEU CARPENTIER

PRÉFACE

DE JEAN-FRANÇOIS KERVÉGAN

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,
membre de l'Institut universitaire de France

**Prix Aguirre-Basualdo
de la Chancellerie des Universités de Paris**

UNIVERSITÉ PARIS I – PANTHÉON-SORBONNE
École doctorale de Philosophie

THÈSE

en vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN PHILOSOPHIE

Présentée et soutenue publiquement à Paris
le 7 décembre 2013 par

Monsieur Mathieu CARPENTIER

Membres du jury :

Jean-François KERVEGAN, Professeur à l'Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne (*Directeur de recherches*)

Olivier BEAUD, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (*Président du jury*)

Sylvie DELACROIX, *Reader* à l'University College de Londres (*Rapporteur*)

Pierre-Yves QUIVIGER, Professeur à l'Université de Nice (*Rapporteur*)

Michel TROPER, Professeur émérite à l'Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense

*Pour Luisa
pour Lena
et pour Clara*

Cet ouvrage est issu d'une thèse soutenue à Paris en décembre 2013. Sa réalisation n'aurait pas été possible sans les encouragements du professeur Jean-François Kervegan. Qu'il reçoive ici l'expression de mon immense gratitude.

Je remercie également les professeurs Olivier Beaud, Pierre-Yves Quiviger et Michel Troper, ainsi que Mme Sylvie Delacroix pour l'honneur qu'ils m'ont fait d'avoir accepté d'être membres de mon jury.

Au cours de la préparation et de la rédaction de ce travail, j'ai bénéficié des observations très souvent éclairantes des professeurs Laurent Jaffro, Massimo La Torre, Éric Millard, Geoffrey Samuel, Michel Sénellart, Axel Schwarz, Tomas Stawecki.

Les conversations que j'ai eues avec mes pairs au cours de mes recherches ont été extrêmement stimulantes, que ce soit au sein de l'équipe Phico/ Nosophi, où j'ai réalisé ma thèse, de l'Institut Michel Villey ou ailleurs. Je remercie donc Manon Altwegg-Boussac, Jean Baccelli, Adeline Barbin, Antoine Basset, Gregory Bligh, Bertrand Cassegrain, Nicolas Delon, Élodie Djordjevic, Quentin Épron, Filipe Fischmann, Caterina Gabrielli, Sophie Guérard de Latour, Pierre Haroche, Julien Jeanneney, Raïssa Maillard, Mélanie Plouviez, Tristan Pouthier, Themistoklis Raptopoulos et Fanny-Élisabeth Rollet. — Je remercie d'autre part Felix Khoury sans qui les semaines qui ont précédé l'achèvement de ce travail auraient certainement été bien plus pénibles.

Je souhaiterais également exprimer ma très sincère gratitude aux professeurs Olivier Beaud et Denis Baranger pour leur accueil chaleureux à l'Institut Michel Villey et pour les conseils avisés qu'ils m'ont généreusement prodigués. J'adresse enfin tous mes remerciements à ma famille, qui a été d'un appui et d'un secours constants durant ces quatre années, particulièrement mes parents, Claude Thomas et Gilles Carpentier, et ma sogrinha Angela Guimarães Gomes.

Ce travail est dédié à ma femme, Luisa, sans qui rien n'eût été possible, et à mes filles, Lena et Clara, qui ne savent pas encore tout ce que je leur dois.

SOMMAIRE

PRÉFACE.....	XIII
ABRÉVIATIONS ET NOTATIONS PARTICULIÈRES	1
PRINCIPAUX SYMBOLES LOGIQUES ET MATHÉMATIQUES	3
INTRODUCTION GÉNÉRALE	5
PARTIE I. ÉLÉMENTS D'UNE THÉORIE DES NORMES JURIDIQUES...	39
Introduction. Conventions terminologiques.....	41
Chapitre 1. Normes, énoncés, propositions	47
Chapitre 2. Normes conditionnelles et règles juridiques	87
Appendice. Sur l'applicabilité des normes juridiques	137
PARTIE II. DÉFAISABILITÉ DU RAISONNEMENT JURIDIQUE.....	163
Chapitre 3. Les problématiques de la défaisabilité en droit	165
Chapitre 4. Théories inférentielles du raisonnement défaisable	189
Chapitre 5. Argumentation et procédure : la structuration juridique de la défaisabilité.....	283
PARTIE III. DÉFAISABILITÉ DES RÈGLES JURIDIQUES ET INTERPRÉTATION	339
Chapitre 6. Défaisabilité des règles juridiques.....	341
Chapitre 7. Indétermination sémantique et exceptions.....	491
Chapitre 8. Le rôle de l'interprétation dans la défaisabilité juridique	559
CONCLUSION GÉNÉRALE	619
BIBLIOGRAPHIE	625
INDEX NOMINUM.....	669
TABLE DES MATIÈRES	679



PRÉFACE

C'est une joie pour moi de présenter le premier ouvrage de Mathieu Carpentier, issu de la thèse de doctorat en philosophie qu'il a soutenu en Sorbonne en décembre 2013. Ce travail est l'aboutissement – tout provisoire – d'un parcours d'excellence : ancien élève de l'École Normale Supérieure, agrégé de philosophie, doctorant contractuel puis ATER en philosophie à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne de 2009 à 2013, période durant laquelle il a poursuivi parallèlement des études de droit, puis secrétaire général de l'Institut Michel Villey en 2013-2014, Mathieu Carpentier est désormais maître de conférences en droit public à l'Université Panthéon-Assas. Ce parcours indique de lui-même une caractéristique du profil intellectuel de M. Carpentier, dont son livre est la parfaite illustration : jouissant, à un degré élevé, d'une double compétence philosophique et juridique, il est en mesure de réfléchir en philosophie à même la matière juridique, renvoyant ainsi aux oubliettes le débat convenu sur les mérites (et les défauts) respectifs de la philosophie du droit des philosophes et de la philosophie du droit des juristes. Si j'ajoute qu'avant même d'avoir achevé sa thèse Mathieu Carpentier a publié un nombre déjà respectable d'articles scientifiques, dont certains dans des revues de niveau international, on se convaincra qu'en dépit de son jeune âge il a devant lui une brillante carrière de chercheur qui lui vaudra, à n'en pas douter, une reconnaissance académique amplement méritée.

Le livre qu'on va lire porte sur la notion de *defeasability*, un sujet central de la philosophie du droit anglo-saxonne contemporaine, comme l'indique l'impressionnante bibliographie que M. Carpentier a mobilisée. Il discute patiemment et de façon toujours très précise et claire, bien que parfois très technique (par exemple

lorsqu'il s'agit de problèmes de logique déontique) les arguments développés par les uns et les autres à ce propos. Certes, on pourrait discuter le choix de traduire le mot anglais *defeasability* par « défaisabilité » ; on aurait pu aussi parler, comme R. Guastini, de « défectibilité », voire, par antonymie avec l'invincibilité, de « vincibilité », et d'argument ou de norme « vincible ». Mais qu'importe, au fond, puisque le concept est défini de façon claire et précise. Loin des « théories apocalyptiques de l'exception » (Carl Schmitt, G. Agamben), il s'agit pour M. Carpentier de définir avec précision les conditions dans lesquelles le droit peut reconnaître la possibilité de déroger à une norme, que ce soit en raison de circonstances particulières ou en vertu d'une « métarègle » permettant de lever l'obligatorité *prima facie* des normes juridiques. À ce propos, il souligne la nécessité de bien distinguer l'exception comme anormalité (ce que l'on dénomme classiquement une situation d'exception) et l'exception comme acte d'excepter à une règle.

La méthode employée est simple et rigoureuse. Grâce à son exceptionnelle connaissance de la littérature spécialisée, M. Carpentier analyse en détail les objections que l'on peut faire à la thèse qu'il entend soutenir, pour parvenir, au terme d'une longue discussion, à un résultat qui, le plus souvent, nuance sa formulation initiale. Cette manière de faire n'est pas sans rappeler celle de H. L. A. Hart ; d'ailleurs, les positions auxquelles se rallie M. Carpentier sont souvent proches de celles que celui-ci a soutenu, par exemple à propos du sens qu'il convient de conférer à la notion de norme conditionnelle. M. Carpentier opte en fin de compte pour des solutions nuancées et ouvertes aux révisions, ce en quoi il est plus proche du *soft positivism* de Hart que du *hard positivism* de Kelsen ou de J. Raz.

Au cœur de l'ouvrage se situe la distinction entre *defeasability* du raisonnement juridique et *defeasability* des règles ou des normes. Cette distinction clarifie beaucoup le débat sur les exceptions car, comme l'explique clairement M. Carpentier, la « défaite » d'un raisonnement est autre chose et requiert d'autres explications que celle d'une norme. La défaite d'un raisonnement vient de ce qu'une norme ne peut s'appliquer dans tel et tel cas de figure ; la défaite d'une norme signifie, elle, que cette norme n'en est pas tout à fait une. La défaite d'un raisonnement n'est pas forcément due à sa faiblesse ou à sa « fausseté » intrinsèque, mais au fait que la partie adverse a mobilisé un argument plus fort, plus convaincant ou plus topique. Ceci marque la limite de toute approche strictement logique de la défaisabilité, encore que celle-ci soit indispensable. Mais c'est à propos de la défaisabilité des règles elles-mêmes (« défaisabilité au sens fort ») que la question de l'exception se pose avec toute son acuité : peut-il y avoir des raisons juridiques (*i.e.* relevant du système normatif considéré, et non par exemple de la morale) de ne pas appliquer une norme juridique quand bien même elle s'appliquerait à première vue au cas considéré, autrement dit : peut-on reconnaître l'existence d'exceptions implicites ? À ce propos, M. Carpentier reprend à nouveau frais, et avec des moyens très raffinés, la fameuse controverse entre Herbert Hart et Lon Fuller sur le « droit nazi ». La solution vers laquelle il s'achemine est que les règles juridiques ne sont pas *prima facie* défaisables, mais *peuvent* le devenir dans un certain

contexte interprétatif, ce qui constitue une interprétation forte et extensive de la notion hartienne de « texture ouverte ». On aboutit ainsi à un « pluralisme interprétatif » qui introduit une modulation herméneutique au sein du cadre positiviste, ce qui revient, en quelque sorte, à réconcilier Hart et Dworkin.

On l'aura compris : l'ouvrage de Mathieu Carpentier est une contribution majeure à la philosophie contemporaine du droit et à la réflexion sur la nature des normes juridiques.

Jean-François KERVÉGAN

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,
membre de l'Institut universitaire de France

ABRÉVIATIONS ET NOTATIONS PARTICULIÈRES

AB	abduction
AF	cadre argumentatif (<i>argumentation framework</i>)
AGM	Alchourrón-Makinson-Gärdenfors
Axiome-D	« ce qui est obligatoire est permis » $[Op \rightarrow \sim O \sim p]$
Axiome-K	distributivité de l'opérateur déontique $[O(p \rightarrow q) \rightarrow (Op \rightarrow Oq)]$
CWA	hypothèse de monde clos (<i>closed-world assumption</i>)
ICG	implicature conversationnelle généralisée
IN	inversion
KB	base de connaissance (<i>knowledge base</i>)
MP	<i>modus ponens</i>
MT	<i>modus tollens</i>
NS	système normatif
RA	renforcement de l'antécédent
RBL	logique fondée sur les raisons (<i>reason-based logic</i>)
SDL	logique déontique standard (<i>standard deontic logic</i>)
Texture ouverte _H	phénomène dénoté par le terme « texture ouverte » chez Hart
Texture ouverte _W	phénomène dénoté par le terme « texture ouverte » chez Waismann

PRINCIPAUX SYMBOLES LOGIQUES ET MATHÉMATIQUES

$\wedge, \vee, \rightarrow, \leftrightarrow$	disjonction, conjonction, implication matérielle, équivalence matérielle
$\sim$	négation en logique propositionnelle
$\neg$	négation en logique des prédicats
$p, q, r, \dots$	variables propositionnelles
$x, y, z, \dots$	variables de la logique des prédicats
$a, b, c, \dots$	constantes de la logique des prédicats
$\bar{X}$	complément de X (si $X = p$, $\bar{X} = \sim p$ et <i>vice versa</i>)
$\forall, \exists$	quantificateurs universel et existentiel de la logique des prédicats
$\top$	tautologie
$\perp$	contradiction
$\vdash$	relation de conséquence
$\mid \sim$	relation de conséquence non monotone
O, P, F, Pr	opérateurs déontiques : obligatoire, permis, facultatif, prohibé
$\odot, \mathbb{P}$	opérateurs déontiques descriptifs de l'obligation et de la permission
$\Diamond, \Box$	opérateurs modaux aléthiques de la possibilité et de la nécessité
$\in, \subseteq, \subset, \cup, \cap$	appartenance, inclusion, inclusion stricte, union, intersection
$\bigcup_{i=0}^{\infty} S_i$	l'union de tous les ensembles $S_0, \dots, S_{\infty}$
$\{x \in S \mid \dots x \dots\}$	l'ensemble de tous les x appartenant à S tels que...

N.B. Certains symboles logiques n'ont pas toujours été utilisés avec constance, dans la mesure où l'on a tenté de respecter le plus possible les choix notationnels des auteurs étudiés. Ainsi, les symboles $\sim$, $\neg$, $>$, $\Rightarrow$... reçoivent parfois une signification particulière selon le contexte. Par exemple « $\sim$ » et « $\neg$ » dénotent respectivement la négation externe et la négation interne dans la logique des propositions normatives d'Alchourrón ; les mêmes signes sont employés pour dénoter respectivement la négation faible et la négation forte dans le système d'argumentation défaisable de Prakken et Sartor.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

I. PRENDRE CONGÉ DE « L'ÉTAT D'EXCEPTION »

L'heure est aux théories apocalyptiques de l'exception. Les théories néo-schmittiennes de « l'état d'exception » n'ont pas peu contribué à ériger l'exception au rang d'entité mystique, hypostasiée sur l'autel d'un irrationalisme confus et trompeur. La définition, par Carl Schmitt, du concept d'exception pouvait encore paraître fructueuse : « L'exception, c'est ce qu'on ne peut subsumer ; elle échappe à toute formulation générale, mais simultanément elle révèle un élément formel spécifique de nature juridique, la décision, dans son absolue pureté. »¹ Cette définition a cependant servi à donner un semblant de caution intellectuelle à des formulations à l'emporte-pièce dont usent à l'envi certains philosophes contemporains : « L'exception souveraine (comme zone d'indifférence entre nature et droit) est la présupposition de la référence juridique dans la forme de sa suspension. Dans toute norme juridique qui ordonne ou interdit quelque chose (...) est inscrite, comme exception présupposée, la figure pure et insanctionnable du cas d'espèce qui, dans le cas normal, réalise la transgression »². Il est assez difficile, même si on replace cet extrait dans son contexte, de comprendre ce que ces lignes veulent dire. En un sens, il semble bien que lorsqu'existe une exception à norme juridique, l'application de celle-ci soit « suspendue » pour les cas exceptés ; et de fait, s'il existe une exception à une norme, ce qui, dans le cas « normal » est défini comme une transgression, ne l'est pas dans le cas exceptionnel (la « figure pure, etc. ») ; en un

1 Schmitt, 1988, p. 23.

2 Agamben, 1995, p. 28. On omet les italiques dans la dernière phrase de la citation.

autre sens, moins trivial, on a une figure mythologique, l'« exception » qui vient miner de l'intérieur une autre figure mythologique, le « droit », qui n'existe, bien entendu, que dans l'imagination fertile de cet auteur.

Peut-être cependant ni Schmitt, lequel est pourtant célébré comme *le* penseur de l'exception³, ni les auteurs qui se réclament de lui n'entendent fournir une définition du concept d'exception. On aurait donc tort d'y chercher ce qui ne s'y trouve pas. La définition de Schmitt est naturellement taillée pour un certain contexte, celui du droit public, où certaines autorités sont généralement habilitées à prendre certains actes exorbitants du droit commun pour faire face à des situations exceptionnelles. Il n'est pas certain qu'elle soit très utile pour comprendre la fonction que revêt l'exception dans une règle triviale telle que : « les véhicules sont interdits dans le parc, sauf les ambulances ». On peut tout à fait envisager que cette exception fasse l'objet de, ou soit constituée par, une décision (de l'auteur de la règle ou de l'organe chargé de l'appliquer) mais on ne voit pas vraiment en quoi cela fait avancer la compréhension.

Or il est évident que ce n'est pas de ce genre d'exceptions dont Schmitt parle : là où nous évoquons les exceptions à la règle, Schmitt théorise la *situation exceptionnelle*. Cette distinction est essentielle, mais il est crucial pour Schmitt de *ne pas l'effectuer*⁴. Dès lors que le souverain est celui qui décide de la situation exceptionnelle, le souverain est non seulement habilité à prendre, en cas de circonstances exceptionnelles, des mesures exceptionnelles, c'est-à-dire des mesures prises *en exception* aux règles constitutionnelles, mais il décide *quand* la situation est exceptionnelle. En raison de ce postulat théorique très lourd, la définition schmittienne suppose nécessairement la confusion assumée de ces deux plans : le plan de la situation exceptionnelle (qui est un ensemble de faits) et celui des mesures prises pour y faire face (qui sont un ensemble de normes). On n'a pas d'un côté un cas exceptionnel appelant une exception à la règle – *e.g.* des « mesures exceptionnelles » dérogeant aux règles constitutionnelles –, mais une détermination, de la part du souverain, de ce qui est exceptionnel, et par là même il fera exception, pour ainsi dire, à l'ordre juridique tout entier – d'où l'insistance de Schmitt sur le fait que le souverain est « en marge de l'ordre juridique normalement en vigueur »⁵. La situation exceptionnelle est donc intrinsèquement non subsumable à la fois sous la norme et sous le « cas normal ».

Si on rejette les postulats théoriques schmittiens, on n'est plus obligé de maintenir cette fusion de l'exception comme *anormalité* (comme anomalie, comme hors du commun, comme insubsumable) et de l'exception comme *acte d'excepter*⁶ à une règle. Comme on va tenter de le montrer dans la suite de cette introduction, ces deux plans doivent être tenus conceptuellement distincts : le fait que *x* soit une exception à une règle n'a conceptuellement rien à voir avec son caractère anormal, exceptionnel, hors du commun. Dans l'exemple trivial ci-dessus, une ambulance ne semble pas être

3 Voir par exemple Gross, 2000, p. 1827 ; Dyzenhaus, 2006, p. 39.

4 Voir là-dessus, Kervegan, 2005, p. 35.

5 Schmitt, 2005, p. 17

6 On entend ici « exception » à la fois comme l'acte d'excepter et comme le résultat de cet acte.

un type particulièrement hors du commun de véhicule. Bien entendu, le caractère anormal d'un cas justifie souvent qu'on fasse une exception à la règle le concernant : c'est parce que la guerre ou l'insurrection sont des situations exceptionnelles, extraordinaires, que des régimes dérogatoires du droit commun existent pour y faire face (e.g. l'état de siège, l'état d'urgence et ainsi de suite). Mais ce « *parce que* » désigne une relation causale, et nullement une relation conceptuelle. En l'absence de telles règles exceptionnelles (i.e. de telles exceptions au droit commun), il est très probable que les règles de droit commun s'exposeront à une constante violation ; d'où le besoin de *faire exception* à ces règles. Il faut donc distinguer conceptuellement les *cas exceptés* à une règle, et les cas *exceptionnels*, extraordinaires ou hors du commun⁷.

A. « L'exception devient la règle »

Si, y compris dans le contexte dramatique de « l'état d'exception », le plan du caractère exceptionnel du cas et le plan de l'exception à la règle sont conceptuellement distincts, alors on peut se prémunir des formulations quelque peu confuses du type : « L'état d'exception est devenu la règle » ou « l'exception devient la règle »⁸. Qu'entend-on par cette expression⁹ ?

- 1° En premier lieu, on peut vouloir dire par là que ce qui était exceptionnel, hors du commun, est devenu courant. En 1920, les traversées transatlantiques en avion étaient exceptionnelles, elles sont devenues aujourd'hui monnaie courante. « Règle » est alors pris au sens de *régularité*, ou de *normalité*.
- 2° En second lieu, on peut vouloir dire que le régime des cas *exceptés* est étendu aux cas *non exceptés* : ainsi, par exemple, l'ensemble des véhicules, et non plus seulement les ambulances, sont désormais autorisés dans le parc ; ou encore, on introduit tellement d'exceptions à la règle que le scope de l'exception s'élargit au fur et à mesure que celui de la règle se rétrécit, jusqu'à ce que cette dernière devienne une coquille vide. *Règle* est alors pris au sens de *norme* (e.g. de norme juridique).

7 Une telle confusion entre cas exceptionnel et exception à la règle se trouve hélas dans la thèse, par ailleurs très intéressante, de Jean-Jacques Sarfati consacrée au « rôle créateur de l'exception en droit ». Dans l'introduction, l'auteur définit l'exception comme « tout ce qui est hors du commun, qui présente un caractère exceptionnel » (Sarfati, 2009, p. 5), puis il consacre la première section de la première partie (Sarfati, 2009, pp. 16-54) à ce qu'il appelle « l'exception-crédation du droit positif », où il retrace un historique des diverses *exceptions aux règles juridiques* introduites depuis la Révolution (comme si d'ailleurs *toutes* les exceptions à *toutes* les règles procédaient d'une même matrice, ou d'un même principe, ce qui semble quelque peu absurde). Enfin, il aborde ce qu'il appelle « l'exception fondatrice de droit » (Sarfati, 2009, pp. 55-74), qui désigne le moment exceptionnel où le droit est fondé, ou encore l'homme d'exception qui fonde l'ordre juridique. Il est manifeste que le mot « exception » est employé en un sens différent à chaque fois : une fois comme exception à la règle, l'autre comme « ce qui est hors du commun ».

8 Agamben, 2003, p. 98 *sq.* Cette formule d'Agamben repose sur une interprétation manifestement erronée d'un fragment de Walter Benjamin.

9 Pour une analyse différente de la mienne, voir Vidal-Naquet, 2014, p. 33 *sq.*

3° En troisième lieu, on peut vouloir dire que les *cas exceptés*, qui étaient auparavant *exceptionnels*, deviennent monnaie courante. Ainsi si on suppose une règle (quelque peu fantaisiste) édictée en 1920 qui interdit aux particuliers les traversées transatlantiques, *sauf en avion* ; de fait, aujourd'hui les cas exceptés se produisent avec une plus grande fréquence que les cas non exceptés. Dans ce 3^e sens, *règle* est pris au sens de régularité, mais ce qui devient régulier est non seulement le cas exceptionnel, mais l'application de la *norme* qui est prise pour y faire face.

Si la formule se comprend au premier sens, elle est à la fois non problématique et dénuée de tout intérêt : elle revient à reconnaître que le monde change. Il en va de même si elle se comprend en un second sens, puisqu'elle revient à reconnaître que les *règles* changent, ce qui n'est pas davantage une découverte. En son troisième sens, la formule signifie que les changements du monde ont pour conséquence que les exceptions s'appliquent plus souvent que la règle elle-même.

Il convient de distinguer les deuxième et troisième acceptions de cette formulation¹⁰. Lorsque l'on regrette, par exemple, que le recours à des mesures exceptionnelles « devienne la règle », on fait en réalité référence à la fréquence de mise en application des règles qui confèrent aux acteurs le pouvoir de prendre ces mesures, et qui dérogent aux règles de droit commun. Les cas exceptés qui étaient auparavant exceptionnels deviennent normaux. Supposons qu'en raison de troubles intérieurs nombreux et répétés, l'état de siège soit si souvent déclaré qu'il en devienne permanent. Dans ce cas, que se passe-t-il ? D'une part, nous avons quelque chose de hors du commun (les troubles intérieurs) qui deviennent monnaie courante (sens 1° de la formule « l'exception devient la règle ») ; d'autre part, nous avons une mise en application beaucoup plus fréquente des règles qui confèrent à l'exécutif le pouvoir de déclarer l'état de siège, qui dérogent, ou font exception, à de nombreuses autres règles (passage de l'autorité civile à l'autorité militaire, suspension des libertés individuelles, etc.). Des règles qui étaient conçues pour s'appliquer dans des cas *exceptionnels* s'appliquent plus souvent que les cas normaux (sens 3 de la formule). Mais on doit remarquer qu'à aucun moment une *nouvelle* exception n'a été introduite, et que les règles de droit commun n'ont pas été modifiées.

Pour être conceptuellement distincts, les sens 2° et 3° n'en sont pas moins souvent liés dans les faits. Ainsi typiquement, les auteurs qui emploient la formule selon laquelle « l'exception devient la règle » pour désigner l'état d'exception contemporain

10 Ce n'est cependant pas toujours évident. Considérons le fragment 619/727 (Le Guern/Lafuma) des *Pensées* de Pascal : « Ils font de l'exception la règle. Les anciens ont donné l'absolution avant la pénitence ? Faites-le en esprit d'exception. Mais de l'exception vous faites une règle sans exception ; en sorte que vous ne voulez plus même que la règle soit en exception » (Pascal, 2004, p. 382). Le problème de Pascal est-il que les exceptions sont plus *fréquentes*, *i.e.* plus fréquemment appliquées, ou bien qu'elles soient plus *nombreuses*, *i.e.* que les cas où on considérera justifié de déroger à la règle (c'est-à-dire d'introduire une nouvelle exception) sont toujours plus nombreux ? Ici tout dépend de la question de savoir si la règle « l'absolution suit la pénitence » comporte déjà une clause d'exception du type « sauf lorsque vous jugerez raisonnable d'inverser l'ordre », ou bien si chaque exception particulière est introduite au cas par cas au moment de l'application de la règle.

désigner non seulement que des phénomènes rares deviennent plus fréquents, mais que les mesures prises à leur sujet *introduisent* des exceptions beaucoup plus nombreuses aux règles de droit commun. On peut prendre l'exemple rebattu des mesures de détention indéfinie des « combattants illégaux » par l'armée américaine.

La catégorie des « combattants illégaux » n'est pas nouvelle en droit. Ainsi la décision de 1942 *Ex parte Quirin* de la Cour suprême américaine¹¹ a consacré une exception à la règle de droit international selon laquelle les prisonniers de guerre ne peuvent pas être jugés pour leurs faits de guerre¹², en mettant en avant cette catégorie de « combattants illégaux » susceptibles de comparaître devant des tribunaux militaires. De tels cas de « combattants illégaux », par définition assez rares en 1942, sont devenus beaucoup plus fréquents au fur et à mesure que des formes non conventionnelles de conflits se faisaient jour – la « guerre au terrorisme » étant la moins conventionnelle de tous. On a donc affaire à des cas exceptés plus fréquents – ce qui correspond à la *troisième acception de la formule*.

Cependant, les mesures relatives aux combattants illégaux sont elles-mêmes des exceptions aux règles fixées par la décision *Ex parte Quirin*, et plus largement à de nombreuses autres règles de droit interne et de droit international – à supposer que ces mesures constituent bien des d'exceptions à ces règles, et non pas de pures et simples violations du droit¹³. En effet, *Quirin* portait uniquement sur le principe

11 317 U.S. 1 (1942)

12 Ils peuvent naturellement être jugés (par un tribunal militaire ou civil) pour des faits illégaux commis pendant leur détention (Troisième Convention de Genève, Art. 82 et suivants). – En 1942, à l'époque de la décision *Ex parte Quirin*, c'est, bien entendu, la Convention de 1929, et non la Troisième Convention de 1949, qui était applicable.

13 Cette question est seulement en partie soluble, tant il s'agit d'un phénomène juridiquement ambigu. Dans le cas auquel on fait référence ici, qui concerne l'action des pouvoirs publics américains, on a semble-t-il affaire à une forme de violation des règles internes (par exemple la règle de l'*habeas corpus* formulée à l'art. I sec. 9 al. 2 de la Constitution américaine), même si le législateur a tenté d'introduire des exceptions à ces règles (voir *e.g.* la section §7 du *Military Commissions Act* de 2006), exceptions que la Cour suprême a déclarées invalides ; voir *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008). Eu égard à la conformité aux règles internationales, par exemple à la Troisième Convention de Genève de 12 août 1949, on a typiquement affaire à deux séries de questions, qui sont dues pour une bonne part à des problèmes d'ambiguïté ou de texture ouverte du droit. En premier lieu, se pose la question de savoir quelle est la nature du conflit entre les Etats-Unis et Al Qaida : il ne peut s'agir d'un conflit international au sens de l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève (puisque'il ne s'agit pas d'un conflit entre Etats), mais il semble difficile d'y voir un conflit non international au sens de l'article 3 commun, qui concerne *prima facie* les cas d'insurrection intérieure, de guerre civile ou coloniale. La « guerre au terrorisme » est donc difficilement subsumable sous les catégories des Conventions de Genève. Cependant, la Cour suprême américaine dans la décision *Hamdan v. Rumsfeld* 548 U.S. 557 (2006) a proposé une interprétation audacieuse des articles communs 2 et 3 afin de les rendre conjointement *exhaustifs* et mutuellement exclusifs. Le conflit non international désigne donc, à en croire la cour, tout conflit non inter-national, *i.e.* tout conflit n'intervenant pas entre Etats (voir 548 U.S. 557, 630). Par conséquent, l'article commun 3 couvre bien la « guerre au terrorisme » (ce qui était loin d'aller de soi). – En second lieu, se pose la question de savoir si les « combattants illégaux ennemis » sont des prisonniers de guerre au sens de l'article 4 de la Troisième Convention de Genève ; la décision *Quirin* peut bien entendu être invoquée pour répondre à cette question, mais il est loin d'être évident que la catégorie « combattants illégaux » dégagée par *Quirin* soit vraiment applicable aux cas en question.

d'une comparution de ces combattants devant un tribunal militaire. Le principe de la détention illimitée ou de la non-application des garanties procédurales (telles que l'*habeas corpus*) est clairement dérogoire au cadre posé dans *Quirin*. Cela correspond à la *deuxième acception* de la formule « l'exception devient la règle » : des exceptions toujours plus nombreuses sont introduites, de sorte que la règle (ici, le cadre strict de *Quirin*) ne trouve quasiment plus à s'appliquer. Le fait que cette règle faisait elle-même exception à une autre règle n'est pas pertinent ici.

B. Cas exceptés et cas exceptionnels

Une fois que l'on clarifie le contenu de la formule « l'exception devient la règle », on s'aperçoit qu'elle peut désigner des phénomènes nettement moins dramatiques que ceux qui sont impliqués dans l'« état d'exception ». De manière générale, les règles juridiques n'ont pas pour vocation de réguler des cas n'intervenant qu'une fois tous les mille ans. On préfère avoir des règles générales pour les cas normaux et des exceptions pour les cas exceptionnels *lorsque ceux-ci, pour une raison une autre, appellent une exception*.

Lorsque les cas exceptés cessent d'être exceptionnels, cessent-ils d'être des exceptions à la règle ? A cette question, on doit apporter une réponse résolument négative.

En premier lieu, il faut insister de nouveau sur le fait que tout cas excepté n'est pas exceptionnel, et tout cas exceptionnel n'appelle pas une exception à une règle, c'est la raison pour laquelle il convient de distinguer clairement les concepts de cas exceptés et de cas exceptionnels.

En second lieu, lorsqu'un cas exceptionnel appelle une règle particulière, il n'est pas nécessaire que cette règle déroge à d'autres règles du système, *i.e.* qu'elle crée une exception à cette règle¹⁴. Ainsi les règles qui, dans les bâtiments publics, prévoient la procédure à suivre en cas d'incendie sont des règles qui s'appliquent à d'autres cas que les règles « normales » du règlement de ces bâtiments ; il n'est nullement nécessaire qu'elles leur fassent exception. Deux règles différentes s'appliquant à des cas différents ne deviennent pas une règle et son exception pour la simple raison que le cas est exceptionnel.

Enfin, il se peut que les cas exceptés deviennent plus fréquents que les cas non exceptés, voire que ceux-ci disparaissent ou deviennent très rares. De manière générale, une règle qui ne régule plus aucun cas (par exemple, une règle détaillant les droits de navigation sur un fleuve asséché), on a affaire à un cas un peu inhabituel de désuétude. La désuétude s'entend généralement comme le fait qu'une règle, cessant d'être appliquée ou suivie, cesse progressivement d'être valide¹⁵ ; mais on pourrait également

14 On emploie ici « déroger » comme un synonyme de « faire exception à », « créer une exception à », etc. On procèdera à une désambiguïsation de la notion de « dérogation » dans le quatrième chapitre.

15 Comme le note Hart, 2005, p. 122, une règle inappliquée cesse d'être valide si la règle de reconnaissance le prévoit. Une règle inappliquée, voire inapplicable peut demeurer valide – voir sur ce point l'appendice de la première partie.

considérer qu'une règle qui ne s'applique plus à aucun cas est en un sens « tombée en désuétude ». Si les cas normaux disparaissent, et que les cas exceptés, autrefois exceptionnels, deviennent comparativement normaux, alors, de fait, la règle principale disparaîtra (ou deviendra complètement inapplicable) et il ne restera que l'exception qui deviendra la règle : il n'y aura plus rien à quoi faire exception. Dans un monde où il n'y aurait plus aucun conflit international, mais seulement des conflits non standard (du type « guerre au terrorisme »), de sorte qu'il n'y ait plus aucun prisonnier de guerre, alors seules les règles relatives aux « combattants illégaux » demeureraient en vigueur¹⁶. Mais cela n'est nullement dû à la nature de l'*exception à la règle* puisqu'il en irait de même si les cas exceptionnels n'appelaient pas d'exceptions à la règle. Dans une bibliothèque qui prendrait feu tous les jours à la même heure, les règles relatives aux cas exceptionnels s'appliqueraient tout le temps, tandis que les règles relatives aux cas normaux (par exemple à la communication des ouvrages, à l'accueil des lecteurs, etc.) ne trouveraient plus à s'appliquer.

Autrement dit, qu'une règle relative à des cas exceptionnels trouve davantage à s'appliquer qu'une règle relative aux cas normaux lorsque le rapport de normalité entre les cas s'inverse, c'est, encore une fois quelque chose de relativement trivial : les règles sont amenées à changer avec le monde – quoique sans doute pas à la même vitesse. Mais cela n'a absolument rien à voir avec le problème de l'exception à la règle. Le rapport de l'exception à la règle est une relation logique qui est conceptuellement indépendante de l'exceptionnalité des cas.

Où passe la distinction entre cas exceptés et cas exceptionnels ? De fait, on voit à peu près ce qu'est un cas exceptionnel : Michel-Ange et Rembrandt sont des artistes exceptionnels ; si tous les peintres du dimanche étaient aussi talentueux, Michel-Ange et Rembrandt seraient sans doute moins exceptionnels. De fait, l'hypothèse de normalité sur fond de laquelle se détache la figure exceptionnelle (la guerre se détache sur fond de paix, le grand musicien sur fond de soupe et le grand peintre sur fond de croûtes) ne repose pas uniquement sur l'observation de régularités factuelles : si Rembrandt est exceptionnel, c'est parce que son talent est unique, et qu'on ne peut même pas le mettre dans la même catégorie que le peintre du dimanche (ici, on trouve bien un cas de subsomption difficile tel que le suggère Schmitt). Si nous jugeons une situation exceptionnelle, c'est aussi en raison de postulats normatifs et axiologiques sur ce qui est *commun* et *hors du commun*. Cependant, un postulat normatif ou axiologique n'est pas une norme. Rembrandt ne constitue pas une exception à une putative règle selon laquelle les peintres devraient être de talent moyen.

Reste à savoir ce que veut dire excepter un cas à une règle. La prise en charge d'une telle question et la justification de sa réponse suppose une étude analytique des rapports entre la règle et l'exception dans un contexte juridique. Cela implique d'extraire le concept d'exception du contexte dramatique (le fameux « état d'exception ») où il est souvent envisagé (la dictature constitutionnelle, les mesures d'urgence, la « guerre contre le terrorisme », Guantanamo, etc.), en partie parce que ce contexte

16 Cela dit, elles resteraient toujours des exceptions voire des violations aux règles de droit interne.

tend, en raison de sa charge politique ou émotionnelle, à brouiller des relations conceptuelles qui sont pourtant fort claires.

Cela ne veut pas dire que, pour reprendre la formule de Michel Troper¹⁷, il « n'y a[il] rien d'exceptionnel dans l'état d'exception » : après tout, les mesures relatives à l'état d'exception sont exceptionnelles, dans la mesure où elles sont peu fréquentes (l'état d'urgence n'est pas déclaré tous les premiers samedis du mois) ; elles concernent des cas qui sont eux-mêmes assez exceptionnels, dans la mesure où ils n'interviennent pas si souvent ; enfin elles comportent bien des exceptions¹⁸ à des règles. Par exemple, une clause constitutionnelle qui attribue au président de la République des pouvoirs exceptionnels – *e.g.* l'article 16 de la Constitution française – fait bien exception, dans des cas sans doute eux-mêmes exceptionnels, aux règles définissant ses pouvoirs normaux et ceux des autres organes constitutionnels¹⁹. De fait l'article 16 n'est pas tout à fait analogue à la règle sur la procédure à suivre en cas d'incendie dans la bibliothèque, où on a bien un cas normal et un cas exceptionnel, auxquelles s'appliquent deux règles différentes²⁰. En l'absence de règles (constitutionnelles ou jurisprudentielles) conférant au président des pouvoirs exceptionnels en cas de circonstances exceptionnelles, celui-ci prenant, dans ces circonstances, des décisions sur des matières législatives ou contraires aux droits et libertés reconnus par la Constitution, violerait le droit ; s'il n'y a pas une telle violation, c'est que la Constitution lui confère le pouvoir de le faire, c'est-à-dire émet une règle entrant en conflit avec les règles constitutionnelles d'attribution des pouvoirs, et la fait prévaloir sur celles-ci dans les cas effectivement très exceptionnels mentionnés à l'article 16 al. 1. – le fait que ces circonstances ne soient

17 Troper, 2011, p. 99.

18 On emploie parfois à ce sujet le vocabulaire quelque peu métaphorique de la « suspension ». On dit que l'article 16, lorsqu'il est mis en œuvre, suspend la Constitution. Ce qu'une telle expression signifie, c'est que lorsque surviennent des circonstances très graves (telles que celles détaillées à l'article 16 al. 1), alors les règles constitutionnelles (qui sont très largement des règles d'habilitation, *i.e.* des règles conférant des pouvoirs) ne sont pas *applicables* aux décisions du président de la République. C'est en ce sens que l'article 16, qui habilite le président à prendre ces décisions, crée une exception aux règles d'attribution et de répartition normale des pouvoirs.

19 Critiquant les thèses d'Agamben selon lesquelles l'état d'exception consiste en une suspension du droit (voir *e.g.* Agamben, 2003, p. 71 *sq.*), Michel Troper a raison de souligner que l'état d'exception (*e.g.* l'article 16) ne rend pas inapplicables *toutes* les règles juridiques, mais seulement les règles d'habilitation relatives aux pouvoirs des divers organes constitutionnels (Troper, 2011, p. 103).

20 Selon Michel Troper, « puisque le droit s'applique toujours en période normale comme en période exceptionnelle, il existe bien deux séries de règles de droit, applicables pour deux types de situations différentes et l'état d'exception n'a rien d'exceptionnel » (Troper, 2011, p. 109). Michel Troper a tout à fait raison de soutenir que, dans l'état d'exception, le droit s'applique tout autant qu'en période exceptionnelle (sauf, peut-être, en cas de révolution, de coup d'Etat, où l'on semble passer d'un système juridique à un autre, et encore – il y aura typiquement un processus de réception de normes). Cependant, il y a ambiguïté sur les « situations différentes ». À quel égard sont-elles différentes ? Naturellement, elles sont factuellement différentes ; mais elles ne sont pas nécessairement différentes au regard du droit. Si elles le sont, c'est parce qu'une exception les soustrait aux règles de droit commun. Si la Constitution ne possédait pas l'article 16 – et en l'absence de la jurisprudence des circonstances exceptionnelles du Conseil d'Etat – alors les propriétés « menace grave pour l'intégrité du territoire, l'indépendance de la Nation, etc. » (*vide* art. 16 al. 1), ne seraient pas pertinentes au regard du droit, et il faudrait reconnaître que le président prenant, dans ces circonstances exceptionnelles, des décisions sur des matières législatives ou contraires aux droits fondamentaux *violait* le droit.

pas précisément définies et que leur détermination soit laissée à la discrétion du président n'est pas pertinent ici²¹. Comme on le verra dans la suite de ce travail, l'exception suppose un conflit résolu de normes : dans certains cas, la norme victorieuse crée une exception à la norme défaite. Ici, lorsque surviennent les circonstances détaillées à l'article 16 al. 1, l'article 16²² défait toute autre règle constitutionnelle entrant en conflit avec elle. Par contraste, dans l'exemple de la bibliothèque en flammes, en l'absence de règles relatives aux procédures à suivre, les actions prises pour faire face au danger n'entreront pas en conflit avec les règles du règlement de la bibliothèque. Dans ce cas, on a bien deux règles différentes pour deux situations différentes.

De fait l'« état d'exception » contemporain est un phénomène très complexe faisant intervenir une multitude d'acteurs et des normes de niveaux divers (de droit interne ou de droit international), et constituant un écheveau au sein duquel il est très difficile de démêler les exceptions aux règles, les formes d'indétermination sémantique (de vague, de texture ouverte du droit), les lacunes des ordres juridiques, les violations pures et simples du droit. La tâche est de surcroît compliquée par le fait que les questions morales et politiques²³, que le contenu des mesures d'exception soulève, sont tellement massives qu'elles ont tendance à occulter ou à contaminer les aspects proprement juridiques du problème.

Ces aspects pathétiques de l'« état d'exception » sont à la source de nombreuses confusions conceptuelles entre cas exceptés et cas exceptionnels, entre exception à une règle et exceptionnalité (caractère hors du commun) de l'application de l'exception. Si l'on veut penser l'exception en droit, il convient donc de prendre congé de l'état d'exception. Il faut partir d'un modèle simple, celui d'un ensemble de règles dotées d'exceptions, et de voir comment ce modèle fonctionne²⁴. De fait, une telle entreprise, en dépit de son caractère aride, peut permettre de jeter une lumière nouvelle sur la nature de l'état d'exception, dont l'intérêt ne se limite pas aux questions morales ou politiques qu'il suscite. Il vaut la peine de se demander où sont les exceptions dans les droits publics d'exception contemporains – quand bien même la réponse serait très décevante ou très déflationniste –, mais cette question ne peut être envisagée que

21 Comme le fait remarquer Michel Troper lui-même (Troper, 2011, p. 106).

22 Bien entendu, l'article 16 ne constitue pas une seule norme, mais comprend plusieurs normes. On laisse ce point de côté par souci de simplification du propos.

23 Il convient de souligner que ces aspects ne sont évidemment pas négligeables, et ils constituent l'objet de l'immense littérature qui a écloso sur « l'état d'exception » après les attentats du 11 septembre 2001 et les diverses mesures d'exception qui se sont ensuivies.

24 Pour ce faire, on n'a pas besoin de supposer une décision souveraine à chaque fois qu'il est fait une exception. Ce point, d'apparence triviale, mérite d'être rappelé, car certains auteurs sont prompts à sauter sur la première occasion venue pour dérouler leur bréviaire schmittien. Ainsi, répondant à un article de Frederick Schauer sur les rapports logiques entre règles et exceptions (Schauer, 1991a) – article que l'on examinera plus longuement au chapitre 6 –, Jeremy Stein (Stein, 2007, pp. 99-100) s'appuie d'emblée sur Schmitt et la décision souveraine pour soutenir l'idée que l'exception suppose toujours l'exercice d'un « pouvoir véritable » et, par conséquent, que les exceptions ne peuvent pas être des « corrections mineures » à une règle. Ici encore on a une confusion entre l'exception et l'exceptionnel, entre les rapports logiques entre règles et exceptions et les rapports factuels ou axiologiques entre normalité et exceptionnalité.

si on détermine auparavant ce qu'est une exception, et quelle est la fonction que les exceptions jouent en droit et dans le raisonnement juridique. Ici comme ailleurs, une question de philosophie du droit appliquée, en l'occurrence de théorie du droit public, peut recevoir un éclairage particulier de la réponse préalablement apportée à des questions analytiques plus fondamentales de théorie générale du droit²⁵.

II. L'EXCEPTION ET LA RÈGLE : ENJEUX CONCEPTUELS

A. Faire une exception

Pour tenter de comprendre ce qu'est une exception à une règle²⁶, et ce qu'est, par conséquence un cas excepté, il peut être utile d'analyser l'expression « faire une exception ». Cette expression désigne généralement une situation où une règle est applicable, devrait s'appliquer, et où on a pourtant une raison de ne pas l'appliquer : on fait alors une exception. L'exception ne peut, intuitivement, pas être une pure et simple violation de la règle. Elle suppose à la fois que la personne qui l'introduit soit habilitée par le système juridique à le faire, et que la raison de ne pas appliquer la règle soit d'une manière ou d'une autre acceptable. L'exception suppose donc un contexte d'application de la règle, contexte qui peut être réel ou hypothétique. Dans un contexte réel d'application de la règle, c'est l'organe chargé de l'application qui introduit l'exception à la règle. Dans un contexte hypothétique, c'est l'auteur de la règle qui, se demandant ce qui se passerait si la règle qu'il s'apprête à promulguer était appliquée dans tel ou tel cas, s'aperçoit qu'il a une raison de soustraire ce cas à l'application de la règle : s'il était à la place de l'organe d'application, il ferait une exception.

Que se passe-t-il lorsque l'auteur fait une exception²⁷ ? Il exclut un certain nombre de cas (*e.g.* les ambulances) du scope de la règle (les véhicules entrant dans le parc). Mais cela ne veut pas dire que toute exclusion de cas du scope de la règle constitue une exception ou, tout au moins, constitue une exception intéressante²⁸. En effet, bien souvent les énoncés normatifs (c'est-à-dire les formulations des règles) contiennent des marqueurs syntaxiques d'exception : *à moins que, sauf si, à l'exception*

25 De fait, au grand regret de son auteur, le présent travail laisse assez largement de côté les questions de droit public et d'état d'exception. On trouvera néanmoins au sixième chapitre une étude d'un point de droit positif, la jurisprudence des circonstances exceptionnelles du Conseil d'Etat français, dont l'analyse sera légèrement plus poussée que pour les autres exemples mobilisés dans ce travail.

26 Dans la présente introduction, on emploie de manière assez lâche « règle » et « norme », la première étant définie de manière imprécise comme une norme générale, et les deux étant globalement interchangeables. On tentera d'apporter dans la première partie de ce travail des définitions plus précises.

27 Il se peut que l'auteur de la règle et l'organe d'application soient une seule et même personne ou un seul et même organe. Cela n'a aucune incidence ici, mais il convient de maintenir une distinction nette entre le temps de la création de la règle et celui de son application (réelle).

28 Ici, comme ailleurs, la question de savoir si la soustraction d'un cas au scope de la règle constitue ou non une exception dépendra largement de définitions stipulatives.

de, mais cela ne veut pas dire que les clauses introduites par ces marqueurs soient nécessairement des exceptions, ou, tout au moins, que ces exceptions soient conceptuellement intéressantes. Considérons la règle : « le magasin est ouvert tous les jours, sauf le lundi ». Une telle règle peut fort bien se reformuler de la manière suivante : « le magasin est ouvert du mardi au dimanche » ; « le magasin est fermé le lundi ». Intuitivement, on a davantage affaire à une restriction du scope de la règle qu'à une exception, ou en tout cas il s'agit d'une exception en un sens très faible.

Comparons, maintenant, avec la règle suivante : « les véhicules sont interdits dans le parc, sauf les ambulances ». On pourrait certes opérer la même reformulation que plus haut : les véhicules qui sont des ambulances sont autorisés dans le parc ; les véhicules qui ne sont pas des ambulances sont interdits dans le parc. Une telle reformulation est néanmoins problématique et elle passe à côté de la fonction que joue le marqueur « sauf » ici. En effet, dans notre exemple, l'important n'est pas que les exceptions soient exclues du scope de la règle, mais au contraire qu'elles y appartiennent *prima facie*. En énonçant la règle, le législateur s'aperçoit qu'en raison de sa généralité, elle serait *applicable* aux ambulances et, pour une raison ou une autre, cette applicabilité s'avère problématique. A un très bref moment, même infime, la règle a été applicable aux cas désormais exceptés²⁹.

Par contraste, le propriétaire du magasin qui énonce la règle : « le magasin est ouvert tous les jours sauf le dimanche » use uniquement d'une *commodité de langage*. La règle : « le magasin est ouvert toute l'année, sauf les lundis, les jours fériés et les fêtes » est plus praticable que « le magasin est ouvert du 2 janvier au 5 janvier, du 7 janvier au etc. » ; « le magasin est fermé le 1^{er} janvier, le 6 janvier... ». Ici, le marqueur « sauf » est utilisé comme un raccourci linguistique, à même d'identifier de manière rapide et saillante les cas qui sortent du scope de la règle.

En revanche, il y a quelque chose de plus dans l'exemple de la règle sur les véhicules dans le parc : l'exception répond à un réquisit normatif³⁰. L'auteur *fait* une exception, parce que la règle, sans cette exception-ci, serait insatisfaisante, du point de vue des justifications d'arrière-plan de la règle ou des considérations normatives extérieures à celles-ci. Une exception est donc conceptuellement plus riche que la simple exclusion d'un cas du scope de la règle ; elle suppose que l'inclusion du cas dans la règle serait insatisfaisante pour une raison ou une autre. Cette insatisfaction provient du fait que le cas excepté présente l'*ensemble* des propriétés communes aux cas non exceptés – ce sont tous des véhicules, c'est-à-dire des engins automoteurs, à roues, etc.³¹ –, mais présente

29 Voir à ce sujet, *infra*, la position de Bruce Chapman.

30 Bien entendu, le propriétaire du magasin a des *raisons* de fermer boutique un jour par semaine (le repos de ses salariés, la mise en conformité avec le droit du travail, etc.) ; mais ces raisons sont indifférentes au fait que la boutique soit fermée ce jour-ci plutôt que ce jour-là. Les ensembles « tous les jours moins lundi » ou « tous les jours moins mardi » sont indifférents. En revanche, « tous les véhicules moins les ambulances » et « tous les véhicules moins les grosses cylindrées » ne sont pas indifférents normativement.

31 Comme on le verra au chapitre 7, « véhicule » est typiquement un terme qui *ne se laisse pas* définir au moyen de propriétés essentielles suffisantes et nécessaires. Cependant, il suffit ici que l'ambulance ait

une *propriété* supplémentaire (celle d'être une ambulance, précisément, *i.e.* un véhicule destiné au transport des malades). Par contraste, le propriétaire du magasin a peut-être une raison impérieuse de fermer boutique tous les lundis. Cependant, on dit qu'il fait une exception regardant les lundis, que si, en l'absence de cette raison impérieuse, il ouvrirait le magasin *tous les jours*. Or il semble que, d'emblée, le propriétaire souhaite n'ouvrir son magasin que 6 jours sur 7 – et il aura sans doute une raison de choisir tel jour plutôt que tel autre. Par contraste, la notion d'exception suppose qu'au départ, la règle était applicable au cas excepté – et c'est cela qui pose problème.

Si on passe maintenant au contexte réel d'application, c'est-à-dire au contexte où la seconde personne du dialogue, *i.e.* l'organe d'application, entre en jeu, on s'aperçoit que, fondamentalement, *faire* une exception signifie la même chose que dans le contexte précédent. Un juge fera une exception lorsque le cas présentera une propriété qui, pour une raison ou une autre, *aurait dû* être tenue pour pertinente au moment où la règle a été énoncée³². Que le législateur ait considéré cette propriété et ne l'ait pas jugée pertinente ou qu'il ne l'ait pas du tout considérée n'est pas d'une grande importance ; la marge de manœuvre du juge dépendra du scope de son habilitation et de la force de conviction des arguments qu'il aura à proposer³³.

Que l'exception soit introduite au moment de la création comme au moment de l'application de la règle, elle marque nécessairement un *échec* de cette dernière. Le rapport entre une exception à une règle n'est pas le rapport entre deux règles s'appliquant à deux cas différents. L'exception est subsumable sous la règle, la règle lui est donc *prima facie* applicable. Idéalement, la règle devrait s'appliquer à l'ensemble d'une classe de cas caractérisée par une propriété commune. En effet, l'un des aspects intéressants d'une règle est qu'elle fournit un verdict uniforme à des cas semblables sous un certain rapport. Je vois un camion entrer dans le parc, je m'aperçois de ce que le véhicule cause un trouble grave à la tranquillité publique, je décide donc de l'expulser ; je vois ensuite une voiture, elle est un peu moins bruyante, mais néanmoins de nature à troubler la tranquillité publique, je l'expulse également, et ainsi de suite. Une telle procédure est coûteuse – je dois peser à chaque fois les mérites particuliers des cas – et elle est partiellement inefficace – le mal est déjà fait, les véhicules ont déjà causé toutes sortes de troubles. Une règle permet d'effectuer, de manière hardie, une généralisation³⁴ à partir d'une propriété commune (ici le fait qu'il s'agisse de véhicules) et de fournir un verdict normatif clair permettant de *prévenir* les cas désagréables, par

l'ensemble des *propriétés normales* des véhicules (après tout, il ne s'agit que d'une camionnette repeinte et rehaussée d'un gyrophare et d'une sirène).

32 Parler d'énonciation de la règle peut prêter à confusion ici. On ne suppose pas que le seul couple existant soit le couple législateur/juge. La règle peut être d'origine jurisprudentielle ou coutumière. Simplement pour qu'il fasse sens de parler d'exception, il faut que les propriétés des cas régulés par la règle soient *grosso modo* fixées par la pratique jurisprudentielle ou au fil de la coutume, de telle manière que le cas exceptionnel soit subsumable sous la classe de cas régulés par la règle.

33 Il va de soi que si l'auteur de la règle a considéré cette propriété et a jugé qu'elle appelait une exception qu'il a dûment introduite, alors la tâche du juge est très aisée.

34 Tout ce propos s'inspire librement de la théorie de Frederick Schauer (Schauer 1991b) qui sera longuement étudiée dans le chapitre 6.

exemple en *guidant* le comportement des conducteurs de véhicules. Or l'exception m'oblige à retourner aux cas particuliers et à peser leurs mérites ; bien entendu, l'auteur de la règle (contrairement au juge) ne contempera pas des cas particuliers, mais des sous-classes de cas – non pas telle ambulance, mais les ambulances en général. Mais dans les deux cas, on a affaire à un échec de la généralisation et, par conséquent, à un échec de la règle.

De fait, la généralisation procède sur le fondement d'une hypothèse de *normalité*. Ce qui ne veut pas dire que les cas exceptés soient nécessairement *exceptionnels*, au sens de hors du commun, mais qu'ils présentent en tout cas une propriété supplémentaire qui est pertinente d'un point de vue normatif. Bien entendu, l'ensemble des propriétés qui pourraient être normativement pertinentes ne sont pas prévisibles à l'avance ; en particulier, les cas *véritablement* exceptionnels, qui présentent une propriété unique, non réitérable, ne se laissent même pas envisager à l'avance. La règle ne peut prévoir l'ensemble des cas qui pourraient avoir les propriétés à partir desquelles la généralisation a été effectuée. Comme l'écrit Aristote : « La loi est toujours quelque chose de général, et (...) il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude. (...) La loi n'en est pas moins sans reproche, car la faute n'est pas à la loi ni au législateur, mais tient à la nature des choses, puisque dans leur essence, même la matière des choses de l'ordre pratique revêt ce caractère d'irrégularité. »³⁵ On trouve la même idée, formulée quasiment dans les mêmes termes, dans le Digeste (I, 3, 10) : « Les lois et sénatus-consultes ne peuvent point être conçus de manière à embrasser tous les cas possibles ; il leur suffit de prévoir ceux qui arrivent le plus fréquemment. »³⁶ Selon Thomas d'Aquin, il en va ainsi de toute loi, y compris la loi naturelle : « Plus on descend aux détails, plus les exceptions se multiplient. »³⁷

Cependant, toute propriété exceptionnelle ne fournit pas une *raison* pour excepter le cas à la règle. Si un extraterrestre arrive à l'entrée du parc au volant d'une deux chevaux, le fait qu'il s'agisse d'un cas en tous points exceptionnels ne justifiera pas nécessairement une exception à la règle qui lui interdit d'entrer avec son véhicule dans le parc. Pour prendre un exemple un peu moins fantaisiste, la théorie des circonstances exceptionnelles³⁸ en droit administratif français a été formulée afin que la seule occurrence d'une « circonstance exceptionnelle » (la guerre, exceptionnelle par rapport à la paix) ne justifie pas toutes les déviations de la légalité et qu'il ne faille reconnaître des exceptions possibles au principe de légalité que lorsque les circonstances le *justifient*.

35 Aristote, 2001, p. 267.

36 *Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri.*

37 Thomas d'Aquin, 1993, p. 594 (*Somme Théologique*, Ia-IIae, Q. 94, A. 4, Resp.) Thomas reprend l'exemple platonicien du dépôt – si un ami, m'ayant remis en dépôt un stock d'armes, souhaite se les voir restituer afin d'en user à mauvais escient, la loi naturelle qui m'exhorte à les lui remettre connaît une exception.

38 On renvoie à la présentation plus substantielle qui en sera donnée au chapitre 6.

Bien entendu, un tenant de la « théorie de l'état de guerre »³⁹ soutiendra au contraire que le simple fait de la guerre justifie toujours des exceptions à la légalité de paix. Dans les deux cas, on argue que l'exceptionnalité du cas *fournit une raison* pour l'exception ; le désaccord porte sur le type de situations faisant naître une telle raison.

De fait, il y a toutes sortes de raisons d'exclure des cas du scope de la règle, *i.e.* de faire une exception. On peut d'ailleurs faire une exception pour de mauvaises raisons, voire sans raison, de manière purement arbitraire. Si j'énonce la règle « tous les véhicules sont interdits dans le parc, sauf le Hummer de mon beau-frère », je fais une exception pour des raisons qui sont *prima facie* mauvaises (ici, l'attachement que je porte à mon beau-frère). De même, si j'énonce la règle : « tous les véhicules sont interdits dans le parc, sauf ce carbiolet-ci à pois verts », je fais une exception de manière purement arbitraire. Dans les deux cas, il est irrationnel de faire une exception, et une exception irrationnelle demeure une exception ; il demeure qu'une exception est toujours ce au sujet de quoi on demandera des raisons.

L'exception (même introduite au moment de l'édiction, et non de l'application⁴⁰) représente un échec de la règle. Lorsque j'introduis une règle, je le fais afin de généraliser au maximum les cas où je n'aurai plus à effectuer des pesées de raisons. Lorsque je fais une exception, je fais échouer la généralisation, puisque je procède, de fait, à une nouvelle pesée des raisons. C'est à l'aune de ce postulat que l'on peut comprendre la formule célèbre de Pascal : « Il est fâcheux d'être dans l'exception de la règle ; il faut même être sévère et contraire à l'exception, mais néanmoins comme il est certain qu'il y a des exceptions de la règle, il faut en juger sévèrement, mais justement. »⁴¹ Selon Pascal⁴², lorsqu'il existe une règle, l'exception est d'autant plus fâcheuse qu'elle semble nécessaire : il faut faire preuve de *sévérité* à son égard, c'est-à-dire se retenir autant que faire se peut de faire des exceptions, y compris lorsqu'on aurait, semble-t-il, de bonnes raisons de le faire. Cependant, cette sévérité ne saurait être absolue et elle doit être contrebalancée par la justice : il est inévitable qu'il y ait des exceptions. Mais une exception, même inévitable, c'est-à-dire même juste, demeure insatisfaisante.

Quand bien même les raisons de faire une exception sont impérieuses, et que l'on a donc non seulement la permission, mais le devoir moral de faire une exception, l'exception reste insatisfaisante *du point de vue* de la règle. – Ici, l'enjeu n'est pas de savoir si on peut avoir le droit, voire le devoir moral de jamais faire des exceptions à nos règles, question qui, en matière de règles juridiques, est vite résolue (affirmativement).

39 La distinction entre circonstances exceptionnelles et état de guerre a été soulignée de manière emphatique par Hauriou dans sa note sous l'arrêt *Dol et Laurent* du Conseil d'Etat (CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*). Voir Hauriou, 1929, p. 68 *sq.*

40 Etant entendu que, lorsque j'introduis une exception au moment de l'application, j'introduis une nouvelle norme (*e.g.* « les ambulances ont permission d'entrer dans le parc »), ou, à tout le moins, je la rends explicite. La question de savoir si cette norme était, pour ainsi, dire *déjà là* dans le droit ne se pose pas à ce stade de l'analyse.

41 Fragment 548/648 (Le Gern/Lafuma) des *Pensées* (Pascal, 2004, p. 365).

42 On ne prétend pas ici fournir une interprétation de ce passage qui soit complète, ni même exacte d'un point de vue pascalien.

– L'enjeu est purement conceptuel : l'exception, même la plus bénigne, est une menace pour la généralisation, et par conséquent entre en tension avec la règle. C'est ainsi que Kant, à la fin de la première section de *Vers la paix perpétuelle*, dans une note en bas de page très dense, condamne les procédés qui consistent à généraliser, puis à introduire, au cas par cas, des exceptions (Kant, dans ce passage, assimile les lois à des normes d'obligation ou d'interdiction, et les exceptions à des normes permissives). Le propos porte ici sur les « lois civiles (statutaires) » :

La loi d'interdiction se présente seule, alors que la loi de permission n'est pas introduite comme condition restrictive (comme elle devrait l'être), mais est rejetée parmi les exceptions. – On dit alors : ceci ou cela est interdit, *exception faite* de l'article 1, de l'art. 2, de l'art. 3, etc. et à perte de vue, puisque les permissions s'ajoutent à la loi seulement de manière contingente, non selon un principe, mais par tâtonnement parmi les cas qui se présentent ; sinon en effet les conditions auraient dû être introduites *dans la formule de la loi d'interdiction*⁴³.

Selon Kant, il y a une distinction fondamentale entre une norme formulée ainsi : « si *x* est un véhicule autre qu'une ambulance, alors il est interdit de faire entrer *x* dans le parc » et la norme « si *x* est un véhicule, alors il est interdit de faire entrer *x* dans le parc, sauf si *x* est une ambulance, une voiture de police, etc. ». Il ne s'agit pas d'une simple différence stylistique, mais de deux conceptions de ce qu'est une norme. La première norme est *universelle*. Elle s'applique à *tous* les cas tombant sous son antécédent, à tous les « véhicules n'étant pas des ambulances » : *d'emblée*, les ambulances sont exclues du scope de la règle. La seconde norme est seulement *générale*. Elle s'applique en gros aux véhicules, et *après coup* on restreint le scope de la règle en introduisant des exceptions au petit bonheur, en fonction des cas. Lorsqu'on a une seule et unique exception, reformuler la deuxième norme pour la transformer dans la première est chose aisée ; mais lorsqu'on a affaire à une liste étendue d'exceptions, même finie, une telle transformation est impossible : la classe de cas régulée par la règle ne forme plus un tout cohérent, mais se détache en creux à travers les exceptions. Or, selon Kant, il entre dans le concept d'une loi (ou d'une norme) qu'elle soit universelle⁴⁴ ; par là, Kant n'entend pas importer, de sa philosophie morale, le concept d'universalisation. Il indique uniquement que lorsqu'une règle possède un scope donné, elle doit être applicable dans

43 Kant, 2006, p. 82. Kant poursuit : « ... qui serait devenue en même temps une loi permissive ». Les traducteurs, dans l'édition que nous avons utilisée, traduisent « *zugleich* » – que nous rendons par « en même temps » – par « du même coup », ce qui laisse à penser que la norme prohibitive serait transmuée en une norme permissive. Ce n'est évidemment pas ce que Kant veut dire. La norme demeure une norme d'interdiction ; mais (dans notre exemple) du fait que la classe de cas est définie de manière à ne pas inclure les ambulances, ces dernières sont, de ce fait, non interdites, c'est-à-dire permises. On a ici un concept de permission *faible*, qui est le résultat de l'absence d'une interdiction. Cependant, la norme elle-même demeure une norme prohibitive en ce qui concerne les véhicules qui ne sont pas des ambulances. La notion de *lex permissiva* chez Kant est cependant ambiguë, en ce qu'elle oscille entre permission faible, résultant d'une simple absence d'interdiction (voir Kant, 1988, p. 97), et une permission forte, procédant d'une *lex* proprement dite (c'est le cas dans la fameuse « *lex permissiva* de la raison pratique » introduite par Kant dans Kant, 1988, p. 121) – sur la distinction entre permission faible et forte, on renvoie à von Wright, 1963, p. 86 et à Alchourrón et Buljgin, 1971, p. 126.

44 Kant, *ibid.*

l'ensemble de ce scope – qui peut être plus ou moins large. Les exceptions rendent la règle uniquement « générale » dès lors qu'il est impossible d'embrasser *ab initio* d'un seul regard le scope de la règle ; cela veut dire que la généralisation (chez Kant, l'universalisation) a soit été mal effectuée, soit qu'elle est purement et simplement impossible.

Kant effectue donc une première distinction entre les qualifications (ou conditions négatives) de la règle, qui supposent une généralisation couronnée de succès (on généralise jusqu'à la limite des cas exclus du scope de la règle) et les exceptions qui viennent, après coup, restreindre du champ d'application de la règle des cas qui devraient y être inclus, ce qui indique qu'au départ, une mauvaise généralisation a été faite. Lorsque la généralisation est possible jusqu'à la limite des cas exclus, alors on peut embrasser du regard l'ensemble des cas régulés par la règle, et la règle devient universelle ; lorsqu'elle n'est possible que dans une moindre mesure, la règle est purement générale, et c'est du reste la raison pour laquelle on peut continuer à introduire des exceptions *ad libitum*.

Cependant, Kant a tort de supposer que le rapport règle/exception soit une relation entre une norme d'interdiction (ou d'obligation) et une norme permissive. Il peut bien sûr y avoir des exceptions à des normes permissives. Par exemple, l'article 552 du Code civil dispose que « Le propriétaire peut faire au-dessus [du sol] toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre "Des servitudes ou services fonciers" ». Le modèle règle/exception est exactement le même que celui établi par Kant, mais le rapport d'interdiction à permission est inversé.

B. « *Exceptio probat regulam in casibus non exceptis* »

De ce qui précède, il résulte que l'exception ne correspond conceptuellement pas à n'importe quelle condition négative, ou qualification négative, de la règle. Le propos ici ne porte pas sur la formulation de la règle : toute règle comportant une liste close d'exceptions peut être reformulée pour ne comporter que des conditions négatives. « Si A alors B, sauf si C » deviendra « Si A et si non-C alors B ». Cependant, non seulement les exceptions jouent dans le raisonnement juridique un rôle différent que les conditions négatives (ce qu'on évoquera dans la prochaine section), mais de surcroît, l'exception suppose un échec partiel de la généralisation.

En effet, au moment où j'énonce la règle, je peux, pour définir les cas auxquels elle s'applique, généraliser non seulement à partir de propriétés communes de ces cas, mais également à partir de propriétés que les cas n'ont pas. Dans cette situation, les conditions négatives sont saisies au sein de la généralisation même (c'est le modèle que, dans la citation ci-dessus, Kant favorise), puisque l'absence de ces propriétés fournit une raison pour l'adoption de la règle. Prenons l'exemple (que j'emprunte à Giovanni Sartor⁴⁵, en adaptant du droit italien au droit français) des règles relatives à la répétition de l'indu. Le caractère indu d'un bien ou d'une somme n'en est pas une

45 Sartor, 1993, p. 290.

propriété positive ; un bien est indu, lorsqu'il n'est pas dû, c'est-à-dire lorsque n'existe pas pour l'*accipiens* un titre sur ce bien. C'est précisément le fait que ce bien n'a pas une certaine propriété (la propriété d'être dû en vertu d'un titre, par exemple) qui me fournit une raison de généraliser, et par conséquent d'obtenir une règle, par exemple l'article 1376 du Code civil : « Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. »⁴⁶ Si on met de côté les propriétés « sciemment ou par erreur », qui sont conjointement exhaustives et mutuellement exclusives, on obtient, en simplifiant : « si x reçoit une somme y et que y est non due, alors x doit restituer y ». La propriété négative « non due » est celle qui est retenue comme pertinente au moment de la généralisation. De fait, on conçoit mal de reformuler cette règle en : « si x reçoit une somme y , alors x doit restituer y , sauf si y était due ». Il en résulte que si toute exception peut être reformulée comme une condition négative, l'inverse ne tient pas : la raison en est que l'exception, contrairement à la condition négative, contient une propriété qui n'est pas celle qui fournit une raison à la généralisation et à l'édition de la règle qui en résulte. Bien au contraire, l'exception présente une raison d'aller contre la règle. Cependant *une fois introduite*, elle pourra tout à fait se comporter comme une condition négative, et être, pour ainsi dire, normalisée dans l'antécédent de la règle : cela tient à des traits contingents du raisonnement juridique que l'on envisagera dans la prochaine section.

C'est à l'aune de cette tension entre l'exception et la règle que l'on peut envisager l'expression selon laquelle *l'exception confirme la règle*⁴⁷, ce par quoi on traduit usuellement la formule latine *exceptio probat regulam in casibus non exceptis*. L'origine de cette formule n'est pas établie et elle est sujette à d'importantes variations (on trouve parfois « *figit* » à la place de « *probat* » et « *de rebus non exceptis* » à la place de « *in casibus non exceptis* »). Cet adage peut prêter à plusieurs interprétations, qui portent en particulier sur le sens de « *probat* »⁴⁸. On peut en premier lieu se rapporter au *Pro Balbo* de Cicéron, que d'aucuns voient comme le père sinon de la formule, du moins de l'idée qu'elle véhicule. Cicéron était chargé de défendre le sieur Lucius Cornelius Balbus, qui, originaire de Gadès (Cadix) en Espagne, s'était vu conférer la citoyenneté romaine, avant d'occuper de hautes charges, jusqu'à devenir consul ; c'est cette citoyenneté qui était disputée et faisait l'objet du procès. Le procureur arguait de ce que Rome avait signé des traités avec divers peuples comportant des clauses faisant obstacle à l'attribution de la citoyenneté romaine aux ressortissants de ces derniers ; et bien que le traité signé avec Gadès ne mentionnât rien à ce sujet, il était d'avis

46 Là-dessus, on renvoie aux analyses pénétrantes de Vidal-Naquet, 2014, p. 26 sq.

47 On passe ici sur le sens ordinaire de cette expression, qui est généralement employée pour désigner des régularités statistiques (hasardeuses) et non des règles. Ainsi du dialogue suivant entre A et B. A : « à chaque fois que j'ai été en Bretagne, il a fait beau » ; B : « mais la dernière fois que tu y as été, il a fait un temps exécrable » ; A : « c'est l'exception qui confirme la règle ». Ce que l'on veut dire c'est qu'un seul *contre-exemple* ne suffit pas à réfuter une généralisation empirique ; selon A, qu'il pleuve en Bretagne est *exceptionnel*, ce n'est pas le cas *normal* (ce en quoi A a probablement tort, d'ailleurs). Ce n'est évidemment pas de cela qu'il est question ici.

48 On simplifie à dessein : le régime de répétition de l'indu est plus complexe (voir l'article 1235 sur la répétition du paiement et les articles 1377 à 1381) ; en particulier, la bonne foi (« par erreur ») et la mauvaise foi (« sciemment ») de l'*accipiens* fait naturellement une différence.

qu'il y avait un fondement assez solide pour le déchoir de sa citoyenneté⁴⁹. Cicéron rétorqua que « si l'exception rend une telle chose illicite, en revanche, là où il n'y a pas d'exception, cette chose est nécessairement licite »⁵⁰. Autrement dit, les traités signés avec les autres nations introduisent des exceptions à une règle qui n'est, elle, pas formulée : « tout étranger peut être fait citoyen, *sauf si les traités en disposent autrement* ». Le fait que Rome exclue expressément dans certains traités l'attribution de droits de citoyenneté aux ressortissants des nations signataires du traité implique qu'en l'absence de clause relative à ce sujet, la règle par défaut est celle qui prévoit que les étrangers peuvent être faits citoyens.

Ce que dans un premier sens la formule signifie est que l'exception permet de mettre en lumière la règle elle-même, soit de la rendre explicite là où elle était implicite, soit de la rappeler au bon souvenir de celui qui prétend juger des cas non exceptés à l'aune de l'exception⁵¹ : en formulant l'exception, on n'a pas besoin de dire que « la présente exception ne s'applique pas aux cas non exceptés », car l'exception en tant que telle implique que les cas *autres* que les cas exceptés tombent sous la règle. C'est en ce sens que l'exception « confirme » la règle : elle permet de mettre en lumière les cas normaux d'application de la règle. C'est ainsi que Richard Holton comprend cette formule. Selon lui, on ne peut pas traiter quelque chose comme une exception sans reconnaître la règle. Le point n'est pas que lorsque nous traitons quelque chose comme une exception cela prouve qu'il y ait une règle, mais cela prouve que nous croyons qu'il y a une règle : « Traiter quelque chose comme une exception n'est pas la traiter comme un contre-exemple qui réfute l'existence de la règle, mais la traiter comme quelque chose de spécial, et par conséquent concéder la règle à laquelle elle est exceptée. (...) Lorsque nous classifions quelque chose comme une exception à une règle, cela n'est pas une preuve qu'une règle existe ; c'est seulement la preuve que nous croyons qu'elle existe⁵². » Le problème, c'est qu'on ne voit pas très bien ce que veut dire « traiter quelque chose comme une exception » sans avoir, *auparavant* formulé la règle à laquelle cette exception déroge. De sorte que l'argument de Holton est quelque

49 On suit Holton, 2010, p. 370.

50 « *Quod si exceptio facit ne liceat, ubi non sit exceptum, ibi necesse est licere.* » (Cicéron, 1962, p. 260 pour le texte latin ; la traduction est de notre fait).

51 L'article 80 du Code d'instruction criminelle prévoyait qu'en cas de refus de comparaître, un témoin pouvait, sur les conclusions du ministère public, se voir infliger par le juge d'instruction une amende. Il précisait que l'ordonnance du juge d'instruction était sans appel. Il créait ainsi une exception à l'article 539 du même Code, qui prévoyait que toutes les ordonnances du juge d'instruction étaient susceptibles d'appel tant par le prévenu, que par le ministère public et la partie civile, et par conséquent ne pouvaient directement faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Saisie d'un pourvoi direct du *ministère public* contre une ordonnance prise au titre de l'article 80 (laquelle en l'espèce avait statué ne pas y avoir lieu à prononcer une amende), la chambre criminelle, dans un arrêt du 19 février 1836, rejette le pourvoi, au motif que « si l'article 80 ne permet pas aux témoins qui ont refusé de comparaître ou de satisfaire à la citation d'appeler des ordonnances par lesquelles ils ont été condamnés à une peine d'amende, cette prohibition ne s'étend pas au ministère public, par la raison même qu'il n'est pas compris dans l'exception portée audit article, et que l'exception confirme la règle » (Cass. crim., 19 février 1836).

52 Holton, 2010, pp. 369-370.

peu circulaire⁵³ : si on traite quelque chose comme une exception, on doit concéder la règle ; mais il ne fait pas de sens de traiter quelque chose comme une exception, s'il n'y a pas *déjà* une règle à laquelle cette exception fait exception.

C'est pourquoi, dans un deuxième sens, la formule s'entend uniquement comme dénotant une présupposition logique. Il ne peut pas y avoir d'exception sans règle – alors qu'il peut y avoir des règles sans exceptions. En ce sens, il s'agit d'une thèse purement conceptuelle, qui ne cherche pas à asseoir la croyance en l'existence d'une règle dans un cas particulier : l'exception suppose, comme logiquement antérieure, une règle et cette règle porte sur des cas non exceptés (c'est une lapalissade). Ce n'est donc pas tant l'existence de la règle que l'exception prouve que la priorité conceptuelle de la règle sur l'exception. C'est ainsi que Bruce Chapman comprend cette formule : « Les règles sont conceptuellement antérieures aux exceptions (...). Il y a un moment, peut-être le plus bref des moments conceptuels, où chaque règle doit être libre de toute exception. Peut-être est-ce en ce sens que l'exception prouve la règle (...). Loin de prouver la simple coexistence de la règle avec l'exception, elle semble prouver la priorité de la règle, un moment où la règle est seule et sans exception »⁵⁴.

C'est précisément parce que l'exception vient troubler ce bref « moment » de pureté conceptuelle que, toujours selon Chapman, « les exceptions ne sont pas très amicales à l'endroit des règles auxquelles elles font exception »⁵⁵. Les exceptions affaiblissent la règle, en ce qu'elles en restreignent le scope, et bien davantage, parce qu'elles ouvrent la boîte de Pandore de nouvelles exceptions à venir. Si la règle sur les véhicules dans le parc comporte une exception pour les ambulances, alors il sera plus aisé d'introduire une nouvelle exception en faveur *e.g.* des voitures de police, des camions de pompiers, etc.

C'est pour cette raison que l'on peut faire un pas supplémentaire et envisager le « *probat* » de la maxime latine non pas comme signifiant « prouve », mais « éprouve », « met à l'épreuve »⁵⁶ – c'est d'ailleurs le premier sens de ce verbe en latin. C'est l'option retenue par Pierre-Yves Quiviger : « En réalité, cet adage signifie que l'exception “met

53 Chez Holton, cette circularité est nécessaire, dès lors que son propos porte à part égale sur la morale et sur le droit. Holton s'inscrit dans la tradition du particularisme moral, à laquelle il apporte de nombreux correctifs, au point d'ailleurs d'en donner une version très déflationniste (voir sur ce point la fin du 6^e chapitre de cette thèse). Alors que les particularistes « durs » soutiennent que les propriétés morales des cas varient nécessairement selon le contexte (voir Dancy, 2004) et, par conséquent, qu'il est impossible de formuler des principes ou des règles morales, parce que chaque situation concrète serait à même de leur apporter des exceptions, Holton répond que le fait même qu'on les traite comme des exceptions suppose qu'on croie à l'existence d'une règle. Les exceptions ne *niennent* pas la règle, mais au contraire la confirment (voir là-dessus Holton, 2002). La question se pose bien sûr en des termes très différents en droit, où il est au moins *prima facie* indéniable qu'il y a des règles (que celles-ci soient efficaces est un autre problème). On se contente ici uniquement d'une esquisse de ces questions qui seront abordées plus longuement dans la suite de ce travail.

54 Chapman, 2012, p. 401.

55 Chapman, *Ibid.*

56 Une option que Holton désapprouve explicitement (Holton, 2010, p. 169). De fait, elle est plus difficile si on remplace, comme c'est parfois le cas dans le occurrences de l'adage, « *probat* » par « *figit* » (qui signifie quelque chose comme *fixer, figer, asseoir, établir...*).

à l'épreuve", "éprouve" la règle (...). Le sens de la norme est modifié à mesure qu'on l'applique à des situations nouvelles, le nombre des exceptions augmentant avec le temps. »⁵⁷ Selon Quiviger, l'expression signifie donc que la règle est sans cesse mise à l'épreuve par chaque exception supplémentaire introduite au moment de l'application, de sorte que la règle est toujours menacée par l'occurrence d'une situation nouvelle, par essence imprévisible à l'avance. – C'est ce qu'on pourrait appeler une interprétation aristotélicienne de l'adage.

En tout état de cause, il serait oiseux de prétendre découvrir le « véritable » sens de cette formule, car elle est employée dans des contextes si divers⁵⁸ que son sens est naturellement amené à varier en fonction du but que l'on assigne à son invocation. Cependant, on peut se demander quelle interprétation de l'adage permettrait de mettre en lumière un aspect intéressant ou essentiel de la nature de l'exception. De fait, il ne peut y avoir d'exception sans règle. Cependant, lorsque je fais une exception à la règle, cette dernière n'obère pas à l'application « normale » de la règle aux cas non exceptés. On ne saurait arguer de la présence d'une exception pour faire échec à l'application de la règle dans des cas non exceptés, sauf si l'on a une raison de faire une *nouvelle* exception. L'exception confirme la règle en ce qu'elle rappelle que la règle s'applique par défaut dans les cas non exceptés.

Mais l'exception met également la règle à l'épreuve, y compris lorsqu'elle est introduite par l'auteur de la règle lui-même. L'exception ne détruit pas la règle ; on pourrait très bien envisager une règle sans exceptions et, par ailleurs, que les organes d'application de la règle ne soient pas habilités à introduire des exceptions (ce qui est un trait tout à fait contingent des systèmes juridiques particuliers). Ce n'est donc pas une nécessité conceptuelle que la règle soit sans cesse soumise à de nouvelles exceptions. Cependant, chaque exception particulière *modifie* en un sens la règle. En effet, une règle *bloque* les propriétés pertinentes : si les véhicules sont interdits dans le parc, alors il suffit que x soit un véhicule pour que x soit interdit d'entrer dans le parc. Le fait que x présente d'autres propriétés n'est pas pertinent, si du moins la règle fonctionne correctement. L'exception oblige, pour une raison ou une autre, à considérer comme pertinentes des propriétés réputées non pertinentes en raison du blocage des propriétés effectué par la règle : l'exception oblige donc à se poser des questions que la règle avait pour but de résoudre définitivement.

C. Le réquisit de spécificité

Pour qu'il y ait une exception, il faut en premier lieu que le cas (ou la classe de cas) excepté soit *moins générique* ou *plus spécifique* que la classe de cas régulée par la règle. Par conséquent, il n'y a pas d'exception à une norme individuelle⁵⁹. Lorsque

57 Quiviger, 2007, p. 49.

58 On renvoie là-dessus à Holton, 2010, pp. 370-372, qui donne plusieurs exemples de l'utilisation de l'adage dans l'ancien droit anglais.

59 Comme on le notera plus loin dans ce travail, une norme individuelle n'est pas nécessairement adressée à un individu et il y a des normes générales adressées à un seul individu. La norme individuelle régle une *cas* individuel, c'est-à-dire une certaine configuration du monde qui n'est régulée par la norme

je dis : « viens me voir demain à 5 heures, sauf s'il pleut », le « sauf si » n'introduit pas une exception ; la norme individuelle rend obligatoire de venir s'il ne pleut pas, et fait interdiction de venir s'il pleut. L'exception suppose donc un rapport de générique à spécifique, parce que l'exception doit présenter l'ensemble des propriétés pertinentes des cas normalement régulés par la règle, *plus* une ou plusieurs propriétés qui, pour une raison ou une autre, *devraient* être pertinentes. Il va de soi que l'exception peut ne concerner qu'un cas individuel (« il est interdit aux véhicules d'entrer dans le parc, sauf le taxi vert qui se présentera aux grilles le samedi 7 décembre 2013 à 9 h »). Par conséquent, le rapport entre cas excepté et cas non excepté n'est pas un rapport de normal (ou de commun) à exceptionnel (ou hors du commun), mais de générique à spécifique. Une classe de cas⁶⁰ C_1 est plus spécifique qu'une autre classe de cas C_2 lorsque tout cas appartenant à C_1 appartient nécessairement à C_2 mais pas l'inverse. Cette spécificité est stricte, elle suppose que les deux classes de cas ne sont pas coextensives (le « mais pas l'inverse » de la définition ci-dessus est donc important). La classe C_1 est strictement plus spécifique que C_2 *soit* lorsque C_1 est incluse dans C_2 (c'est-à-dire que C_1 est un sous-ensemble de C_2), *soit* lorsque C_2 entre en intersection avec C_3 et que C_1 est le résultat de cette intersection (plus rigoureusement, lorsque $C_1 = C_2 \cap C_3$). Dans ce dernier cas, C_1 est plus spécifique que C_2 *et* plus spécifique que C_3 . On parlera de spécificité-inclusion et de spécificité-intersection pour désigner chacun de ces cas de figure.

En second lieu l'exception est une norme qui entre en conflit avec la règle « normale », et que l'on fait prévaloir sur celle-ci⁶¹. On appelle conflit de normes toute situation où deux normes⁶², qui pourtant sont toutes deux applicables au cas, ne peuvent être appliquées en même temps. L'exception suppose donc un conflit de normes résolu : on choisit d'appliquer une norme au détriment de l'autre. Ainsi la règle « les véhicules sont interdits dans le parc, sauf les ambulances » est elle composée de deux normes n_1 : « les véhicules sont interdits dans le parc » et n_2 « les ambulances sont autorisées dans le parc ». Ces deux normes sont en conflit, mais le marqueur « sauf » permet d'indiquer que n_2 prévaut sur n_1 à chaque fois que survient un cas subsumable à la fois sous n_1 et sous n_2 . On a ici un clair cas de spécificité-inclusion, et à bien des égards, c'est la spécificité qui permet de faire prévaloir l'exception sur la

qu'à l'occasion d'une seule de ses occurrences spatiales et temporelles. Par conséquent, une norme individuelle peut être adressée à un groupe.

60 On parle ici en termes de classes de cas ; on sera bientôt amené à parler de cas générique (voir la fin du chapitre 2).

61 On suppose par souci de simplicité que la norme entrant en conflit avec la règle « normale » appartient au système ; lorsqu'il s'agit d'une norme que l'auteur ou l'organe d'application *souhaiteraient* voir appartenir au système, alors elle est introduite dans le système au moment où il est fait exception sur leur fondement à la règle « normale ».

62 Luc Heuschling a insisté sur le fait qu'il doit s'agir de deux normes et non pas d'une (Heuschling, 2014, p. 62). Il convient toutefois de noter que, selon la théorie de l'individuation des normes que l'on retient, on peut fort bien incorporer les exceptions dans la formulation des normes auxquelles elles déroge. En revanche, Luc Heuschling a raison en ce qu'il doit toujours être possible que l'exception et la norme à laquelle elles dérogent soient individuées au moyen de deux normes différentes : c'est ce qui distingue l'exception des conditions négatives d'application de la règle.

règle⁶³. Cependant, lorsqu'on a affaire à un cas de spécificité-intersection, l'exception *résulte* du conflit, mais ne peut provenir de la seule spécificité du cas (puisque le cas est spécifique eu égard aux deux classes de cas entrant en intersection)⁶⁴. Ainsi, si on a, au lieu de n_2 , la norme n_3 : « les équipements de transport des malades sont autorisés dans le parc » : cette norme n'entre en conflit avec n_1 qu'à l'occasion de *certain*s cas régulés par n_3 et non pas de tous les cas (comme c'était le cas pour n_2). Lorsqu'on entre avec un brancard entre dans le parc, on n'a pas affaire à une exception, tout simplement parce n_1 et n_3 n'entrent alors pas en conflit. Lorsqu'on a affaire à une ambulance, alors n_1 et n_3 entrent en conflit, mais la spécificité ne peut être un critère de résolution, dès lors qu'on a affaire à une classe de cas plus spécifique que les classes de cas de *chacune* des deux normes. Dans un cas de spécificité-inclusion, les deux normes entrent en conflit ; dans les cas de spécificité-intersection les deux normes n'entrent en conflit qu'à l'occasion des cas situés à l'intersection.

L'exception est donc *soit* une norme entrant en conflit avec une autre norme plus générale, *soit* la norme qui résulte d'un conflit de normes. Le premier cas correspond à ce qu'on a appelé « faire une exception » : on introduit une norme entrant en conflit avec une norme antérieure (même si elle est antérieure de quelques secondes – cf. l'infime moment conceptuel de Chapman ci-dessus) et on priorise la première sur la seconde au moyen au moyen d'une clause « sauf si... » ou tout autre outil linguistique approprié. Le second cas correspond à la norme qui *résulte* d'un conflit de normes en apparence non résolu.

De fait, qu'une exception corresponde à un type ou l'autre dépend assez largement de postulats interprétatifs. Parfois, il sera évident que le conflit est résolu, alors qu'il n'y a rien dans l'énoncé de la norme qui l'indique. Prenons le cas de spécificité-intersection suivant : « si x donne volontairement la mort à autrui, il doit être puni d'une peine allant jusqu'à 30 ans de prison » ; « si x agit en état de légitime défense, il n'est pas pénalement responsable (=il ne doit pas être puni) »⁶⁵. D'un point de vue purement logique, lorsque x donne la mort à autrui *et* agit en état de légitime défense, il tombe sous chacune des deux normes, qui entrent alors en conflit : on peut en effet dériver les verdicts « x doit être puni » ; « x ne doit pas être puni ». Cependant, personne de sensé ne pourrait nier que, pour tous les cas où les deux normes entrent en conflit, la seconde est priorisée sur la première.

Ici, une clarification conceptuelle s'impose. En effet, on vient de dire qu'une exception était une *norme* (introduite par l'auteur ou l'applicateur de la règle, afin de

63 Cependant d'autres facteurs peuvent entrer en ligne de compte (la postériorité de l'une des normes ou sa supériorité dans la hiérarchie des normes) : comme on le verra ces facteurs correspondent à l'existence en droit de métarègles de résolution des conflits : *Lex specialis*, *Lex posterior*, *Lex superior*. Si la règle générale succède à la norme spécifique, ou si elle lui est supérieure, deux métarègles entrent en conflit.

64 La distinction entre les deux types de spécificité permet de distinguer entre deux types de conflits, les conflits totaux-partiels et les conflits partiels (cette distinction est de Ross, 1958, p. 129). On y reviendra beaucoup plus longuement dans le chapitre 4.

65 Il s'agit de versions *très simplifiées* des articles 221-1 et 122-5 al. 1 du Code pénal.

créer un conflit résolu, ou de résoudre un conflit existant). Mais pourtant, on a l'habitude de prédiquer « exception » des « cas exceptés » eux-mêmes (les cas de légitime défense sont des exceptions aux règles pénales). C'est pourquoi il est utile de recourir à une distinction effectuée par Giovanni Sartor entre exception-fait et exception-disposition (*exception-provision* en anglais)⁶⁶ : l'exception-fait est le fait qui, quand il survient, bloque l'application de la norme (c'est-à-dire la dérivation de la conséquence juridique attachée par la règle au cas constitué par le fait) ; l'exception-disposition est la norme qui bloque l'application d'une autre norme à chaque fois que l'exception-fait intervient. Dans la suite de ce travail, on emploiera « exception » pour désigner l'exception-disposition ; lorsque cela sera nécessaire, on désambiguïsera en faisant recours à la distinction de Sartor.

III. DROIT ET DÉFAISABILITÉ

La notion d'exception en droit soulève un certain nombre de problèmes qui sont généralement abordés sous la notion un peu large de *défaissabilité* (*defeasibility*)⁶⁷. Ce terme est d'abord un terme technique de droit anglais, en particulier de droit privé : on dit d'un titre qu'il est défaissable (*defeasible*) lorsqu'il peut être annulé (*defeated*) en raison de l'occurrence d'un certain événement (par exemple, la mort de son propriétaire). Il a été introduit en théorie du droit par Herbert Hart, dans un article de 1948⁶⁸, dans une perspective de philosophie du langage appliquée au droit – et en particulier

66 Sartor, 1993, p. 293.

67 Contrairement à l'espagnol, au portugais ou à l'italien, la traduction de l'anglais *defeasibility* n'est pas stabilisée en français (en allemand il est souvent laissé en anglais : voir par exemple Bäcker, 2012, p. 137 sq.). On trouve parfois dans la littérature juridique française l'emploi « déféctibilité » pour traduire ce terme. La traduction de « *defeasibility* » par « déféctibilité » est une traduction indirecte de l'anglais via l'italien *deffettibile*, et plus précisément via Riccardo Guastini qui l'emploie dans un texte traduit (ou écrit ?) en français (voir Guastini, 2008) ; néologisme pour néologisme, il semble que « déféctible » sonne mieux, car il sonne moins comme un néologisme (on parle bien d'une fidélité indéfectible). Cependant un tel choix terminologique conduit à couper artificiellement la problématique de la *defeasibility* en théorie du droit de celle qui a cours, *sous la même appellation*, en logique déontique, en logique non monotone, en intelligence artificielle, en linguistique, en théorie de la décision, en philosophie morale, en épistémologie et en philosophie de la connaissance. Dans l'ensemble de ces champs, en effet, il est courant de traduire « *defeasible* » par « défaissable » : voir, à titre d'exemple, Dubucs, 1995, *passim* ; Moeschler, 1998, p. 50 ; Saussure, 2003, pp. 67-68 ; Perrin, 2007, p. 218 ; Goltzberg, 2008, *passim* ; Goltzberg, 2010, *passim* ; voir également Laugier, 2010, p. 131 qui emploie « défaissabilité » dans le contexte même de la théorie du droit de Hart, et Grzegorzcyk, 1986, p. 181. Certes, on pourrait arguer de ce que « *defeasibility* » ne signifie pas la même chose dans tous ces contextes, mais comme on va le voir, il a également plusieurs significations *dans la théorie du droit* même ; et d'autre part, ces contextes entrent souvent en intersection avec la théorie du droit (l'exemple massif étant l'*AI&Law*, qui fournit une grande partie de la littérature sur la défaissabilité en droit). Le problème n'est donc pas *sémantique*, mais purement terminologique. C'est pourquoi je suggère d'abandonner la traduction par « déféctible », et d'harmoniser ainsi le lexique de la *defeasibility* en français. – Je remercie le professeur Eric Millard, qui n'est pas d'accord avec moi, d'avoir pris le temps de correspondre avec moi sur ce sujet.

68 Hart, 1948, p. 175. On analysera cet article plus avant dans le troisième chapitre ci-dessous.

aux concepts juridiques –, avant de disparaître de son vocabulaire et de se répandre dans des disciplines souvent assez éloignées du droit, principalement en philosophie morale (de Roderick Chisholm⁶⁹ jusqu'aux particularistes moraux contemporains⁷⁰), en philosophie de la connaissance⁷¹ (et autour de la notion de « critère » chez Wittgenstein⁷²) et surtout en intelligence artificielle « faible »⁷³, y compris en *AI&Law*⁷⁴. Ce n'est en fin de compte qu'assez récemment, au milieu des années 1990, que le terme « défaisabilité » a été réintroduit en théorie du droit, passé en partie au filtre des diverses disciplines qui l'ont entretemps mobilisé. Il est vrai que les questions ou séries de questions que l'on désigne au moyen de ce terme n'ont pas disparu en théorie ou en philosophie du droit – mais l'emploi de plus en plus fréquent de ce terme dans la discipline traduit sans nul doute un regain d'intérêt envers ces questions. Pierluigi Chiassoni parle ainsi d'un « tournant défaisabiliste » en théorie du droit⁷⁵, comparable au « tournant interprétativiste » ayant suivi les travaux de Dworkin à la fin des années 1970.

De fait, « défaisabilité » est aujourd'hui en théorie du droit une étiquette qui sert à recouvrir un certain nombre de questions et de problèmes qui ne sont ni identiques ni même liés⁷⁶. Du reste, l'épithète « défaisable » y est prédiqué de nombreux sujets différents : on parlera de concepts défaisables, de croyances défaisables, de normes défaisables, de raisonnements défaisables, d'arguments défaisables, et ainsi de suite⁷⁷. Donc non seulement les théories de la défaisabilité évoquent divers problèmes relatifs à un même objet, mais on n'est pas certain qu'elles évoquent le même objet, *i.e.* qu'elles parlent bien de la même chose. D'où de nombreux dialogues de sourds, qu'il est parfois assez malaisé de réperer.

Selon nous, la majeure partie des écrits sur la défaisabilité en droit traitent alternativement ou simultanément de deux types de problématiques bien distinctes : la première porte sur des problèmes relatifs au *raisonnement juridique*, la seconde sur des problèmes relatifs aux *règles juridiques*. On aura l'occasion de présenter ces questions plus en détail dans le troisième chapitre de ce travail, mais on peut d'ores et déjà mentionner les grandes lignes de l'analyse.

Dans un premier sens, la « défaisabilité » désigne une série de problèmes touchant au rôle des exceptions au sein du raisonnement juridique. On a déjà indiqué

69 Chisholm, 1964.

70 Voir surtout Lance et Little, 2004.

71 L'auteur le plus important est John Pollock (par exemple Pollock, 1987).

72 Voir par exemple McDowell, « Criteria, Defeasibility and Knowledge » in McDowell, 1988.

73 La défaisabilité a ainsi été principalement approchée au prisme des logiques non monotones, dont certains systèmes fondateurs seront étudiés au chapitre 4 (en particulier Reiter, 1980 ; McCarthy, 1980 ; Moore, 1985 ; Poole, 1985 ; Poole, 1988 ; Nute, 1994).

74 On trouvera un premier aperçu des grandes questions chez Prakken, 1997, ainsi que dans Prakken et Sartor, 2003.

75 Chiassoni, 2008a, p. 472.

76 On trouvera divers essais de catégorisation dans Bayón, 2001 ; Hage, 2003 ; Rodriguez et Sucar, 2003 ; Ferrer Beltran et Ratti, 2012.

77 Voir, pour un catalogue à la Prévert, Chiassoni, 2008a, p. 475.

que les exceptions ne se concevaient pas comme des conditions négatives, dès lors que les propriétés négatives dénotées par ces conditions (*e.g.* le caractère indu de la somme ou du bien) sont à la source de la généralisation qui conduit à la règle. Cependant, une fois introduite, une exception peut se comporter comme une condition négative, ce qui tient au rôle qu'elle joue dans le raisonnement juridique. On peut en donner la présentation informelle suivante. Lorsque vous réclamez l'application d'une règle (typiquement vous êtes un *requérant*, ou le représentant du ministère public), vous devez établir que l'ensemble des conditions positives, comme négatives, d'application de la règle sont réunies. Par exemple : « M. X... a donné la mort à M. Y... ; il l'a fait volontairement ». Vous n'avez pas besoin d'établir que l'ensemble des exceptions ne sont pas réunies ; vous n'avez pas besoin d'établir que M. X... n'était pas en état de légitime défense⁷⁸. De son côté, M. X a deux stratégies. La première consiste nier les faits : s'il parvient à prouver qu'il n'a pas tué M. Y, ou bien qu'il ne l'a pas fait volontairement, alors il réfute l'argument du ministère public. Mais il peut également soulever l'exception de légitime défense et, si son argument est couronné de succès, *défaire* (au sens militaire de la défaite) l'argument du ministère public.

La défaisabilité du raisonnement juridique suppose donc que la règle s'applique *par défaut* : dès lors que les conditions positives comme négatives sont établies, la conséquence juridique est dérivable. Cependant, l'application de la règle peut être bloquée par l'établissement couronné de succès d'une exception-fait (cf. la dichotomie exception-fait/exception-disposition introduite ci-dessus). Cela suppose donc la possibilité d'inférer par défaut de certains faits à une conclusion, et l'inférence peut être bloquée par l'arrivée de faits nouveaux. En droit, ce type d'inférence s'instancie dans un dialogue (deux parties au minimum⁷⁹) ayant pour but de convaincre un tiers (le juge) suivant des règles d'attribution de la charge de l'argumentation et des règles d'attribution de la charge de la preuve. En droit, une exception n'est pas seulement ce qui est excepté, c'est également ce qui s'excipe : il faut que la règle soit *prima facie* applicable, pour qu'il fasse sens, dans un second temps d'exciper de la présence d'une exception (ici, une exception-fait, bien sûr). – Bien entendu, il n'est pas nécessaire que cette situation de dialogue, avec répartition des charges de l'argumentation et de la preuve, soit *réelle*. Le raisonnement juridique consiste pour une bonne part à se demander quels types d'arguments *pourraient* être soulevés devant un hypothétique juge.

Donc, selon une première problématique, la défaisabilité caractérise le *raisonnement*, c'est-à-dire l'inférence d'un ensemble de faits à une conséquence juridique selon une règle. Un raisonnement est défaisable lorsque, bien que certains faits autorisent l'inférence de la conséquence juridique, et en constituent de ce fait des conditions suffisantes (positives ou négatives), d'autres faits peuvent venir bloquer cette inférence. Ces faits, ce sont des exceptions.

78 Sauf lorsque la légitime défense se présume (art. 122-6 du Code pénal). On reviendra sur le rôle des présomptions au chapitre 5.

79 Une exception semble être les cas de jugement *ex parte* où une seule des parties est représentée.

Selon une seconde problématique, la défaisabilité se prédiqe des *règles juridiques*. Elle désigne la question de savoir si les règles juridiques sont toujours susceptibles d'exceptions. En ce qui concerne les exceptions « explicites » du système juridique, la question ne se pose pas ; en revanche, la question se pose de savoir si, au moment de l'*application* de la règle, celle-ci peut être défaite par l'introduction d'une norme individuelle ou générale (mais par hypothèse plus spécifique que la règle), ou tout au moins une *raison* de ne pas appliquer la règle, venant faire obstacle à ladite application. On a vu que l'introduction d'exceptions fait en quelque sorte échec à la règle : au fur et à mesure que des exceptions sont introduites, la règle non seulement voit son scope se réduire comme peau de chagrin, mais perd de sa force, en ce qu'elle échoue à guider la décision. La règle a pour but d'exclure une sempiternelle pesée des raisons ; si à chacune de ses applications, on effectue de nouveau cette pesée, l'intérêt d'avoir une règle au départ se fait de plus en plus douteux. Cette question est prégnante, y compris dans des contextes non juridiques. Si je me donne une règle de toujours faire 5 km de course à pied le samedi matin, et que chaque samedi je trouve une raison de me soustraire à cette règle, alors la règle cesse *de facto* de fournir une raison conclusive pour ma décision – et perd de ce fait son intérêt. Cependant, il serait irrationnel pour moi de bloquer définitivement la pesée des raisons : si j'ai 40° de fièvre, j'ai *prima facie* une raison très forte de défaire la règle et de ne pas aller faire mon jogging hebdomadaire. Les règles ne peuvent donc pas être totalement indifférentes aux raisons, elles ne peuvent donc pas être totalement *opaques*⁸⁰ ; les traiter ainsi serait purement et simplement irrationnel. Il faut donc supposer qu'il y a un seuil de défaite rationnellement acceptable des règles – mais le problème est que l'on ne peut déterminer ce seuil avant d'être placé face au cas particulier qui semble appeler une défaite de la règle.

A cela s'ajoute, dans un système juridique, que les règles ne sont pas auto-édictees et auto-appliquées. Le droit suppose typiquement une distinction entre création et application de normes⁸¹ : les règles juridiques peuvent-elles remplir leur fonction si elles sont susceptibles d'être défaites à chaque application, ou tout au moins à chaque fois que survient un cas récalcitrant ? Ici, la question posée par la (soi-disant) « défaisabilité » des règles n'est pas *descriptive*, mais *conceptuelle*. Il va de soi que les juges, à de très nombreuses reprises, font des exceptions dans des cas particuliers, et que cela ne les empêche pas d'appliquer les règles dans les cas « normaux ». Mais est-ce à dire que les règles juridiques sont *défaisables*, c'est-à-dire partiellement susceptibles à la pesée des raisons qu'elles prétendent pourtant exclure ? La défaisabilité des règles juridiques engage de ce fait un certain nombre de postulats relatifs à la nature des règles en général, des règles juridiques en particulier et du droit lui-même.

Les deux séries de questions, portant sur la défaisabilité du *raisonnement* et sur la défaisabilité des *règles*, ne sont pas sans lien. Après tout, le juge décide souvent

80 Sur l'« opacité » des règles voir Regan, 1989, p. 1012 ; Bayón, 1991, p. 519 ; Raz, 2009b, p. 205 (en un sens légèrement différent).

81 Cette distinction ne doit pas se confondre avec la distinction législateur/juge. Le juge a dans la plupart des systèmes juridiques une fonction de création comme d'application du droit.

d'introduire une nouvelle exception après que l'une des parties le lui a demandé au cours du procès ; et l'exception ainsi introduite fonctionne exactement de la même manière que les exceptions déjà existantes. Les faits constituant les conditions suffisantes d'applicabilité de la règle sont avérés – sinon, on verrait mal pourquoi la partie soulèverait une exception ; on peut en inférer par défaut que la règle est applicable, c'est-à-dire que la conséquence juridique doit être dérivée ; l'exception nouvellement reconnue vient défaire le raisonnement en bloquant l'inférence. Cependant, dans le domaine juridique, la défaisabilité des règles suppose une hypothèse supplémentaire sur l'origine et sur la pertinence de l'exception : celle-ci intervient dans un *cas particulier* (même si elle peut naturellement être généralisée par voie précédentielle), et *récal-citrant*, présentant une propriété fournissant une raison de ne pas appliquer la règle. Par hypothèse, cette exception n'est pas prévue par le système juridique lui-même, et on a des réticences – qu'il faudra expliquer – à supposer qu'en la reconnaissant, le juge statue *contra legem*, même si c'est pour la bonne cause ; s'il en allait ainsi, il n'y aurait aucune utilité à inventer une propriété des règles, la « défaisabilité » ; « violabilité » serait plus adéquat.

Faire de la défaisabilité une propriété des règles juridiques, c'est donc tenter de fournir un cadre conceptuel permettant de distinguer l'exception de la violation acceptable ou acceptée. Mais ce gain conceptuel consiste en un risque théorique majeur, dès lors que sa *justification* entraîne, semble-t-il, de préciser les postulats qui guident la conception que l'on a du droit.

IV. ANNONCE DU PLAN ET REMARQUES SUR LA MÉTHODE

Giovanni Sartor note que « habituellement les exceptions ne sont pas “prises au sérieux” en théorie du droit »⁸². Le présent travail se propose d'effectuer quelques clarifications conceptuelles relativement aux divers enjeux que la présence d'exceptions en droit soulève, dans l'espoir de montrer que les exceptions ne sont pas « au droit ce que les fenêtres électriques sont aux automobiles : des accessoires utiles, mais loin d'être centraux à l'entreprise même »⁸³.

La première partie de ce travail, qui sera la plus brève, aura pour fonction d'établir un modèle de base et à fixer un lexique. Le **premier chapitre** sera consacré à des distinctions conceptuelles autour de la notion de norme. Elle tentera d'apporter une

82 Sartor, 1994, p. 191 (Sartor fait ici avant tout référence aux exceptions que l'on a appelées « explicites »). La mise entre guillemets de « prises au sérieux » constitue un clin d'œil ironique au premier maître-ouvrage de Dworkin (Dworkin, 1977) qui a entraîné une vogue de titres « Prendre X au sérieux » (y compris, comme le révèle une rapide recherche sur Internet, les très sérieux *Prendre l'humour au sérieux* de Jerry Palmer et *Prendre le rire au sérieux* de John Morreal). – De fait, Dworkin lui-même n'a pas pris les exceptions très au sérieux (on renvoie au chapitre 6 à ce sujet).

83 Schauer, 1991b, p. 871. Schauer entend par là dénoncer l'opinion commune au sujet des exceptions – même s'il n'est pas certain que lui-même porte les exceptions en plus haute opinion (voir chapitre 6).

assise théorique à deux intuitions par elles-mêmes assez triviales : la première intuition est qu'une norme se distingue de l'énoncé qui sert à la formuler ; la seconde est que certains énoncés n'expriment pas (ou ne signifient pas) des normes, mais *décrivent* ces dernières – ce qui soulève la question de savoir ce que veut bien dire « décrire une norme ».

Le **second chapitre** se penche sur la notion de norme conditionnelle. On a vu en effet que la notion même d'exception suppose l'existence de *conditions* (qui sont constituées par des propriétés de cas) et de *conséquences* juridiques. Même dans un cas où la norme serait *inconditionnelle*, il faut supposer que celle-ci s'applique à une classe de cas à laquelle appartient *tout cas possible* pour que celle-ci puisse être restreinte et limitée au moyen d'une exception. Or la notion de norme conditionnelle fait naître de très nombreuses difficultés : de quoi la condition est-elle la condition ? Au moyen de quels types d'opérateurs logiques *représenter* les normes conditionnelles si l'on souhaite que cette représentation soit consistante et maniable ? Peut-on éviter les paradoxes que font naître les normes conditionnelles ? Si les normes ont une structure conditionnelle, qu'est-ce qui figure dans l'antécédent et dans le conséquent, *i.e.* comment individue-t-on les normes⁸⁴ autour d'une telle structure ?

Enfin un **Appendice** fournit la transition vers ce qui formera le cœur de l'examen. Il porte sur la notion d'*applicabilité* des normes juridiques. On a vu en effet que les exceptions avaient pour effet de bloquer (par avance ou *hic et nunc*) l'application de règles pourtant applicables. Cela suppose une explication de ce qu'on entend par applicabilité des normes ; on indiquera en quoi celle-ci diffère de la *validité* des normes et on verra qu'il est possible de distinguer deux concepts d'applicabilité, l'applicabilité conceptuelle et l'applicabilité normative des normes juridiques. On comparera alors cette dichotomie avec celle, partiellement différente, introduite par José Juan Moreso et Pablo Navarro⁸⁵, entre applicabilité interne et externe.

La seconde partie porte sur la première série de questions, dégagée de manière très rapide ci-dessus, à savoir sur ce que j'ai appelé ici la défaisabilité du raisonnement juridique. Le bref **troisième chapitre** présente de manière plus détaillée les raisons de distinguer entre les deux séries de questions, puis présente les grands enjeux de celle qui fait l'objet de la partie. C'est dans ce cadre que l'on étudiera la doctrine de Hart qui, bien qu'elle ait été par la suite répudiée par son auteur, n'en demeure pas moins fondatrice – et fondamentale. On pourra ainsi montrer que ce que Hart entend, dans son article de 1948, par « défaisabilité » correspond à la première série de problèmes, et non à la seconde⁸⁶.

84 Le problème de l'individuation des normes sera introduit dans ce chapitre.

85 Navarro et Moreso, 1997.

86 Comme on le verra, Hart abordera la seconde série de problèmes, relative à la défaisabilité des règles, dans le *Concept de droit* (« une règle qui se termine par "sauf si..." est encore une règle », Hart, 2005, p. 158, trad. modifiée), mais sans la rattacher de près ni de loin à la « défaisabilité » introduite dans Hart, 1948 – et il n'emploie d'ailleurs pas même le terme. C'est à tort que certains auteurs rapprochent ces deux textes séparés de près de 15 ans, dont les préoccupations sont visiblement très éloignées.

Le **quatrième chapitre** se concentre sur les modèles *inférentiels* de la défaisabilité du raisonnement juridique, c'est-à-dire les théories qui entendent modéliser *l'inférence* instanciée dans le raisonnement. Pour cela, on mobilisera certaines formalisations classiques en intelligence artificielle et en *AI&Law* ; on procédera également à une analyse de la notion de conflit de normes et de la manière dont la résolution de ces conflits contribue à faire naître (pour certains d'entre eux seulement) des exceptions. On verra comment des modèles inférentiels peuvent représenter ces résolutions de conflits et les exceptions qui en résultent. Enfin, on évoquera les objections célèbres de Carlos Alchourrón contre les systèmes logiques sous-jacents à ces diverses formalisations (qui sont fondées sur une relation de conséquence non monotone)⁸⁷.

Le **cinquième chapitre** permettra de passer d'une vision purement inférentielle à son incarnation dans le droit, qui suppose, comme on l'a vu, une situation de dialogue régie par des règles d'attribution de la charge de l'argumentation et de la preuve. Ces traits qui structurent *juridiquement* la défaisabilité du raisonnement permettront d'envisager et de soumettre à la critique des théories *procédurales* de cette dernière, qui font résider la source de la défaisabilité dans des traits somme toute contingents des systèmes juridiques positifs.

La troisième partie portera sur la seconde série de questions, à savoir sur la défaisabilité (alléguée) des règles juridiques. Le **sixième chapitre** présentera les diverses questions que cette notion soulève, tant pour une théorie des règles que pour une théorie du droit. On se demandera en particulier quel type de lien les exceptions « implicites » entretiennent avec le système juridique – en étudiant diverses possibilités d'« implicite dans le droit » ; la réponse à cette première question sera en grande partie négative : lorsqu'un juge « fait une exception », celle-ci n'est pas *déjà là* pour ainsi dire dans le système juridique (thèse que l'on explicitera au moyen de la notion de lacune axiologique). Même ainsi, on peut se demander s'il est compatible avec la nature et la fonction des règles d'être défaisables, avant d'envisager le type de *théorie du droit* que la reconnaissance de la défaisabilité des règles juridiques implique. Le **septième chapitre** constitue une transition vers l'introduction de l'hypothèse qui sera défendue *in fine*, à savoir que la défaisabilité du raisonnement juridique dépend, si elle existe, de traits importants de l'interprétation juridique. Pour ce faire, il convient de se prémunir d'un piège, qui consisterait à faire de la défaisabilité une forme d'indétermination sémantique des énoncés normatifs – des formulations des normes. Après avoir isolé trois formes d'indétermination sémantique pertinente (le vague, la texture ouverte de Waismann et la texture ouverte de Hart), on tentera de montrer en quoi les exceptions ne peuvent se laisser ramener à des cas-limites. Les conclusions de ce chapitre, essentiellement négatives, mèneront aux propos qu'on espère plus constructifs du **huitième et dernier chapitre**. Après avoir rappelé certaines difficultés relatives à la notion d'interprétation juridique, et proposé un modèle rudimentaire de cette dernière, on proposera une représentation de la défaisabilité des règles comme un

87 On explicitera cette notion en temps venu.

phénomène dynamique, imputable à la présence des facteurs interprétatifs (que l'on appellera « raisons pour l'interprétation ») pesant sur l'application des règles.

En raison même de la teneur de ses sources, ce travail est, par nécessité moins que par vertu, interdisciplinaire. La question de la défaisabilité en droit intervient souvent à l'intersection avec d'autres disciplines, et consiste parfois dans l'application et l'adaptation au droit de paradigmes déjà construits dans ces disciplines. Il convient donc à la fois d'étudier, parfois longuement, la manière dont elles abordent elles-mêmes le problème (ce qui nous contraindra à nous éloigner du droit *stricto sensu*) tout en montrant quels sont les enjeux, et le cas échéant les problèmes, de l'application au droit des outils conceptuels et logiques qu'elles bâtissent par ailleurs. A de multiples endroits, on devra donc faire référence à des champs disciplinaires distincts du strict domaine de la théorie et de la philosophie du droit, en particulier la logique déontique, l'intelligence artificielle (et sa ramification que l'on a coutume d'appeler *AI&Law*, « intelligence artificielle et droit »), la philosophie morale et la philosophie du langage.

Cependant, cette interdisciplinarité s'effectue dans une optique de théorie ou de philosophie du droit. Le présent travail ne se donne pas pour objectif d'apporter une contribution à ces disciplines, ni d'en restituer les enjeux dans toute leur complexité, mais seulement d'indiquer de quelle manière elles permettent d'illuminer tel ou tel problème important, quels sont les outils qu'elles développent et comment il est possible de les importer en théorie du droit. On ne prétend donc ici ni à l'exhaustivité, ni à la spécialisation, ni à la nouveauté. Ainsi, les divers formalismes mentionnés dans ce travail sont généralement adaptés, et le cas échéant simplifiés, à partir de formalismes existants – et dans les recherches qui ont précédé la rédaction de ce travail, on s'est donné pour règle impérative de ne retenir, parmi les théories formelles existantes, que celles dont le formalisme nous était *compréhensible* et qu'il nous était de ce fait possible de restituer et d'explicitier de manière à la fois fidèle et réfléchie.

A une exception près (le développement du premier chapitre sur la théorie expressive des normes, qui implique à la fois une théorie des normes et des propositions normatives *et* une méta-théorie de la logique déontique), on ne fera pas allusion aux controverses méta-théoriques qui affectent ces disciplines. L'exemple le plus frappant en est fourni par les débats relatifs aux fondements de l'intelligence artificielle, portant sur la question de savoir si des systèmes informatiques peuvent *penser* comme l'esprit humain, avoir une conscience, etc.⁸⁸. Cette polémique, qui oppose les tenants de l'intelligence artificielle faible et forte, n'est pas du tout déterminante ici, quelque passionnante qu'elle soit par ailleurs. On ne mobilise la littérature en intelligence

88 La possibilité d'une intelligence artificielle forte a été remise en question par John Searle dans un article célèbre (Searle, 1980b) ainsi que par Hubert Dreyfus (Dreyfus, 1972, spéc. pp. 67-137). Dans le camp d'en face, on trouve Daniel Dennett (voir *e.g.* Dennett, 1998, p. 3-30) et Paul et Patricia Churchland (Churchland et Churchland, 1990). Il faut noter que l'opposition entre intelligence artificielle faible et forte se retrouve au sein de la communauté des chercheurs en intelligence artificielle – pas uniquement chez les philosophes donc ; elle est au fondement de la controverse fameuse, du moins dans cette communauté, entre deux de ses pères fondateurs, Marvin Minsky et John McCarthy (voir là-dessus Prakken, 1997, p. 11).

artificielle et en *AI&Law* qu'afin d'obtenir une modélisation (raisonnablement complexe) du raisonnement juridique. La validité théorique de ces modèles⁸⁹ est tout à fait indépendante de la question de savoir si les machines peuvent simuler le raisonnement effectif des juges (ce qui est la thèse de l'*AI* faible)⁹⁰ et, *a fortiori*, si une machine est à même de raisonner *consciemment* comme un juge humain (ce qui est la thèse de l'*AI* forte). Quant à la question de savoir si la décision prise par une machine pourrait être influencée par ce qu'elle a mangé au petit déjeuner, elle ne sera pas davantage abordée ici.

89 Il faut remarquer d'ailleurs que les auteurs qu'on va étudier ici s'inscrivent généralement dans la tradition de l'intelligence artificielle faible.

90 Pour un traitement intéressant de ces questions en ce qui concerne le droit (à la fois du point de vue des fondations théoriques et de l'implémentation), on renvoie aux essais réunis dans Sartor et Branting, 1998.

PARTIE I

ÉLÉMENTS D'UNE THÉORIE DES NORMES JURIDIQUES

Introduction

Conventions terminologiques

Cette première partie vise à exposer et clarifier les principaux concepts dont il sera fait usage dans ce travail : il s'agit moins de bâtir une théorie générale du droit au petit pied que de fixer un lexique dont on tâchera de faire usage avec constance dans la suite du propos.

Que le droit soit « un système de règles » est un lieu commun¹ qui n'a rien d'une évidence : après tout, c'est un fait empirique que la réalité juridique (de quelque signification que l'on dote cette expression) se compose d'un certain nombre d'objets qui ne sont pas des règles : des professions, des institutions (au sens non technique : la justice, l'Etat, etc.), des transactions², des pratiques, des comportements³, qui ne se laissent que très imparfaitement décrire au seul moyen des règles qui les concernent. Il faut donc admettre que décrire le droit comme un ensemble de règles suppose une tâche de modélisation⁴ et mette de côté au moins une partie de ce qui fait la richesse de l'expérience juridique.

En affirmant que le droit est un système de *règles*, non seulement on réduit quelque peu la complexité de l'expérience juridique, mais on semble minorer le poids

1 Le *Litttré*, parmi d'autres définitions, donne la suivante : « Ensemble de règles qui régissent la conduite de l'homme en société » ; le *Dictionnaire de l'Académie française* : « Ensemble de règles qui sont considérées comme devant régir les relations humaines »... Comme le font remarquer François Ost et Michel van de Kerchove, une telle définition est au mieux la définition d'un *genus* auquel le droit appartiendrait plutôt qu'une définition de l'essence du droit (à supposer qu'une telle définition ait un sens ou un intérêt), puisque de nombreux autres systèmes de règles (la morale, les mœurs, la religion) reçoivent la même définition (voir Ost et van de Kerchove, 1987, p. 149).

2 Voir Hage, 2009, spéc. p. 107

3 Voir, par exemple, Carlos Cossio : « L'objet de la connaissance juridique n'est pas les règles, mais des conduites humaines vues sous un angle particulier. (...) Les règles sont simplement les concepts par lesquels on pense ces comportements » (Cossio, 1948, p. 348). La théorie « égologique » de Cossio a été sévèrement critiquée par Kelsen, 1996, pp. 393-397.

4 Voir, *contra*, Bobbio, 1962, p. 7 ; voir aussi Bobbio, 1988. Pour un commentaire, voir Urbina, 2005, p. 149.

d'autres types de *normes* qui jouent pourtant un grand rôle en droit et, particulièrement, dans le raisonnement juridique. Comme on le remarquera plus loin, les termes « norme » et « règle » sont souvent employés indifféremment. Cependant, et bien que les définitions retenues soient nécessairement stipulatives, les règles comportent, au premier abord, un certain nombre de traits qui les distinguent d'autres types de normes (la généralité, le caractère de raison conclusive pour l'action, l'uniformité présumptive d'application). Or ce sont ces traits qui rendent conceptuellement compréhensible la notion d'*exception*. Une exception à une norme individuelle ne se conçoit pas, si du moins on entend par norme individuelle non pas la norme adressée à un individu, mais le caractère individuel, non générique, du cas qu'elle régule (des règles peuvent être adressées à un individu ; des normes individuelles peuvent être adressées à un groupe) ; une exception à un principe (défini comme norme générale au champ ouvert d'application) ne se conçoit pas davantage, puisque le principe ne fournit pas nécessairement de raison conclusive pour l'action et voit son application pesée en fonction d'autres principes – selon la théorie « classique » (dworkinienne, alexienne) des principes à laquelle il sera fait référence plus loin dans ce travail. Par conséquent, seule une mise en exergue des règles comme mode privilégié de régulation juridique des comportements permet de donner consistance au concept d'exception.

Il est courant cependant, dans la théorie générale du droit, d'employer de manière interchangeable *norme* et *règle*⁵. La tradition anglo-saxonne aura plutôt tendance à employer le vocabulaire de la *règle*, tandis que la tradition continentale (principalement post-kelsénienne) parlera plus volontiers de *norme* – encore qu'il existe de nombreux contre-exemples. Certains auteurs ont cependant tenté d'unifier le vocabulaire en introduisant une distinction conceptuelle entre « règle » et « norme ». Il est à noter que la distinction, si distinction il doit y avoir, est à ce stade purement terminologique. Plusieurs pistes peuvent être ainsi envisagées (même s'il faut garder à l'esprit que les diverses définitions en question sont très largement stipulatives).

On insiste parfois sur le fait que la « norme » et la « règle » n'ont pas le même statut discursif ; alors que la « règle » appartient au langage-objet, la « norme » appartient au métalangage (au langage de la théorie ou de la philosophie du droit). La théorie ou la philosophie du droit décrit sous le terme de « normes » un certain nombre d'entités que les membres du système juridique appellent plus volontiers « règles »⁶. Cette observation est exacte dans le contexte anglo-américain, mais, de ce fait, relativement contingente. En France, les juristes parlent souvent couramment de « normes », même s'ils n'entendent pas nécessairement par là ce que les philosophes y mettent.

D'autre part, il est couramment admis que la « norme » est un terme générique, dont les « règles » seraient des espèces⁷ : la « norme » dénote tout type de proposition

5 Voir par exemple Cortell et Davis, 1996 ; Amselek, 2012, p. 53 (selon Paul Amselek, « normes » et « règles » sont interchangeables).

6 Shapiro, 2011, p. 41 : « Norme est un terme de philosophe »

7 Voir par exemple, Aarnio, 1987, p. 65 ; Shapiro, 2011, p. 41 ; Raz, 1972, p. 824 ; MacCormick, 1998, p. 303.

recevant une signification normative et prétendant guider et/ou justifier le comportement⁸, tandis que les règles ne sont qu'une espèce de normes. Neil MacCormick écrit ainsi : « Les règles, les conventions, les principes, les standards (...) sont tous normatifs. C'est-à-dire qu'ils impliquent essentiellement un jugement (...) sur ce qui doit ou non être fait. (...) Le terme "norme" sera pris ici comme terme générique recouvrant toute "proposition de devoir-être" (*ought-proposition*) implicite ou explicite censée jouer ce rôle de jugement au sein du raisonnement pratique. »⁹ Pour le dire autrement (et sans trop s'engager sur ces questions qui dépassent le simple stade terminologique), une proposition est une norme si elle contient explicitement ou implicitement une fonction déontique, c'est-à-dire qu'elle prétend, d'une manière ou d'une autre, guider ou justifier le comportement ou faire advenir un certain état de choses.

Si par norme il faut entendre tout type de proposition de devoir-être, reste à savoir ce qui fait la différence spécifique des règles. De ce point de vue, deux démarches peuvent être proposées : envisager la différence spécifique des règles avec leur *genus*, les normes ; envisager la différence spécifique des règles avec d'autres types de normes, principalement les principes. Etant donné qu'il est allégué par de nombreux auteurs que cette seconde démarche joue un rôle important dans la détermination des facteurs de défaisabilité du raisonnement juridique, son examen sera repoussé à plus loin dans le présent travail. En revanche, il est couramment admis que les règles sont nécessairement des normes *générales*, là où les normes peuvent être également particulières ou individuelles. Par norme particulière, on ne désigne pas une norme adressée à un seul destinataire, mais une norme étant destinée à ne réguler qu'une seule et unique action ou à ne produire qu'un seul état de fait : une telle norme n'est réalisée que dans un seul cas. En revanche, une règle doit toujours s'appliquer à ce qu'Alchourrón et Bulygin ont adéquatement nommé des cas *génériques*¹⁰. Il est à noter que la généralité d'une norme est une condition nécessaire pour que celle-ci soit une règle, mais n'en est pas la condition suffisante (puisque aussi bien d'autres espèces de normes sont générales).

8 Le terme « norme » est à prendre ici dans son acception technique en philosophie du droit et en logique déontique, et non pas dans son sens courant, qui est ambigu, en ce qu'il renvoie principalement à une régularité de comportement (« être dans la norme »), comme le remarque Shapiro (2011, p. 40). Au sens où on comprend ici ce terme, la régularité en elle-même ne peut être appelée « norme ». Le point ici est purement *terminologique* (il porte sur une ambiguïté du mot « norme ») et n'engage à aucune thèse robuste sur la *normativité* (on n'a pas encore besoin de supposer un aspect interne des règles distinguant ces dernières de simples habitudes convergentes). Même si on conçoit que les faits sociaux soient en quelque sorte *normatifs* (thèse soutenue par Plouviez, 2010, p. 33 *sq.*), ils ne sauraient être des normes, si, par norme, on entend minimalement non seulement ce qui a pour objet de *guider* l'action des individus, mais également de la *justifier*. (Voir là-dessus von Wright, 1971a, p. 151-153, encore que la distinction effectuée par l'auteur ne soit pas identique à celle envisagée ici). – D'autre part le mot « norme » tel qu'il est employé ici se distingue d'une autre acception que terme revêt dans le langage courant, par exemple lorsqu'on parle d'une « installation électrique aux normes », qui signifie davantage un modèle-type pris comme référence que comme une norme au sens où on l'entend ici. Quand on dit « produit en conformité avec les normes européennes », on fait référence à ces standards techniques, et non pas aux normes du système juridique de l'Union européenne (même si celles-ci prescrivent de se conformer à ceux-là, bien sûr).

9 MacCormick, 1998, p. 303.

10 Voir Alchourrón et Bulygin, 1971, pp. 27-30.

Si toutes les normes ne sont pas des règles, toutes les règles ne sont pas des normes, y compris celles que l'on trouve dans un contexte par ailleurs normatif. Il n'en va pas seulement ainsi des pures règles descriptives¹¹, qui, bien entendu, ne sont nullement des normes : il faut toutefois remarquer que c'est en se fondant sur un concept purement descriptif de « règle » que Kelsen, dans la *Théorie générale du droit et de l'Etat* justifie de recourir au vocabulaire de la « norme » pour décrire les systèmes juridiques, plutôt qu'à celui de la « règle »¹², afin de souligner l'aspect de *Sollen*, minoré, selon Kelsen, dans la notion de « règle ». – Cependant, le concept de norme n'a pas besoin d'être restreint à la seule normativité pratique (juridique ou morale). Les règles d'inférence, les règles du langage, les normes épistémiques sont normatives jusqu'à un certain point. Pour les besoins de l'analyse on va s'en tenir aux seules normes et règles pratiques : on peut se demander s'il y a des règles pratiques, par exemple des règles juridiques, qui ne sont pas des normes.

Dans *The Concept of a Legal System*, Joseph Raz a soutenu que toutes les règles de droit (*laws*) ne sont pas des normes¹³. Cette thèse repose sur une théorie de l'individuation des normes¹⁴ selon laquelle la normativité repose sur la capacité à guider le comportement¹⁵ : dès lors il est possible de formaliser l'ensemble des systèmes juridiques selon un principe d'individuation simple : les unités normatives de base du système seront des règles imposant des obligations (*duty-imposing laws*) et conférant des pouvoirs. Seulement, l'ensemble des règles juridiques ne se laissent pas individuer ainsi, c'est-à-dire que dans tout système juridique, il y a un ensemble résiduel de *laws* qui ne sont ni des normes (proprement individuées), ni des fragments de normes¹⁶ : il

11 Par opposition aux règles prescriptives, distinction formulée clairement par Mill dans sa critique de Montesquieu (voir Mill, 2003, p. 56 *sq.*) : voir Hare, 1952, p. 1-31 ; Hare, 1965, p. 1-85 ; Schauer, 1991b, p. 17 ; Gaus, 2011, p. 131.

12 Kelsen, 1997, p. 87-88 ; il est vrai que Kelsen se fonde également sur la nécessaire généralité des règles, opposée à la possibilité de normes individuelles. C'est d'ailleurs uniquement ce dernier aspect qu'il retiendra par la suite, puisque dans la *Théorie générale des normes*, il indique : « Si la norme a un caractère général, on la définit comme une règle normative » (Kelsen, 1996, p. 10), même s'il convient bien de distinguer cette « règle normative » des « règles de fait » – c'est-à-dire des règles descriptives auxquelles Kelsen faisait allusion dans la *Théorie générale du droit et de l'Etat* –, qui doivent elles-mêmes être distinguées de simples régularités (*ibid.*).

13 Raz, 1980, p. 168.

14 Sur le problème de l'individuation des normes, voir *infra*.

15 Raz, 1980, p. 156.

16 De ce point de vue, l'erreur de Kelsen consiste non seulement à soutenir que toutes les *laws* sont des normes (pour une critique de Kelsen sur ce point, voir Raz, 1980, p. 122-131), mais à retenir des principes d'individuation qui sont inadéquats à ce postulat. Kelsen soutient en effet que l'ensemble des règles juridiques – c'est-à-dire des propositions contenues dans les codes, les lois, les précédents, etc. – se laissent systématiser en fonction d'un principe d'individuation simple qui est l'obligation ou l'habilitation du juge d'imposer la sanction (voir Kelsen, 1997, p. 112) : cela suppose que toute règle juridique ne mentionnant pas de sanction est un fragment de norme. Or cela est sans doute exact pour un certain nombre de règles qui pourraient prévoir des sanctions, mais ne le font pas pour une raison ou une autre (des *leges imperfectae* pour ainsi dire), mais cela ne l'est pas pour des règles eu égard auxquelles il ne fait aucun sens de parler de sanction. « L'hymne national est *La Marseillaise* » (Constitution de 1958, art. 2, al. 3) n'est pas une proposition descriptive ; c'est une règle, mais ce n'est pas (et ne peut être) un fragment de norme au sens kelsenien. Voir là-dessus Alchourrón et Bulgin, 1971, p. 58-59.

en va ainsi, selon Raz, des *laws* qui instituent des droits et qui accordent des permissions, qui sont bien des règles de droit, en tant qu'elles sont reliées de manière interne à des normes, mais ne sont pas des normes en tant que telles.

Dans *Practical Reason and Norms*, Raz reprend cette analyse en l'étendant plus largement aux règles tout court (*rules*)¹⁷. Or Raz, à raison, réintègre les règles de permission dans le giron des normes, en les définissant comme des normes non obligatoires (*non-mandatory*), ce qui traduit une évolution de la pensée de Raz, comme il le reconnaît lui-même dans le postscript de la seconde édition de *The Concept of a Legal System*¹⁸. En revanche sont décrites comme des règles n'étant pas des normes les règles du jeu qui fixent le nombre de joueurs, les caractéristiques des pièces, etc.¹⁹ ; de même, les règles de droit qui fixent les limites territoriales, la langue officielle, etc. ne sont pas des normes, mais sont néanmoins des règles²⁰.

D'autres distinctions encore ont été proposées entre « règle » et « normes » : Mauro Barberis fait des normes une espèce de règles (et non pas l'inverse)²¹, tandis que von Wright réserve le terme de « règle » aux règles du jeu²², qu'il oppose aux prescriptions : les règles déterminent les coups (*moves*) appartenant au jeu, et selon le point de vue duquel on se place, on parlera de coups corrects (lorsqu'on parle du point de

17 Raz, 1999, p. 208.

18 Voir Raz, 1980, p. 224, n. 19.

19 Raz, 1999, p. 117.

20 Raz, 1972, p. 824. Voir aussi Honoré, 1977, p. 112. Selon Norberto Bobbio, de telles règles sont bien des normes, encore qu'en un sens particulier. Bobbio prend l'exemple de l'article 114 de la Constitution italienne : « La République s'organise en régions, provinces et communes » ; or, selon lui, « le constituant italien, en édictant cet article, ne se propose pas de donner aux citoyens une information, mais de constituer une situation juridique », ce que ne fait pas, par exemple, un traité de géographie contenant le même énoncé (Bobbio, 1998, p. 114). Selon Bobbio, l'article 114 correspond à ce qu'il appelle une « norme constitutive », c'est-à-dire une norme qui ne prescrit ou ne permet rien à son destinataire, mais se contente de créer un état de fait, à la manière des performatifs austiniens (Bobbio, 1998, p. 128-130). Mais le choix de cette formulation paraît à bien des égards malheureux ; si Bobbio prend bien soin de distinguer sa notion de norme constitutive de la notion searlienne de règle constitutive (la première créant « un état de fait », la seconde créant la possibilité d'un comportement), il n'indique pas en quoi sa norme constitutive demeure véritablement « normative », sauf à faire de tout énoncé performatif une norme (ce qu'il semble indiquer, p. 130). Or ce qui fait que l'article 114 est une règle de droit (et non pas un énoncé descriptif, susceptible du vrai et du faux) n'est pas qu'il « crée » des provinces et des régions, mais qu'il est énoncé par une autorité habilitée à le faire (le constituant). En revanche, il est évident qu'une telle règle serait tout à fait gratuite et incongrue si elle ne constituait pas le préalable à un ensemble de normes (d'obligation, de permission, d'habilitation, etc.) régissant le régime juridique des provinces et des régions. Dès lors les provinces et les régions « n'existent » pas en vertu du seul article 114, mais parce qu'une série de normes organisent leurs compétences, imposent à leurs dirigeants ou élus des devoirs particuliers, et ainsi de suite. Autrement dit, de telles règles ne « constituent » leur objet que parce qu'elles sont reliées de manière interne à des normes (pour reprendre l'expression de Raz).

21 Selon Barberis, les règles (au sens large) comprendraient les règles (au sens strict), qui se définissent comme des règles non positives, n'ayant pas besoin de formulation autre que « déclarative » et les normes qui, positives, nécessitent du fait de leur positivité une formulation « constitutive », sans laquelle elles ne parviennent pas à l'existence (Barberis, 1991, p. 146-150). Pour la distinction déclarative/constitutive chez Barberis, voir *infra*.

22 Von Wright, 1963a, p. 6.

vue du « jeu lui-même ») ou de coups permis ou prohibés (lorsqu'on parle du point de vue de celui qui joue). Dès lors, il n'y a pas une grande différence entre jouer à un jeu de façon incorrecte (c'est-à-dire effectuer un coup incorrect) et ne pas jouer au jeu du tout. Si, aux échecs, je déplace la tour en diagonale, on peut aussi bien dire que je joue aux échecs incorrectement que je ne joue pas aux échecs du tout. Il en va de même pour les règles de grammaire (à ceci près que ces dernières ont, selon von Wright, une plus grande flexibilité). Les règles (entendues comme règles du jeu) sont donc nécessairement différentes des prescriptions (ou régulations), qui supposent une autorité normative capable de les édicter, et qui s'adressent à certains sujets ou certaines classes de sujets. Alors que les règles du jeu sont « posées » (*laid down*)²³, les prescriptions sont « promulguées »²⁴.

Quelle conclusion tirer de ce catalogue non exhaustif ? Il n'y a pas de distinction bien tranchée entre règle et norme, sauf peut-être en ce qui regarde la généralité des règles (il n'y a pas de règle individuelle). De manière générale, il convient d'effectuer plusieurs précisions : a) les règles juridiques intéressent la normativité pratique, c'est-à-dire les raisons pour l'action ; les autres aspects de la normativité ne seront pas évoqués dans le présent travail ; b) par norme on entendra toute proposition de devoir-être, sans se prononcer sur l'origine ou la source de devoir-être (qu'il s'agisse d'un acte illocutionnaire, d'une attitude d'acceptation, de normes implicites dans la pratique, jusqu'à des présupposés ontologiques beaucoup plus lourds). Une norme est une proposition tendant à modifier l'état du monde. c) Les normes sont des entités génériques comprenant (entre autres) des règles, qui sont un certain type de normes générales ; d) il existe des règles qui ne sont pas des normes, c'est-à-dire qui ne sont pas dotées de sens normatif tout en étant distinctes de simples règles descriptives.

23 Von Wright, 1963a, p. 95.

24 On pourrait en déduire que von Wright opère implicitement une distinction entre règles constitutives et régulatrices, les premières étant définies comme des règles, les secondes comme des prescriptions. En réalité, il n'en va pas tout à fait ainsi : en effet un jeu comporte en principe à la fois des règles régulatrices et des règles constitutives, et il est (en principe) difficile de définir ces dernières comme des normes, dotées d'une signification déontique. Or les règles du jeu selon von Wright sont tout à la fois régulatrices et constitutives dans la mesure où, selon le point de vue duquel on se place, elles peuvent être décrites à la fois comme définissant les coups possibles, et comme imposant des prescriptions aux joueurs. C'est en ce sens que, pour von Wright, les règles du jeu doivent être dotées d'un sens déontique.

Chapitre 1

Normes, énoncés, propositions

La définition positive de ce qu'est une norme s'avère d'autant plus difficile que la notion est intuitive. La consistance même de la notion de norme peut être remise en question selon le type d'ontologie que l'on choisit¹. Les théories réductionnistes du droit réduisent la normativité à un ensemble de faits ; et il est possible, si l'on adopte une telle théorie, d'assimiler le lexique de la normativité (« obligation », « droits », etc.) à un ensemble de « mots creux » ou de mots à la fonction magique². Une telle théorie repose sur une ontologie naturaliste, assimilant tout fait du monde aux *hard facts* que décrit le monde, ontologie où des normes, distinctes des actes qui les posent, n'ont aucune place. Il n'est pas du propos du présent travail de défendre une théorie robuste, anti-réductionniste, de l'ontologie des normes³, ni même de proposer une définition positive de ce qu'est une norme. Au contraire, on part du principe qu'il est possible d'étudier les normes sans se poser la question de leur statut ontologique. La définition minimale d'une norme comme « proposition de devoir-être » sera donc retenue, indépendamment de la question de la réductibilité ou non de ce devoir-être à un être.

En revanche il est utile de s'intéresser aux aspects linguistiques des normes⁴, particulièrement dans une perspective de théorie du droit. On retient deux aspects principaux. En premier lieu, les normes sont dépendantes du langage (entendu *lato sensu*) : si la fonction d'une norme est, au moins *prima facie*, de guider le comporte-

1 Voir, pour un aperçu des thèses en présence, Amselek et Grzegorzcyk, 1986.

2 Les théories les plus radicales en la matière sont les théories réalistes scandinave : voir par exemple Hägerström, 1953, p. 322-324 ; Olivecrona, 1962, p. 169 *sq.*

3 On défendra plus loin une vision non réductionniste modérée inspirée, de façon lâche, par Hart.

4 Cela ne veut pas dire pour autant que l'on réduise les normes à des entités linguistiques. En revanche il est utile d'aborder les normes sous l'aspect des entités linguistiques qui les expriment (ou qui les décrivent). Il n'est pas besoin pour ce faire d'adopter le motif de la philosophie du droit tarellienne selon laquelle les normes *sont* des entités linguistiques (voir Tarello, 1974, p. 135 *sq.* ; Guastini, 2010, p. 3)

ment, alors le succès d'une norme dépend largement d'un processus de communication. Cette dépendance du langage est d'autant plus prégnante en droit dans la mesure où les normes juridiques (en particulier les règles juridiques) reçoivent une formulation canonique : c'est donc dans un premier temps cette dépendance des normes au langage, et la distinction entre norme et formulation de la norme que cette dépendance du langage implique, que l'on va envisager.

En second lieu, il est possible de remarquer que l'emploi d'un vocabulaire normatif n'est pas épuisé dans la formulation de normes. Il convient de s'intéresser au statut d'énoncés qui ne sont pas normatifs (n'ont pas pour fonction exclusive de diriger le comportement), mais ne sont pas de simples descriptions de faits. La question se pose de savoir si un énoncé peut décrire une norme sans adopter un point de vue normatif, et, si tel est le cas, ce que l'énoncé trouve à décrire, si ce n'est des faits bruts (par exemple, des actes de promulgation).

SECTION 1. NORME ET FORMULATION DE LA NORME

I. NORME ET DÉPENDANCE DU LANGAGE

A. Thèse « forte » et « faible » de la dépendance

La thèse selon laquelle les normes sont dépendantes du langage a été défendue par de nombreux auteurs⁵. Il convient en premier lieu de souligner que par langage il faut entendre tout système de signes conventionnel (un feu rouge ou un geste doivent être entendus comme appartenant à, ou exprimant, un « langage »⁶) : il est certain qu'un feu rouge ou un geste doivent, pour être interprétés comme étant des entités sémantiques (ayant pour signification les normes correspondantes), requérir une atten-

5 Voir Black, 1962, p. 101-130 ; von Wright, 1963a, p. 94 ; Barberis, 1990, p. 143 ; Bulygin, 1992, p. 17 ; Mazzaresse, 1991, p. 43 ; Mazzaresse, 2000, p. 169-172. Soulignons que, contrairement à ce qu'Alchourrón et Bulygin (1998, p. 385) soutiennent, la thèse de la dépendance du langage des normes, même prise en un sens fort, n'entraîne pas nécessairement l'adoption d'une conception expressive des normes (voir *infra*), puisque cette dernière affirme seulement que les normes dépendent d'un certain usage du langage. Une théorie hylétique (soutenant que les normes sont des propositions dotées de valeur de vérité, ou de valuations analogues à la vérité) est compatible avec l'idée selon laquelle, de même qu'une proposition descriptive, une « proposition-norme » est un élément du langage. Comme l'écrit Ota Weinberger, qui s'oppose à la théorie expressive : « Je suis fortement opposé à la thèse selon laquelle les significations sont des entités platoniciennes, existant indépendamment du langage. La signification est un élément d'un langage (ou de langages) de même que les signes sont des éléments de langages. » (Weinberger, 1998, p. 414). Voir, là-dessus, Caracciolo, 1996, p. 480.

6 Voir Wittgenstein, 1983, p. 285 : « L'un fait un mouvement impératif de la main, comme s'il voulait dire "Va !" L'autre s'esquive avec une expression de crainte. Ne pourrais-je pas appeler ce processus (...) "ordonner et obéir" ? » Voir von Wright, 1963a, p. 93.

tion plus poussée au contexte que les énoncés linguistiques, mais en tout état de cause, que des normes puissent être exprimées par des entités qui ne sont pas linguistiques au sens étroit ne fournit pas un argument contre la thèse selon laquelle les normes sont dépendantes du langage.

Comme l'écrit Max Black, « il semble y avoir un lien particulièrement intime entre une règle⁷ et l'ensemble de mots par laquelle elle est énoncée. La relation entre une règle et son énonciation (*statement*) n'est pas quelque chose d'externe et de contingent (...) : la règle est, en quelque sens, constituée par sa formulation »⁸. Pour Black, contrairement à un énoncé descriptif, la formulation linguistique de la norme ne signifie pas cette la norme mais la constitue. En ce sens il s'agit d'une thèse « forte » qui conditionne l'*existence* des normes à un acte linguistique. Cette thèse de la dépendance du langage a également été soutenue par von Wright, pour qui langage est nécessairement à l'origine des normes, encore que la dépendance du langage des normes varie en intensité eu égard au type de norme considéré : ainsi les règles coutumières sont les normes les moins dépendantes du langage⁹ et von Wright admet que « certaines normes ne soient jamais exprimées et cependant « existent », par exemple sous la forme de coutumes ou de tabous « instinctivement » observés¹⁰ ».

Une thèse plus modérée est celle soutenue par Tecla Mazzaresse, qui soutient que les normes juridiques sont dépendantes du langage, mais que cette thèse n'implique pas que le droit soit réductible à son expression linguistique, ou que le droit ne soit « qu'un langage ». Une telle thèse, correctement affaiblie, ne dit rien sur le statut *ontologique* des normes, mais précise les réquisits *pragmatiques* qui y sont attachés : en ce sens, le droit « n'est pas qu'un langage », mais il « doit avoir un langage » : la formulation des normes par des entités linguistiques est nécessaire pour que l'on puisse les connaître et les communiquer¹¹.

On pourrait néanmoins se demander si une norme peut exister (et/ou être connue, ou à tout le moins suivie ou appliquée) sans le recours à une formulation linguistique¹². Selon Black, en effet, il faut distinguer les cas où des normes peuvent être inférées logiquement de normes explicites (par exemple, de ce *qu'il est obligatoire de ϕ* je puis inférer *qu'il est permis de ϕ*). De telles normes peuvent être dites exister et/ou être connaissables, bien qu'elles ne soient pas explicitement formulées. Elles ne

7 Il faut entendre ici « norme », au sens dégagé plus haut : en effet le propos de Max Black est applicable aux normes individuelles.

8 Black, 1962, p. 100. Il faut noter dès à présent que la thèse de la dépendance du langage suppose qu'il soit toujours conceptuellement possible de distinguer les normes de leur formulation : c'est précisément parce que les normes n'existent pas en dehors du langage que la même norme peut être exprimée par deux formulations différentes.

9 Von Wright, 1963a, p. 95. Ici von Wright suit assez fidèlement Bentham, pour qui les règles de droit coutumier sont exprimées par des actes et non par des mots (voir Bentham, 1970, p. 152-153).

10 Von Wright, 1998b, p. 370

11 Mazzaresse, 200, p. 171.

12 « Il n'est *prima facie* pas absurde de se poser la question de la possibilité de règles implicites (règles que personne n'a formulées) – ou de règles qui, peut-être ne seront jamais énoncées » (Black, 1962, p. 100)

posent en réalité que très modérément problème dans la mesure où il est possible de les formuler à partir d'un ensemble clos de normes explicitement formulées sans que leur formulation constitue un ajout de normes nouvelles à cet ensemble.

Plus difficile est le cas de normes qui ne sont pas formulées et qui ne se déduisent pas du système normatif considéré. Ici la distinction entre la thèse forte et la thèse faible entre en jeu : en effet, il est évident que je puis apprendre à jouer aux échecs non pas en me faisant formuler les règles de ce jeu, mais en observant les joueurs¹³. De toute évidence ces règles peuvent être connues indépendamment de toute communication linguistique, et ne sont pas dépendantes du langage en ce sens.¹⁴ La thèse forte, en revanche, est intouchée : il a bien fallu que ces règles soient formulées à un moment où un autre¹⁵.

Il convient cependant de retenir la thèse faible, qui est à vrai dire suffisante pour les objectifs du présent travail. Elle n'est en réalité pas mise en échec par l'exemple tiré des règles du jeu. En effet, pour que je puisse apprendre les règles des échecs, il faut encore que je sache qu'il s'agit d'un jeu, c'est-à-dire d'une activité régulée par des règles. Un observateur externe radical n'est pas en mesure d'effectuer de différence entre une règle et une simple régularité ; pour saisir la différence il faut qu'il soit immergé d'une manière ou d'une autre dans la pratique qu'il essaie de comprendre. Ainsi, pour pouvoir comprendre ce que *font* deux individus qui jouent aux échecs, je ne peux pas seulement me contenter de décrire l'ensemble des mouvements de pions qui se répètent à intervalles plus ou moins réguliers : je dois décrire cet ensemble comme un système de règles. Ce faisant, il faut que l'on m'ait expliqué qu'au comportement des joueurs *correspondent des règles*. Un exemple fameux peut nous éclairer ici : Hart, au début du chapitre VII du *Concept de droit*, décrit la situation suivante¹⁶ : un père et son fils s'apprennent à entrer dans une église, et au lieu de dire à son fils de se découvrir, le père lui dit : c'est comme cela qu'il faut se comporter. Il va de soi que le fils pourra découvrir quelle est la règle en question sans qu'on la lui formule ; mais pour ce faire, il faut qu'il sache que le comportement en question (ôter son chapeau) relève bien d'une règle et non pas d'une simple régularité (ôter son chapeau de la main droite ou de la main gauche).

B. Les normes informulées

Si cet exemple dénote un « usage minimum »¹⁷ du langage dans la communication de la norme (par opposition à l'usage maximum qui consisterait en une formulation verbale et directe de cette dernière), il demeure qu'il s'agit bien d'un *usage*

13 Voir von Wright, 1963a p. 95.

14 Il en va de même pour ce que von Wright appelle les prescriptions (et qui supposent d'être édictées par une autorité) : je puis déduire la règle du comportement des individus.

15 Von Wright, *ibid.*

16 Hart, 2005, p. 143-145.

17 Hart, 2005, p. 145,

nécessaire du langage. Plus difficile, de ce point de vue, est l'expérience de pensée proposée par Max Black. Supposons que nous découvriions une tribu où le comportement de chaque membre est contrôlé par un code pénal strict, clairement formulé et connu de tous. A la bordure du village se trouve une clôture, que les habitants s'abstiennent scrupuleusement d'approcher, bien que le code pénal de la tribu ne mentionne à aucun endroit cette clôture. Or lorsqu'un des habitants de la tribu s'approche de trop près de la clôture, il est sévèrement puni. Supposons enfin que le sujet fasse l'objet d'une sorte de tabou religieux.

Dans ce type de cas, on serait tenté, sans doute à bon droit, de supposer qu'il y a en vigueur quelque règle de droit (*law*) fondamentale non formulée (une règle « non écrite ») que *nous* pourrions formuler comme : « Quiconque touche la barrière sacrée sera puni de cent coups de fouet ». La raison qui nous amènerait à dire cela est que tout se passe *comme si* il y avait une telle règle explicite et que les habitants s'y conformaient. (...) Cela montre que l'on *peut* concevoir des circonstances dans lesquelles on puisse dire qu'un certain nombre de personnes se comportent comme si elles répondaient à une régulation qui, cependant, n'a jamais été formulée et est « fondamentale » (*basic*) au sens où elle ne suit pas logiquement du code de régulations explicites.¹⁸

Ici, la réponse est pour ainsi dire symétrique à celle suscitée par l'exemple de Hart (où tout le monde connaît et formule la règle, sauf l'observateur, qui, pour pouvoir suivre la règle, doit être informé de ce qu'il y a une règle). Le caractère tabou (donc ineffable) de la norme relative à la clôture place l'observateur dans une position différente de celui qui est immergé dans la pratique (l'habitant de la tribu) : en effet, pour ce dernier, il n'est pas sûr que le comportement tabou revête un caractère de norme, au sens de celles qu'il trouve lorsqu'il consulte le code pénal de sa tribu. En revanche, c'est l'observateur qui, pour faire sens d'une pratique analogue à un comportement régi par une norme (prohibition, sanction) a besoin d'en formuler une¹⁹. La formulation de la norme en l'espèce permet donc de fournir l'*explication* d'une pratique donnée et n'est pas destinée à *guider* le comportement : en ce sens l'observateur fournit pour ainsi dire une *proposition normative* (« dans la tribu x, il est interdit de s'approcher de la clôture ») à laquelle il n'est pas certain que corresponde une norme.

Au contraire, selon Mauro Barberis, un tel exemple oblige à reconsidérer la thèse de la dépendance du langage. Il faut, selon lui, distinguer entre formulation *déclarative* de la norme et sa formulation *constitutive*²⁰ : lorsque je décris une norme coutumière, par exemple, cette dernière (comme le reconnaissait déjà von Wright) existe plus ou moins indépendamment de la formulation que j'en fais. En revanche, la formulation d'une loi (au sens formel) est constitutive de la norme qu'elle exprime – puisque la validité même de la loi est indexée à une série de contraintes formelles qui la font dépendre d'un acte

18 Black, 1962, pp. 129-130

19 En ce sens, l'expérience de pensée de Black est différente de celle effectuée par Ross dans « Tù-Tù » (in Ross, 2004, p. 103-113). Dans l'exemple de Ross, la règle est formulée, même si sa signification est douteuse.

20 Barberis, 1991, p. 146. « Constitutive » s'entend ici dans un sens radicalement différent de la notion searlienne de règle constitutive, comme Barberis le souligne lui-même.

de langage, la promulgation. Dans le premier cas, il y a formulation déclarative de la norme ; dans le second cas, formulation constitutive de la norme.

Toutefois, cette distinction trahit une confusion entre norme et proposition normative : en effet la « formulation déclarative » n'est en réalité qu'un énoncé descriptif (dont la signification est une proposition descriptive), décrivant l'existence d'une norme au sein d'un certain système normatif : eu égard au contexte d'énonciation, il s'agit d'un énoncé assertif. En revanche, la « formulation *constitutive* » est *clairement* la formulation d'une norme – qui peut certes faire l'objet, après coup, d'une proposition normative, elle-même étant exprimée par une « formulation déclarative ». Ainsi, la dépendance du langage *des normes* n'est-elle engagée que par ce que Barberis appelle « formulation constitutive ». Comme souligné plus haut, une proposition normative peut être formulée *bien qu'aucune norme ne lui corresponde*²¹.

II. EQUIVALENCE DES FORMULATIONS ET FORMULATIONS CANONIQUES

Accepter la thèse de la dépendance du langage (à des degrés divers) des normes n'implique pas de réduire la norme à sa formulation²² ; au contraire, elle suppose une distinction conceptuelle entre norme et formulation (analogue, selon von Wright, à la distinction, en logique et en linguistique, entre *proposition* et *phrase*²³). En ce sens, il n'est pas incohérent d'affirmer comme Bentham tout à la fois qu'une règle de droit se définit comme « un assemblage de signes déclaratifs d'une volonté²⁴ » (qui suppose la dépendance du langage) et qu'il est possible et souhaitable d'étudier « l'entité *logique, idéale, intellectuelle*, et non pas l'entité *physique* : la règle de droit (*law*) et non pas le *texte* de loi (*statute*)²⁵ ». Une norme peut de ce fait recevoir plusieurs formulations²⁶, thèse qui a reçu le nom d'*équivalence des formulations*²⁷.

21 La question de savoir si une proposition normative de type « dans le système juridique S, il est interdit de ϕ » est, en l'absence de toute norme correspondante, fausse, ou dénuée de sens, sera examinée plus loin.

22 C'est le danger souligné par Barberis, 1991, p. 144.

23 Von Wright, 1963a, p. 93.

24 Bentham, 1970a, p. 1, mais aussi p. 152 : « Une règle de droit est une expression de la volonté » (c'est Bentham qui souligne). Il est à noter que, chez Bentham, la thèse de la dépendance du langage est autant normative que conceptuelle : Bentham, comme von Wright, admet des degrés dans la dépendance du langage : les signes par lesquels les règles sont exprimées peuvent être « des actes, et non des mots » (*ibid*), comme c'est le cas dans le droit coutumier, dont les règles ne sont ni écrites ni énoncées, par opposition au droit statutaire (*statutory law*), dont les règles sont écrites. Entre les deux, Bentham place ce qu'il appelle le droit traditionnel, qui fait certes l'objet d'une formulation mais uniquement orale. D'où la formule célèbre : « Le droit écrit est le droit qui sied aux nations civilisées ; le droit traditionnel, aux barbares ; le droit coutumier, aux rustres » (Bentham, 1970a, p. 153).

25 Bentham, 1970b, p. 301. Pour les implications de ce passage sur la doctrine de l'individuation des normes, voir Raz, 1980, p. 71 ; Tusseau 2009, p. 64.

26 « Divers modes d'expression peuvent être donnés à la même règle de droit écrite » (1970a, p. 154).

27 Voir Black, 1962, p. 102 : « Plusieurs formulations peuvent énoncer la même règle : on peut les appeler des formulations équivalentes. »

La nécessité de distinguer la norme de sa ou ses formulations a été soulignée par de nombreux auteurs²⁸, souvent ceux-là même qui insistent sur la dépendance du langage des normes. Comme l'écrit Black : « Ce serait une erreur d'identifier la règle²⁹ avec l'une ou l'autre de ses formulations. Car il y a une seule règle, dont il y a d'infiniment nombreuses formulations possibles. Nous pouvons demander si une formulation particulière (comme tout ensemble de mots) contient cinq mots ou plus, si elle comporte des mots en anglais ou dans d'autres langues (...) ; mais toutes ces questions (...) ne font aucun sens quand on les applique à une règle.³⁰ »

Qu'une même norme puisse être formulée de plusieurs manières est par soi-même trivial, de même qu'il est trivial qu'une proposition puisse être exprimée par plusieurs phrases équivalentes. Cette observation cesse d'être triviale dès lors que l'on envisage des systèmes normatifs, tels que le droit, qui contient des formulations normatives canoniques³¹ : lorsqu'on ouvre un code ou un recueil de jurisprudence on n'a pas accès directement aux normes proprement individuées³², mais à un ensemble de formulations normatives, qui font autorité. Or comme le fait remarquer Frederick Schauer, deux formulations généralement équivalentes peuvent, à l'occasion d'une application particulière, donner lieu à des résultats différents³³ : en ce sens, elles expriment en réalité deux normes différentes. Dès lors, le choix, par une autorité normative d'une formulation plutôt qu'une autre, bien que les deux soient par ailleurs tenues pour équivalentes, n'implique pas qu'en réalité elle émette bien la même norme que si elle avait retenu l'autre formulation. Dès lors si j'é mets la norme « Les chiens sont interdits » ayant en tête, avant tout, les chiens susceptibles de causer un trouble dans

28 Outre Bentham, cité ci-dessus, voir Black, 1962, p. 101 ; von Wright, 1963a, p. 93 et *sq.* ; Ross, 1958, p. 8-11 ; Ross, 1968, p. 64 ; Warnock, 1971, p. 39 ; Grzegorzczak et Studnicki, 1974, *passim* ; Wroblewski, 1985, p. 239-240 ; García Maynez, 1989, p. 290-292 ; Aguilo Regla, 1990, p. 175 ; Alchourrón et Buljgin, 1991, p. 442 ; Guastini, 1998, p. 322 ; Alchourrón, 1996b, *passim* ; Moreso, 1998, p. 3 ; Schmill Ordoñez, 2000, p. 219 ; Rodriguez et Sucar, 2003, p. 108-110 ; Redondo, 2005, p. 57 ; Baker et Hacker, 2009, p. 46 *sq.* Il faut noter que lorsque Kelsen écrit : « [il faut se garder] de confondre la norme avec un énoncé. Car la norme n'est pas un énoncé... » (Kelsen, 1996, p. 32), il ne fait pas allusion à la distinction norme/formulation, mais à la distinction norme/proposition de droit (*Rechtssatz*) que l'on examinera plus loin.

29 Ici encore, il faut remplacer « règle » par « normes », conformément aux distinctions tracées plus haut.

30 Black, 1962, p. 101.

31 Ce qu'Alchourrón, 1996b, appelle le « Master Book ». J'emprunte l'expression « formulation canonique » à Frederick Schauer (Schauer, 1991b, p. 68-73). Voir aussi Alexander et Sherwin, 2008, p. 12.

32 Ce qu'Alchourrón, 1996b, appelle le « Master System ».

33 Schauer, 1991b, p. 63. L'argumentation de Schauer porte avant tout sur les règles, ou plutôt sur un certain type de règles (les règles « enracinées ») : il n'est pas certain qu'il soit possible de l'élargir, comme on le fait ici, aux autres types de normes : il n'est en effet pas certain que les autres types de normes générales puissent recevoir une formulation canonique (par exemple, si l'on admet l'existence des principes, comme normes générales plus malléables que les règles, il n'est pas certain que ces principes reçoivent une formulation canonique avant le processus de décision ou d'interprétation lui-même) ; et, dans la mesure où les normes individuelles ne portent pas sur des cas génériques, mais sur des cas individuels, à des formulations équivalentes correspond nécessairement une seule et même norme. Le propos n'est toutefois pas ici d'affirmer que toutes les normes reçoivent une formulation canonique, ni même qu'elles peuvent toutes en recevoir une, mais que, lorsqu'elles en reçoivent une, cela affecte le contenu de la norme elle-même.

mon restaurant (sachant que je sais qu'un très grand nombre de chiens causent des troubles), j'émet une norme qui devra être appliquée à tous les chiens. La formulation ne prévoyant aucun cas d'exception pour les vieux chiens tranquilles, elle sera nécessairement sur-inclusive ; or, pour être véritablement dotée de force normative, la norme doit être mobilisée par le raisonnement directement, indépendamment de sa justification d'arrière-plan (ici, se prémunir des troubles causés par les chiens), elle doit être « enracinée » (*entrenched*)³⁴ : le processus de décision qui applique la norme ne doit pas mobiliser directement la justification d'arrière-plan, car s'il le faisait, on verrait mal pourquoi il était utile, au départ, de formuler une norme.

Il est certain, cependant, que de très nombreuses normes ne reçoivent pas de formulation canonique (règles coutumières, voire *ratio decidendi* des précédents dotés de force obligatoire) ; mais « l'enracinement de ces règles sera, de manière significative, plus faible³⁵ ». La raison en est qu'en l'absence de formulation canonique, l'interprète est toujours à même, dans tel ou tel cas particulier, de reformuler la norme de manière à faire correspondre la solution du cas à la justification d'arrière-plan de la norme. Inversement, le fait que le processus de décision (juridictionnelle ou autre) n'ait accès qu'à une formulation canonique affecte directement la nature des normes qui seront appliquées.

SECTION 2. NORMES, PROPOSITIONS NORMATIVES, ÉNONCÉS JURIDIQUES

Les philosophes du droit et les spécialistes de logique déontique ont coutume de distinguer entre normes et propositions normatives³⁶. Une norme est une proposition de devoir-être, formalisable à l'aide d'un foncteur déontique ; une proposition

34 Sur la doctrine de l'*entrenchment*, liée à une conception des règles comme généralisation, voir plus bas, chapitre 6.

35 Schauer, 1991b, p. 71.

36 On trouve dans la littérature diverses appellations, dont il faut souligner qu'elles ne sont pas exactement synonymes : « Sollsatz » (Kelsen, 1962a, p. 100, p. 109) ; « Rechtssatz » (Kelsen, 1962a, p. 97-113), « norm-proposition » (von Wright, 1963a, p. 104 ; Mazzarese, 1991 ; Moreso, 2004, p. 143), « deontic sentence » (Wolenski, 1982), « deontic statement » (Opalek et Wolenski, 1987), « normative proposition » (Alchourrón, 1969, passim ; Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 121 ; Bulygin, 1982a, passim ; Bulygin, 1985, p. 158 ; Hilpinen, 2007, passim), « proposicion normativa » (Bayón, 1991, p. 257 ; Bulygin, 2009, passim), « proposizione normativa » (Guastini, 2011b, p. 239 sq.), « énoncés constatatifs sur les normes » (Opalek, 1972, p. 357), « proposizioni enunciative della scienza giuridica » (Bobbio, 1954, p. 653), « 'ought'-sentences used to describe norms » (Guastini, 1998, p. 320), « normative statement » (Raz, 1980, p. 45 ; Soeteman, 1989, p. 34), « norm statement » (Aarnio, 1987, p. 48), « legal statement » (Raz, 1982, p. 111 ; Shapiro, 2011, p. 188), « proposition of law » (Dworkin, 1986, p. 4), etc. On retient ici la formulation « proposition normative » qui est de loin la plus répandue. Il est à noter que la distinction entre norme et proposition normative a déjà été formulée, en filigrane, par Bentham (1970, p. 152), de même que, quasiment dans les mêmes termes,

normative est une proposition descriptive portant sur une norme. Supposons qu'une autorité émette la norme « Les véhicules sont interdits dans le parc » et que je demande à un quidam ce que cette autorité vient de dire, celui-ci me répondra : « Les véhicules sont interdits dans le parc ». Alors qu'au premier énoncé correspond une norme (un énoncé à valeur normative, c'est-à-dire exprimant une proposition de devoir-être), au second correspond une proposition normative. Si la question de savoir si les normes sont susceptibles du vrai et du faux est disputée³⁷, il est manifeste que les propositions normatives sont susceptibles du vrai et du faux, et ce bien que les énoncés correspondants soient (ou à tout le moins puissent être) identiques. Aussi bien un seul et même énoncé déontique pourra-t-il recevoir deux interprétations : une interprétation normative et une interprétation descriptive.

Selon Alchourrón et Bulygin, la proposition normative est essentiellement informative³⁸ : son rôle est « d'affirmer qu'une prescription existe », il s'agit d'une « proposition (descriptive) au sujet des normes »³⁹. La notion de proposition normative ne laisse pourtant pas d'être ambiguë, car on peut se demander, en premier lieu si la proposition normative est véritablement « descriptive » et en second lieu, si elle l'est, ce que, au juste, elle prétend « décrire », ou, dit autrement, dans quel cas une proposition normative est vraie ou fausse.

par Ross (1958, p. 9 ; 1968, p. 36-37), sans cependant que ces auteurs n'y attachent de formulation canonique.

37 Que les normes, comme les commandements et les prières, ne soient pas susceptibles du vrai et du faux est tenu pour une vérité évidente depuis Aristote (*Peri Hermeneias*, 17a2-17a5). C'est d'ailleurs le nœud du dilemme de Jørgensen, qui à la fois fonde et met en péril la logique déontique contemporaine. Certains auteurs, comme Georges Kalinowski, soutiennent que les normes sont dotées de valeurs de vérité (voir Kalinowski, 1967 ; Kalinowski, 1972, en particulier). L'auteur qui a soutenu cette thèse avec le plus de constance est sans doute Jean-Louis Gardies, qui distingue les normes et les impératifs : alors que ces derniers ne sont pas dotés de valeurs de vérité, étant de purs actes de langage, les normes (qui peuvent résulter d'impératifs, et en résultent souvent) correspondent à des faits normatifs. Il est vrai ou faux que j'aie l'obligation ou le droit de ϕ . Il faut bien noter que quand il affirme qu'il est vrai ou faux que je doive ϕ ou que j'aie le droit de ϕ , Gardies ne dit nullement que la proposition normative « je dois ϕ » ou « j'ai le droit de ϕ », proposition par laquelle je rends compte de la norme dont je suis le destinataire, est vraie ou fausse – ce qui est une évidence. La proposition : « je dois faire ϕ » n'est en elle-même vraie ou fausse que pour autant que je la rapporte à la norme elle-même (« Op » est vraie si et seulement si Op). Or il s'agit bien d'affirmer que la norme elle-même est vraie ou fausse, indépendamment de toute proposition que je forme sur elle, pour la simple raison qu'elle est indexée à une autre norme, qui reconnaît, par exemple, une autorité. Que je doive faire ϕ est vrai si et seulement si j'ai reconnu la norme qui m'oblige à obéir à l'autorité qui émet l'impératif : fais ϕ . Certes, la norme d'habilitation sous-jacente, pour être elle-même dite vraie ou fausse, devra être indexée à une autre norme, et ainsi de suite *ad infinitum*. Mais que l'on n'ait aucun moyen de remonter la « chaîne des normes » n'empêche pas que les normes en elles-mêmes puissent être vraies ou fausses : selon le principe du tiers exclu, il suffit qu'il soit possible qu'une norme soit vraie ou fausse pour qu'elle soit nécessairement soit vraie, soit fausse. (Voir Gardies, 1972, p. 36). Evidemment, une telle position « suppose une ontologie plutôt compliquée » (Bulygin, 1982a, p. 130).

38 Voir Alchourrón, 1969, p. 249 ; Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 121.

39 Bulygin, 1982a, p. 127.

I. LES PROPOSITIONS NORMATIVES SONT-ELLES VÉRITABLEMENT DESCRIPTIVES ?

A. *Rechtssatz*

Le *locus classicus* de cette première ambiguïté est le *Rechtssatz* (« proposition de droit ») kelsénien, conçu comme une sorte de *Sollsatz* (proposition de devoir-être⁴⁰), de proposition de devoir-être⁴¹. A première vue, la proposition de droit est typiquement une proposition normative au sens d'Alchourrón et Bulygin : contrairement à la *Rechtsnorm* qui est édictée par une autorité législative ou jurisprudentielle, le *Rechtssatz* est formulé par la science du droit (c'est-à-dire, pour le dire rapidement, la doctrine à condition de distinguer l'aspect scientifique de l'aspect de « politique juridique » *de lege ferenda*). En ce sens, n'étant pas dotés de valeur juridique (si ce n'est en un sens indirect), les énoncés de la science du droit sont descriptifs : ils sont vrais ou faux. Comme l'avoue Bulygin, l'idée selon laquelle il y a là une préfiguration de la notion de proposition normative s'avère rapidement illusoire⁴². Kelsen insiste très largement sur l'idée selon laquelle la science du droit est *normative*, et que les propositions de droit sont des propositions de *Sollen*⁴³. Certes, la science du droit est normative *de lege lata* et non pas *de lege ferenda*⁴⁴. Autrement dit, la science du droit n'émet pas de *normes*. Elle émet des propositions sur des normes (émises par une autorité jurisprudentielle quelconque), qui entendent *décrire* le contenu de ces normes. Mais, selon Kelsen⁴⁵,

40 On suit ici la traduction courante, encore qu'elle soit quelque peu erronée. *Sollsatz* se traduit rigoureusement par « phrase de devoir-être » (en anglais : *ought-sentence*). D'où l'insistance kelsénienne, rappelée plus haut, sur la distinction entre *Norm* et *Satz* (qu'O. Beaud et F. Malkani rendent par énoncé). On conserve la traduction courante, sans davantage gloser sur la distinction entre phrase, énoncé et proposition, qui ne prête pas énormément à conséquence ici, et qui permet de souligner les parallèles et les différences avec la « proposition normative » d'Alchourrón et Bulygin.

41 Il est notable que, jusque dans les années 1940, *Rechtssatz* signifie chez Kelsen la norme juridique elle-même proprement individuée, ce que Bulygin a appelé une norme juridique reconstituée (voir Kelsen, 1992, p. 23.) Dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, *Rechtssatz* signifie clairement proposition décrivant la norme. C'est ce sens qui est retenu ici.

42 Bulygin, 1982a, p. 135.

43 Kelsen, 1962a, p. 109.

44 « Bien que la science du droit ait pour objet des normes juridiques, et par conséquent les valeurs juridiques fondées par elles, ses propositions sont, cependant (...) une description de leur objet exempté de toute appréciation de valeur » (Kelsen, 1962a, p. 111).

45 Il est à noter que le dernier Kelsen maintient avec force la distinction *Norm/Satz*. D'ailleurs, le so-disant scepticisme de Kelsen ne se confond jamais avec un réductionnisme (des normes aux faits). Kelsen, dès 1934, accepte l'idée selon laquelle l'acte de création d'une norme est un acte de volonté (voir Kelsen, 1992, p. 56). Jusque dans la période tardive, Kelsen maintient que la norme (qui est un *Sollen*) ne se confond pas avec l'acte qui la crée (qui est un *Sein*) : voir là-dessus la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, Kelsen, 1962a, pp. 6-13. Par conséquent, à supposer que ce postulat ne soit pas remis en cause par le dernier Kelsen (voir 1996, p. 71 *sq.*), il n'y a aucune raison pour affirmer que, selon le dernier Kelsen, la science du droit cesserait d'être normative. Il y a, plus généralement, des raisons de douter de l'existence d'un scepticisme tardif de Kelsen (voir Amselek, 1999, pp. 215-220), dont le seul revirement notable consiste dans la reconnaissance de la possibilité de conflits de normes (voir Kelsen, 1962b), d'où Kelsen tire l'impossibilité d'une logique des normes, puisque le principe

on ne décrit pas une norme comme on décrit un *Sein*. Autrement dit, les énoncés de la science ne se contentent pas de décrire le simple processus par lequel une norme, par exemple, est promulguée⁴⁶ ; ils décrivent un *Sollen*, c'est-à-dire qu'aux termes de la norme telle qu'elle a été promulguée (et ce, selon des formes et une procédure qui en garantissent la validité), telle ou telle chose doit être faite.

La théorie du *Sollen* descriptif engage un certain nombre de présupposés épistémologiques importants qui à bien des égards sont difficiles à faire tenir ensemble : le premier est que la science du droit est, au même titre que la science de la nature, une science descriptive⁴⁷ ; le second, pleinement compatible avec le précédent, est que la science ne se confond pas avec son objet⁴⁸ : de même que la physique – comme science – ne se confond pas avec un ensemble de protons, neutrons, neutrinos, etc., la science du droit ne se confond pas avec le droit ; le troisième postulat est que la science du droit ne peut décrire son objet à l'aide des mêmes outils que les sciences de la nature (distinction des principes de causalité et d'imputation). La science du droit ne peut décrire un simple *Sein* dans la mesure où elle ne décrit pas de rapports de causalité : « La science du droit ne peut pas énoncer que, selon un ordre juridique donné, si un délit est commis, une sanction intervient effectivement ; car en fait, il arrive souvent qu'un délit soit commis sans que la sanction instituée pour ce cas par l'ordre juridique se réalise.⁴⁹ »

de non-contradiction ne peut s'appliquer aux propositions normatives (il s'agit d'ailleurs d'un *non sequitur*, voir Celano, 1998).

46 Voir Kelsen, 1962a, p. 107-109, note 1. Pour Michel Troper, la *Rechtssatz* est impossible précisément parce que si la science du droit veut décrire un objet distinct d'elle, elle ne peut décrire que les actes par lesquels les normes sont adoptées et non pas les normes elles-mêmes (voir Troper, 2004, p. 99).

47 Kelsen, 1962a, p. 111.

48 Kelsen, 1962a, p. 112.

49 Kelsen, 1962a, p. 108. Kelsen a clairement en vue ici les théories réductionnistes, telles que l'impérativisme austlinien, qui réduisent la normativité du droit à la présence d'ordres contraignants de la part du souverain et une habitude d'obéissance de la part des sujets (voir Austin, 1995, p. 166 sq.) : si le discours sur le droit ne prétend que décrire ces deux paramètres, il décrit des réalités de fait, et non pas un *Sollen*. Il faut cependant distinguer le problème du statut du discours sur les normes (des *Sollsätze*) de la question de savoir si les normes elles-mêmes ne sont pas des assertions de fait. Cette position, que Kelsen récuserait également, a été soutenue par A. R. Anderson, 1958, qui argue qu'il est possible de réduire sans reste une expression déontique à une expression de la logique modale aléthique : il est selon lui possible de réduire une extension D du calcul propositionnel définie comme étant une logique déontique à une logique modale aléthique, en ajoutant simplement à n'importe quel système de logique modale aléthique (LMA) une constante propositionnelle **P** qu'il est possible d'interpréter comme « un mauvais état de fait est le cas » (*bad state of affairs*) : ainsi $Pp \Leftrightarrow (\Box(p \wedge \neg(\Box \neg P \wedge P)))$ et $Op \Leftrightarrow \neg(\Box(\neg p \wedge \neg(\Box \neg P \wedge P)))$. Le syntagme « $(\Box \neg P \wedge P)$ » peut être interprété comme signifiant la sanction. Autrement dit, ce qui est permis reviendrait à ce qu'il est possible de faire sans encourir de sanction, et ce qui est obligatoire serait ce qu'il n'est pas possible de ne pas faire sans encourir de sanction. Pourquoi la sanction est-elle exprimée de la sorte ? Pour Anderson, la norme qui oblige à p implique que l'échec dans la réalisation de p conduise à un état de fait P qui est « mauvais », mais évitable (d'où « $(\Box \neg P)$ » : la formule « $(\Box \neg P \wedge P)$ » implique donc « que la sanction n'est pas nécessaire, ce qui est certainement une pré-condition afin de motiver correctement le comportement destiné à échapper à la sanction » (Anderson, 1958, p. 103). Autrement dit, lorsqu'une norme rend p obligatoire, et prévoit donc une sanction, cela est équivalent à : « Il n'est pas possible qu'à la fois non-p et que ce ne soit pas le cas qu'un mauvais état

Par conséquent, la science du droit, pour satisfaire ces trois postulats, doit être descriptive – ne pas chercher à évaluer son objet, produire des propositions susceptibles du vrai et du faux ; être distincte de son objet –, ne pas émettre de normes, faute de quoi elle serait cela qui émet des normes, à savoir l'autorité juridique ; décrire un *Sollen*, c'est-à-dire être normative. Les propositions de droit (du type : « selon le système juridique S, x doit ϕ ») sont à la fois descriptives (elles sont susceptibles d'être vraies ou fausses) et normatives (la proposition indique bien que x *doit* ϕ), sans être évaluatives ou normatives *de lege ferenda*.

La nature des *Rechtssätze* peut être explicitée au moyen de la doctrine kelsénienne de la validité. La validité est le mode d'existence spécifique des normes : une norme non valide n'est pas une norme, de même qu'une pierre non existante n'est pas une pierre⁵⁰. Si on pousse à la fois l'opposition et l'analogie entre *Sein* et *Sollen*, dire qu'une norme est valide revient à dire que ce qu'elle prescrit *doit être*, de la même manière que dire que l'énoncé « ceci est une pierre » est vrai revient à dire que ce qu'il décrit *est*⁵¹. Par conséquent, un énoncé prétendant à décrire les normes ne peut pas se contenter de décrire un *Sein*, par exemple, l'acte par lequel la norme a été promulguée ; elle doit décrire les normes telles qu'elles existent spécifiquement, c'est-à-dire comme *valides*. Affirmer que « la science du droit énonce uniquement qu'une norme est "en vigueur" dans un ordre juridique déterminé, à un moment déterminé, et que, par conséquent, à la différence de la norme juridique, elle n'énonce nullement un *Sollen*, mais un *Sein* » revient à soutenir « une idée fausse »⁵². Pour Kelsen, la notion de validité-appartenance⁵³ (une norme est « en vigueur » dans un ordre juridique) suppose la notion plus forte de validité comme *force obligatoire* (comme le fait que x *doive être*) : par conséquent, décrire le droit comme un système de normes ne revient pas à citer

de fait soit, sans pour autant que ce dernier soit nécessaire ». De même Pp peut être exprimé (selon Anderson) ainsi : « Il est possible qu'à la fois p et ce ne soit pas le cas qu'un mauvais état de fait soit, sans pour autant que ce dernier soit nécessaire. » Prise au sérieux, cette théorie (qui a été critiquée durement par Castañeda, 1960) aboutit cependant à des résultats absurdes. En effet, la proposition « $\neg(\Diamond(p \wedge \neg(\Diamond\neg P \wedge P)))$ » est, selon Anderson, l'expression exhaustive de la signification de la norme « $O\neg p$ » (« il est interdit que p ») et non pas de la proposition normative correspondante : dès lors, étant une expression de la logique modale aléthique, elle est susceptible d'être vraie ou fausse. Comme le remarque A. Soeteman (voir Soeteman, 1989, p. 40-41), cela entraîne que lorsque celui qui viole la norme échappe à la sanction (parce que, par exemple, on ne sait pas qu'un meurtre a été commis ; ou on ne sait pas qui l'a commis), cela veut dire que la norme était non valide (puisque l'énoncé modal aléthique correspondant est faux). Soeteman montre (1989, p. 43) qu'il est impossible de sauver la réduction andersonienne sans y injecter, à un moment ou un autre, du déontique (le « mauvais état de fait » sera jugé mauvais à l'aune de critères axiologiques ou normatifs et ainsi de suite). Von Wright fait remarquer que la seule possibilité qu'une réduction du type de celle d'Anderson soit couronnée de succès est de ne l'appliquer qu'aux normes techniques (« pour éviter la sanction, il faut ne pas commettre de meurtre »), et lui-même se base sur les travaux d'Anderson pour tenter de réduire toutes les normes à des normes techniques – voir von Wright, 1971c ; et pour une (auto)critique voir von Wright, 1983, p. 154-155.

50 L'exemple est de J. Raz, qui reprend à son compte la doctrine kelsénienne de la validité (Raz, 2009a, p. 148). Pour un examen critique et une tentative de solution, voir Celano, 2000, p. 36 *sq.*

51 Là-dessus, voir Celano, 2000, p. 40 *sq.*

52 Kelsen, 1962a, p. 107.

53 Sur laquelle on reviendra dans l'appendice de cette première partie.

des articles de code (normes – ou formulations normatives – « en vigueur » dans tel système juridique), mais à indiquer que le comportement qu'ils prescrivent *doit être*.

De nombreux auteurs se sont montrés rétifs à l'idée d'un *Sollen* descriptif, ou tout au moins critiques à l'endroit des obscurités qu'elle occasionne⁵⁴. Dans « Kelsen Visited », Hart fait part de sa perplexité à l'endroit de cette notion. Comme on le verra plus loin, sa propre théorie des règles comme pratiques dotées d'un aspect interne et externe rend impossible d'envisager des énoncés descriptifs de normes qui seraient de ce fait dotées d'une valeur normative *sui generis* (non pas prescriptive mais descriptive). Toutefois, il propose successivement deux solutions : la première, qu'il emprunte à Martin Golding⁵⁵, et qu'il soumet à Kelsen au cours de la visite dont il fait la relation dans l'article, consiste en une distinction entre la mention et l'usage telle qu'illustrée, dans le discours moral, par la théorie de Hare du « *ought* entre guillemets »⁵⁶. Mentionner le mot « tabouret » (par exemple : « tabouret » signifie « chaise sans dossier ») n'est pas en faire usage (« ce tabouret est fort joli »). Ainsi, alors que les normes feraient usage du mot « *Sollen* » (et, plus largement, du vocabulaire normatif : obligations, permissions, droits, devoirs, habilitations, etc.), les propositions de droit mentionneraient le mot « *Sollen* » et les énoncés le comprenant, sans en faire usage⁵⁷. Ainsi, la proposition de droit type serait : « L'article 1382 du Code civil veut dire la même chose (ou, si l'on veut, a pour contenu) que "si l'on cause par sa faute à autrui un dommage, on est *obligé* de le réparer" »⁵⁸. Pour Kelsen, il s'agit d'une pure et simple incompréhension de son propos dans la mesure où la proposition de droit ne peut être comprise comme une proposition détaillant (mentionnant) les *mots* de tel ou tel *texte* de droit ; pour le dire dans un vocabulaire non-kelsenien, une proposition de droit doit restituer la norme entendue comme *negotium*, pas comme *instrumentum*.

D'où la seconde solution proposée par Hart, qui est également insatisfaisante. Hart propose de décrire les propositions de droit comme étant en quelque sorte des traductions de normes. Supposons qu'un officier allemand, dans un stalag, ordonne aux prisonniers : « *Stehen Sie auf!* », et qu'un interprète le traduise par « Levez-vous ! » : il est manifeste que l'interprète n'a pas l'autorité pour édicter une norme, et cependant son énoncé est autre chose qu'un simple énoncé descriptif de la norme édictée par l'officier. L'interprète reproduit l'ordre, et ce faisant conserve sa force normative, même si cette dernière émane de l'officier et non de lui⁵⁹. Il ne mentionne pas les mots de

54 Voir Hart, « Kelsen Visited », repris dans Hart, 1983, p. 287-295 ; Ross, 1958, p. 10 ; Ross, 2004, p. 163 ; Golding, 1971, p. 78 ; Bulygin, 1982a, p. 135 ; Dreier, 1990, p. 196-203 ; Bayón, 1991, p. 28 ; Guastini, 1998 ; Nino, 1998, passim ; Bobbio, 1998, p. 187 ; Amselek, 1999, p. 206 ; Siltala, 2000, p. 41 ; Guastini, 2001 ; Bindreiter, 2002, p. 99 ; Spaak, 2005, p. 406.

55 Golding, 1971, p. 78 *sq.*

56 Voir Hare, 1952, p. 18 et p. 124.

57 C'est peu ou prou l'interprétation proposée par Roberto Vernengo : « Dans un *Rechtsatz*, on pourrait dire que les normes sont mentionnées, ou dénotées (*referred to*) par le même énoncé linguistique qui est utilisé pour les appliquer. On peut dire que les normes apparaissent dans les *Rechtssätze* obliquement » (Vernengo, 1986, p. 101).

58 Voir Hart, 1983, p. 292. L'exemple de Hart est ici adapté au droit français.

59 Hart, 1983, pp. 293-294.

l'officier, il en fait usage, mais il en fait un usage distinct de celui qu'en fait l'officier. En fin de compte, les propositions de droit seraient des actes de langage directifs d'un certain type, distinct des actes de langage directifs standard (les normes).

Cette seconde solution est également insatisfaisante. Comme le fait remarquer Bulygin, l'hypothèse de la traduction passe par pertes et profits l'aspect descriptif des *Rechtsätze* : lorsque je reproduis un énoncé (ou le traduis), je ne le décris pas⁶⁰. Pour que l'énoncé du traducteur soit descriptif, il faudrait que nous reconnaissons que, dans ce contexte, « Levez-vous » signifie la même chose que « L'officier vous ordonne de vous lever » ; mais ce faisant, on revient à la distinction entre mention et usage que la seconde solution hartienne était supposée éviter. Là où gît véritablement le nœud problématique de la notion de *Rechtssatz*, c'est que cette dernière renvoie à des énoncés dont la force illocutoire est à la fois assertive et directive.

B. « Énoncés désengagés » et point de vue interne

1. La notion d'énoncé désengagé

Joseph Raz a, dans une série de textes⁶¹, tenté de fournir une explication alternative de la notion de *Rechtssatz* qui a la fois permette d'en rendre compte avec rigueur et de fournir un concept heuristique pour la théorie du droit. Pour ce faire, il développe une théorie de ce qu'il appelle des énoncés désengagés (*detached statements*)⁶², dont il estime qu'elle fournit l'approximation la plus correcte de la teneur exacte de la *Sollsatz* kelsénienne. Il y a une différence entre l'énoncé : « Tu ne dois pas manger ce plat ! Il contient de la viande »⁶³, adressé par un végétarien à un autre végétarien et le même énoncé adressé par un non-végétarien à un végétarien ; de la même manière, un catholique peut conseiller un Juif orthodoxe sur la conduite qu'il doit avoir s'il veut suivre les préceptes de la loi rabbinique à la lettre⁶⁴. Contrairement au végétarien ou au Juif orthodoxe (dont les énoncés sont engagés, *committed*), le non-végétarien et le catholique des exemples ci-dessus ne partagent pas les prémisses normatives acceptées par le végétarien ou le Juif orthodoxe. Pourtant, leurs énoncés ne se contentent pas de décrire le contenu d'un précepte végétarien ou de la loi rabbinique, ils sont dotés de force normative. Pour Raz, il en va de même du celui qui adopte le point de vue

60 Bulygin, 1982a, p. 135.

61 Raz, 1980, pp. 234-238 ; Raz, « Kelsen's Theory of the Basic Norm » repris dans *The Authority of Law* (Raz, 2009a, pp. 122-145) ; Raz, « Legal Validity » repris dans *The Authority of Law* (Raz, 2009a, pp. 146-159, particulièrement, pp. 153-159) ; Raz, « The Purity of the Pure Theory » repris dans la seconde édition de *The Authority of Law* (Raz, 2009a, pp. 293-312) ; Raz, 1999, pp. 170-177.

62 La traduction de « statement » reçue dans les langues latines est « énoncé », et non pas, comme le voudrait l'exactitude linguistique, « affirmation ». La différence ici a peu de poids, on conserve donc la traduction standard.

63 Voir Raz, 1999, p. 175 *sq.*

64 Voir Raz, 2009a, p. 158. La notion d'énoncés désengagés rappelle la notion de jugement moral entre guillemets (*inverted commas moral judgement*) de Hare.

de « l'homme juridique »⁶⁵ : l'avocat qui conseille son client n'est pas obligé de croire en la valeur (qui est une valeur morale) du droit, c'est-à-dire qu'il n'est pas obligé d'adopter une attitude selon laquelle le client *doit* suivre la règle en question, ou est obligé d'en reconnaître la valeur normative. En affirmant que la règle en question est valide, l'avocat se met à la place de celui pour lequel le droit crée une obligation, sans lui-même souscrire à cette acceptation. Son conseil a bien une force normative : il a pour vocation de faire une différence pratique dans la délibération de son client ; mais il n'est pas *pleinement* normatif : il se contente de *décrire* le point de vue de quelqu'un (« l'homme juridique ») dont l'énoncé correspondant serait, lui, pleinement normatif.

La théorie des énoncés désengagés permet donc à Raz de sauver la définition kelsénienne de la validité comme force obligatoire⁶⁶ et de la distinguer d'acceptions plus faibles de la « validité » (par exemple, l'appartenance à un système juridique). L'énoncé désengagé : « la norme qui prescrit que x doit φ est valide » est identique à l'énoncé désengagé : « x doit φ ». Les énoncés désengagés ne sont pas de simples énoncés hypothétiques⁶⁷ affirmant au sujet d'une norme N que « si N est valide, alors x doit φ », puisque le locuteur n'a pas besoin de présupposer que N est valide, c'est-à-dire dotée de force obligatoire, mais seulement se mettre à la place de celui qui croit qu'elle l'est. L'énoncé désengagé est celui qui est proféré par un locuteur qui se place *selon le point de vue du droit*, c'est-à-dire qui endosse ce point de vue, sans s'estimer soi-même lié par le droit⁶⁸. De la sorte l'énoncé désengagé conserve l'ambiguïté kelsénienne du normatif et du descriptif : de même que le *Rechtssatz*, il est normatif, dans la mesure où il contient bien un *ought* (le catholique dit bien au Juif orthodoxe ce qu'il *doit* faire) ; mais il est descriptif dans la mesure où il est susceptible d'être vrai ou faux⁶⁹ (le catholique peut se tromper sur le contenu de la loi talmudique ; il peut donc être faux que le Juif orthodoxe *doive* faire ce que le catholique lui dit de faire).

La notion d'énoncé désengagé trouve sa source à la fois dans la perplexité que suscite la notion kelsénienne de *Rechtssatz*, mais également dans une interrogation plus profonde sur la compatibilité du positivisme juridique avec l'idée de normativité du droit. Si l'on admet que les concepts d'obligation, de droits, etc. doivent être entendus, y compris dans un contexte juridique, en un sens moral, comment affirmer que les énoncés sur le droit puissent être exempts de toute considération morale (d'évaluation, de mérite, etc.), thèse (semble-t-il) centrale du positivisme ?

Raz critique ici une thèse centrale de la pensée de Hart. Ce dernier, dans le *Concept de droit*, insiste sur le fait que les énoncés du point de vue interne, ceux qui marquent l'acceptation par les participants, et en particulier des *officials*, des règles de

65 C'est-à-dire celui qui déploie un point de vue interne, pleinement normatif sur le droit (voir Raz, 2009a, p. 304).

66 Raz, 2009a, p. 149.

67 « Les énoncés désengagés ne sont pas des conditionnels » (Raz, 1999, p. 175). Selon Bulygin au contraire (« Enunciados jurídicos y positivismo », in Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 436), la seule manière de faire sens des énoncés désengagés est d'en faire des conditionnels.

68 Raz, 1999, p. 173, Raz, 2009a, p. 157 ; Raz, 1980, 236-237.

69 Raz, 1999, p. 177.

droit du système juridique, sont bien normatifs, mais pas moraux, ou à tout le moins pas nécessairement moraux⁷⁰. Les *officials* acceptent les règles de droit comme *juridiquement* normatives, quoi qu'il en aille de leurs opinions morales : le concept d'obligation ainsi que les autres concepts normatifs ont une signification différente dans un contexte moral et dans un contexte juridique.⁷¹ De la sorte, Hart parvient à la fois à échapper à l'idée réductionniste selon laquelle les énoncés de droit seraient des énoncés de fait (décrivant des faits tels que : le souverain a émis un ordre assorti de sanctions ; il y a une habitude d'obéissance, permettant de déterminer qui est souverain, etc.⁷²) et à la thèse, semble-t-il propre au droit naturel, selon laquelle toute obligation juridique est une obligation morale.

Selon Raz, les concepts normatifs sont des concepts moraux, c'est-à-dire qu'« obligation », « droit (de) », « autorité » ont exactement la même signification dans un contexte moral et juridique. Autrement dit, lorsque le droit prétend imposer

70 C'est l'interprétation qu'en fait Raz dans Raz, 2009a, p. 154-155 ; c'est également l'interprétation qu'en fait Matthew Kramer (*contra* Raz, précisément) dans Kramer, 1999, p. 78 *sq.* ; voir également Perry, 1995, p. 116 ; ou encore Scott Shapiro dans Shapiro, 2006, p. 1161 ; Shapiro, 2011, p. 113-114. Voir notamment, à l'appui de cette position, Hart, 1982, p. 146-147 ; Hart, 2005, p. 221 et p. 225-229 (sur la possibilité de dire *du point de vue interne* : « Ceci est du droit valide, mais il est moralement inique »). Pour Raz (suivi sur ce point par Holton, 1998, p. 600-606), cette thèse de Hart est erronée : les énoncés juridiques pleinement engagés (« *full-blooded committed statements* ») supposent une acceptation morale de la norme, ou tout au moins suppose la croyance que la norme me donne une raison valide pour l'action. Hart, pour réfuter cette thèse, accepte, dans ses écrits tardifs (voir Hart, 1982, pp. 265-266), une suggestion de Raz (voir « The Purity of Pure Theory » in Raz, 2009a) selon laquelle il conviendrait de distinguer entre deux formes d'acceptations : une acceptation forte (pleinement morale), qui consiste à ériger la règle en modèle de comportement non seulement pour soi-même, mais pour tout autre, et une acceptation faible, qui consisterait à accepter la règle pour des raisons purement personnelles (prudentielles, par exemple). Or comme le fait remarquer Kevin Toh (Toh, 2007, pp. 415 et *sq.*), Hart renonce ainsi à ce qui fait le nœud du caractère propre du point de vue interne dans le *Concept de droit*, que Hart oppose explicitement à l'obéissance pour des raisons prudentielles (voir Hart, 2005, pp. 134-136). Dans le *Concept de droit*, les *officials* (au moins eux) acceptent les règles dans un sens fort *encore que non moral*, c'est-à-dire endossent ces règles comme devant s'appliquer à tous les membres de la société, et non pas pour des raisons purement prudentielles. Et c'est d'ailleurs en la décrivant comme acceptation de modèles *devant s'appliquer à tous les membres du groupe* que Hart introduit la notion même d'aspect interne (qui implique que les membres du groupe soient « attentifs à la généralité du comportement », Hart, 2005, p. 75). Dans les plus tardifs *Essays sur Bentham*, Hart entend répondre à Raz, non seulement en distinguant, classiquement, entre normatif et moral, mais également en minorant le poids de l'acceptation au sein des énoncés juridiques internes, qui peuvent ne traduire qu'une acceptation faible (pour soi-même) – même si elle peut, bien entendu, traduire également une acceptation forte. Comme Toh le montre, non seulement ce pas consiste à renoncer à un élément conceptuel clé de sa doctrine, mais il est également inutile.

71 Voir Hart, 1982, pp. 153-161 et p. 262-268 ; Hart, 1983, p. 10 ; Postema, 1987, p. 84 ; Kramer, 1999, pp. 78-83 ; Hatzistavrou, 2007 p. 123. Cette distinction conceptuelle entre moral et normatif (selon laquelle il y a du normatif non moral) rapproche Hart de Ross, qui, bien qu'expliquant la normativité du droit par l'existence de la part des juges d'un sentiment désintéressé de respect pour le droit (c'est-à-dire quelque chose qui ressemble à une acceptation morale du droit), rejette l'idée selon laquelle cette attitude est nécessairement assimilable à une attitude morale, même si elle peut l'être (voir Ross, 1958, pp. 53-55).

72 Cette critique du réductionnisme est essentielle à la réfutation par Hart de l'impérativisme austinien. Voir Hart, 2005, p. 74 et *sq.*

une obligation juridique, il prétend imposer une obligation morale⁷³. De ce point de vue le citoyen idéal, celui qui suit le droit *parce que c'est le droit*, considère qu'il a une *obligation* morale de faire ce que le droit requiert⁷⁴. Mais cela n'implique nullement que les obligations juridiques *soient* réellement des obligations morales : cela implique seulement que, selon le point de vue interne, si l'on veut accepter la normativité du droit, il faut *croire*⁷⁵ que les raisons pour l'action qu'il offre sont des raisons morales, et par conséquent, accepter sa *revendication* à l'autorité légitime (c'est-à-dire morale). Cependant, l'alternative aux énoncés internes, pleinement engagés, n'est pas nécessairement l'énoncé externe (qui décrit d'un point de vue extérieur la pratique des participants au système) : il y a un « troisième type d'énoncés », les énoncés désengagés qui, tout en restituant la force normative des règles de droit, n'emportent nullement adhésion morale. En ce sens, on peut selon Raz, à la fois admettre que le droit est normatif (c'est-à-dire qu'il prétend créer des obligations *morales* pour les sujets de droit) et qu'il est possible de formuler un énoncé juridique qui ne soit pas *ipso facto* un énoncé sur le mérite moral du droit : on peut ainsi, au moyen d'énoncés désengagés, identifier ce qui est de droit (« Jean *doit* payer 500 euros au fisc ») sans accepter l'idée que Jean *doive* (ait un devoir moral de, ou qu'il soit moralement bon pour Jean de) payer 500 euros au fisc. De la même manière lorsque je dis, au moyen d'un énoncé désengagé, que Jean ne doit pas payer 500 euros au fisc, je ne dis pas qu'il serait immoral pour Jean de payer 500 euros au fisc, mais seulement que le droit ne prétend pas lui imposer une telle obligation (parce que, par exemple, Jean n'est plus imposable cette année, et que les impôts qu'il payait sur les revenus de l'année précédente ne sont plus dus). Ainsi, on peut identifier le droit sans se prononcer sur son mérite, et sans (non plus) s'en tenir au seul point de vue externe du sociologue ou de l'anthropologue qui décrivent l'aspect externe des pratiques des participants au système.

2. La possibilité d'un point de vue externe modéré

La théorie des énoncés désengagés a suscité à son tour un grand nombre de critiques, portant soit sur l'adéquation des énoncés désengagés au *Rechtssatz* kelsénien⁷⁶, soit sur leur valeur propre comme outil heuristique pour la théorie du droit⁷⁷. A vrai dire, le point le plus difficile n'est pas tant la question du rapport de Raz à Kelsen, mais celui de son rapport à Hart. En effet, Raz indique que la théorie des énoncés

73 Voir Raz, 2009a, p. 36 et p. 154.

74 Scott Shapiro rejoint Raz sur ce point, même s'il ne partage pas la thèse des énoncés désengagés. Voir Shapiro, 2011, p. 114.

75 Raz, 1999, p. 170

76 Voir Vernengo, 1986 ; Bulygin, « Enunciados jurídicos y positivismo : Respuesta a Raz » in Alchourrón et Bulygin, 1991 ; Bayón, 1991, p. 28 ; Vinx, 2007, p. 13-14. Il est intéressant de noter que Bulygin, qui critique Raz pour avoir identifié l'énoncé juridique kelsénien à l'énoncé interne de Hart, insiste sur la valeur purement descriptive du premier, tout en faisant l'aveu suivant : « Je confesse que pour moi la notion de "Sollen descriptif" est incompréhensible » (Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 434). De sorte qu'on ne sait pas si ce que Bulygin reproche à Raz c'est de trahir de Kelsen ou de chercher à faire sens de quelque chose d'incompréhensible.

77 Voir Shiner, 1992, p. 139 ; Kramer, 1999, p. 119 ; Toh, 2007, *passim* ; Shapiro, 2011, p. 415 ; Duarte d'Almeida, 2011, *passim*.

désengagés doit se concevoir à l'encontre de tout réductionnisme, et par conséquent ne peut se ramener à l'analyse de simples énoncés externes. Dans ses écrits tardifs, Hart a reconnu que la notion d'énoncés détachés n'était pas contradictoire avec la distinction énoncés internes et énoncés externes telle que développée dans le *Concept de droit*, mais la complétait : il s'agissait d'un troisième type d'énoncés qu'il n'avait « pas pris en compte auparavant⁷⁸ et que l'on peut appeler énoncé herméneutique ». Or Neil MacCormick a précisément appelé « herméneutique » le point de vue externe modéré auquel Hart fait référence dans le *Concept de droit*⁷⁹. Et, dans la deuxième édition de la biographie qu'il a consacrée à Hart, MacCormick affirme que la théorie des énoncés désengagés est « pleinement compatible » avec sa propre distinction entre énoncés internes, herméneutiques et externes radicaux⁸⁰.

Il importe de souligner qu'à supposer que la tripartition effectuée par MacCormick soit exacte (c'est-à-dire qu'elle décrive adéquatement la pensée de Hart dans le *Concept de droit*), il reste que la théorie des énoncés désengagés est loin d'être « pleinement compatible avec elle »⁸¹. Contrairement à ce que semble affirmer MacCormick, la notion de « *detached statement* » ne permet pas de caractériser le point de vue externe herméneutique ou modéré, tel qu'esquissé par Hart dans le *Concept de droit*. Elle permet au mieux de caractériser un point de vue interne modéré.

Dans la première édition du *Concept de droit*, l'idée de point de vue externe modéré, et, corrélativement, l'idée d'énoncés externes sur l'aspect interne des règles sont évoquées en passant⁸². Il semble que ce soit à l'occasion de la controverse avec Dworkin que Hart, dans le *Postscript*, ait pris la pleine mesure de l'intérêt méthodologique (ou métathéorique) que représente le point de vue externe modéré. Dès la

78 Hart, 1982, p. 154 ; Hart, 1983, pp. 13-14. Comme le fait remarquer Postema, 1987, p. 84, Hart, ce faisant, sacrifie la distinction moral/normatif. Si l'on admet l'existence d'énoncés désengagés, « on ne peut distinguer l'obligation juridique de l'obligation morale (...) que si l'on est disposé à affirmer raisonnablement que les mots "obligation juridique" ne peuvent être utilisés que dans des jugements désengagés. Mais cela priverait les participants engagés de la terminologie dont ils ont besoin pour exprimer leurs jugements engagés, et, par là même, cela viderait les jugements désengagés de tout contenu (puisque les jugements désengagés ne sont que des jugements formés du point de vue de celui qui forme des jugements engagés). »

79 Voir MacCormick, 1994, pp. 288-292 (l'expression « point de vue herméneutique » apparaît dans MacCormick, 2008a, p. 53 et *sq.* Hart lui-même l'emploie dans Hart, 1983, p. 13). MacCormick distingue deux aspects du point de vue interne, l'élément volitif et l'élément cognitif. L'élément cognitif est celui qui permet au participant d'identifier ce que la règle requiert, tandis que l'aspect volitif suppose l'acceptation de la règle. Par conséquent, on peut endosser le point de vue interne cognitif, sans endosser le point de vue interne volitif. Le point de vue interne au sens hartien, c'est-à-dire l'existence d'une pratique d'acceptation normative des règles est présupposé pour que le point de vue interne cognitif soit possible. Dès lors le point de vue externe modéré ou herméneutique suppose, selon MacCormick, de partager le point de vue interne cognitif (ou, si l'on préfère, l'élément cognitif du point de vue interne), sans partager l'élément volitif. Voir là-dessus, Villa, 1984, *passim*. Shiner, 1992, pp. 60-63 et pp. 145-150 ; Wintgens, 2002, pp. 16-20.

80 MacCormick, 2008a, p. 204.

81 Ce que semble également suggérer Shiner, 1992, p. 64-65.

82 Hart, 2005, p. 109.

première édition, il convient d'opérer une distinction⁸³ entre *aspect* interne et externe des règles d'un côté et *point de vue* interne et externe de l'autre. Les règles sont une sorte de pratique dotée d'un aspect externe et d'un aspect interne⁸⁴ : l'aspect externe⁸⁵ des règles coïncide avec une convergence régulière de comportements, et peut être décrit par des caractéristiques purement factuelles (« 95 % des habitants du pays X s'arrêtent au feu rouge ») ; l'aspect interne consiste dans le fait que ce comportement fait l'objet d'une attitude normative d'acceptation (« les habitants du pays X *doivent* s'arrêter au feu rouge »). Le point de vue interne⁸⁶ est celui du participant qui *accepte* ces règles, c'est-à-dire les reconnaît comme dotées de force normative (morale ou juridique *ad hoc*, ce point peut être laissé de côté pour l'instant) ; le point de vue externe est celui de l'observateur qui décrit la pratique sans lui-même porter de jugement d'acceptation sur les règles en question. La distinction conceptuelle entre aspect et point de vue est double. En premier lieu, il ne peut certes y avoir d'aspect interne sans point de vue interne ; mais l'aspect interne est la caractéristique (objective) d'une pratique (envisagée à l'échelle du groupe), tandis que le point de vue interne décrit l'attitude (subjective) d'un individu eu égard à un certain comportement. En second lieu, le point de vue externe porte sur la pratique en tant que telle : il peut donc envisager non seulement la régularité du comportement, c'est-à-dire l'aspect externe, mais également l'aspect interne, la pratique d'acceptation de ce comportement comme modèle pour l'action. Il peut donc y avoir un point de vue externe (dénué, donc, de toute vocation normative) qui ne se contente pas de décrire l'aspect externe des règles (la régularité de comportement), mais en décrit l'aspect interne, sans être soi-même porteur du point de vue interne⁸⁷, c'est-à-dire sans émettre de jugement normatif d'acceptation ou de critique :

Les énoncés proférés du point de vue externe peuvent eux-mêmes être de deux sortes : l'observateur peut en effet, sans accepter lui-même ces règles, affirmer que les membres du groupe les acceptent, et il peut ainsi se référer de l'extérieur

83 Distinction qui est prégnante dans le *Concept de droit*, même si Hart la perd de vue par la suite, comme l'attestent Hart, 1983, pp. 13-15, et certains passages du Postscript du *Concept de droit* où Hart semble faire allusion aux énoncés désengagés lorsqu'il écrit que pour « comprendre en quoi consiste l'adoption du point de vue interne (...) [le théoricien] doit être capable de se mettre lui-même à la place d'un membre » même si cela n'implique nullement de partager le point de vue interne (Hart, 2005, p. 260).

84 Ici, l'influence du paragraphe 202 (« c'est donc que suivre la règle est une pratique », Wittgenstein, 2004, p. 127) des *Recherches philosophiques* est importante, mais ne doit pas être surestimée.

85 Voir Hart, 2005, p. 75.

86 Hart, 2005, p. 108.

87 Ce point est souligné par Bulygin, 1982a, p. 141, qui remarque toutefois que Hart oscille sur ce point, et perd de vue la distinction entre point de vue et aspect. Voir également Millard, 2007, p. 66-71. Millard souligne que cette idée est plus proche de Ross que ce que Hart affirme dans Hart, 1983, pp. 161-169 ; il demeure que chez Ross (qui lui-même souligne les similitudes entre sa pensée et celle de Hart, voir Ross, 2004, pp. 183-189) l'aspect interne n'a rien de normatif puisqu'il est composé uniquement de sentiments de pression psychologique exercés par le système juridique sur les individus, et principalement les juges (voir Ross, 1958, p. 35 et *sq.*). En ce sens, la question de la normativité de la *Rechtssatz* ou de l'énoncé interne ne se pose pas. La difficulté chez Hart naît de ce que l'acceptation, qui est la composante normative du comportement des membres d'une société, est irréductible à un simple sentiment d'obligation (voir Hart, 2005, p. 108).

à la manière dont *ils* les considèrent d'un point de vue interne⁸⁸. Mais quelles que soient les règles (...) nous pouvons, si nous le voulons, nous mettre dans la position d'un observateur qui ne se réfère pas, même de cette manière, au point de vue interne du groupe. Cet observateur se contente seulement d'enregistrer les régularités d'un comportement observable.⁸⁹

L'objet de la controverse avec Dworkin est d'ailleurs en partie de montrer que l'on peut prendre en charge l'aspect interne des normes (quelles qu'elles soient : règles ou principes), sans soi-même souscrire au point de vue interne, ou, si l'on veut, sans internaliser le point de vue⁹⁰. C'est un point de vue externe modéré, ou herméneutique au sens de MacCormick. Si un tel point de vue est possible selon Hart, c'est qu'*in fine* les règles *sont* des pratiques complexes, ce qui explique qu'elles n'aient pas seulement un aspect interne (acceptation de la normativité de la règle) mais également un aspect externe. Décrire d'un point de vue externe l'aspect interne de la règle est possible dès lors qu'on décrit une pratique caractérisée (rendue possible) par l'acceptation normative d'un certain modèle de conduite (et non pas seulement une régularité de comportement qui pourrait fort bien être contingente) : la normativité des règles s'explique par le fait que les individus engagés dans une certaine pratique acceptent cette dernière comme dotée de force obligatoire et critiquent les comportements qui dévient de cette pratique ; elle s'explique autrement dit par l'aspect interne des règles, c'est-à-dire l'attitude normative d'acceptation de ces dernières⁹¹. Les énoncés par lesquels on décrit cette pratique sont

88 C'est-à-dire à l'aspect interne des règles – puisque la normativité des règles provient de l'acceptation au sein d'une pratique. Bien entendu, Hart n'affirme nullement que pour formuler de tels énoncés il faut se placer du point de vue interne.

89 Hart, 2005, pp. 108-109 (traduction modifiée). Pour un commentaire éclairant de ce passage, voir Hacker, 1977, pp. 8-18.

90 Voir l'argumentation développée par Hart dans le Postscript du *Concept de droit* en particulier Hart, 2005, p. 262.

91 Hart est fort clair là-dessus dans le Postscript. Voir Hart, 2005, pp. 272-274. Il faut noter qu'il est essentiel, aux yeux de Hart, que la règle soit pratiquée : la normativité de la règle provenant de l'acceptation de cette dernière comme d'un modèle de conduite, la règle cesse d'être une règle si personne ou quasiment personne ne l'accepte, et, par conséquent, ne la pratique. Il convient toutefois de relever que si, conceptuellement, la règle se définit comme une pratique, il importe pour une théorie du point de vue interne juridique que la pratique d'acceptation porte sur la règle de reconnaissance validant le droit dans son ensemble davantage que sur chaque règle prise individuellement. Le droit est en effet selon Hart le seul système de règles où l'existence de règles primaires n'est pas conditionnée à leur acceptation par la très grande majorité des membres du groupe. L'identité d'un système juridique dépend de l'acceptation, au moins par les *officials*, d'une règle de reconnaissance qui fixe les critères de validité juridique des règles. Cette acceptation se déduit de la pratique de ces *officials* : l'existence de la règle de reconnaissance est un pur fait social (une pure pratique). En revanche les règles primaires ne tirent pas nécessairement leur normativité du fait qu'elles soient l'objet d'un point de vue interne (et, ce faisant, acceptées une à une), mais du fait qu'une règle de reconnaissance l'identifie comme une règle juridique et impose aux *officials* l'obligation de la suivre ou de l'appliquer. C'est pourquoi, sauf dans les cas d'absolue désuétude, on n'a pas besoin de supposer une acceptation pleine et entière de chaque règle primaire du système juridique par l'ensemble des membres du groupe pour expliquer leur normativité et pour rendre compte du point de vue interne, qui peut se limiter à la seule sphère des *officials* : la normativité des règles primaires se déduit, au moins partiellement, de l'acceptation (elle, nécessairement pleine et entière) de la règle de reconnaissance. C'est un point que MacCormick semble n'avoir pas pris en considération dans son analyse de l'élément cognitif/volitif du point de vue interne : voir par exemple, MacCormick, 1994, p. 287, où il analyse l'exemple d'un

bien des énoncés *externes* d'un certain type que l'on peut appeler énoncés externes modérés ou énoncés herméneutiques.

En ce sens il y a chez Hart trois – et non pas deux⁹² – types d'énoncés sur le droit : les énoncés internes (point de vue interne sur l'aspect interne) ; les énoncés externes modérés (point de vue externe sur l'aspect interne) ; et les énoncés externes radicaux (point de vue externe sur l'aspect externe). Les énoncés désengagés sont des énoncés d'un quatrième type⁹³, qui n'entrent pas dans la combinatoire de l'aspect et du point de vue. Ce sont des énoncés du point de vue interne (celui qui adopte le point de vue de l'homme juridique n'est pas un observateur du système, et n'est pas davantage un *bad man* qui cherche seulement à prédire les conséquences factuelles de ses actes), ou plutôt de quelqu'un qui se met à la place du point de vue interne, ou qui prétend faire partie du système : en ce sens il s'agit d'un point de vue interne modéré. La nécessité de distinguer les énoncés désengagés des énoncés externes est soulignée par Raz lui-même, qui rejette la possibilité d'énoncés herméneutiques, lorsqu'il rejette la conception des règles comme pratiques⁹⁴ : si les règles ne sont pas des pratiques, alors un énoncé externe modéré ne décrit pas adéquatement la règle et ne se distingue en fin de compte nullement d'un énoncé externe radical, puisque dans les deux cas, l'observateur ne peut rendre compte de la normativité de la règle qu'il entend décrire⁹⁵.

Les critiques de Raz sont en général confrontés au problème suivant : si l'on rejette la pertinence de la notion d'énoncés désengagés, comment comprendre des énoncés juridiques (*legal statements*) tels que : « Selon le droit français, x doit ϕ », où « doit » est manifestement doté de valeur normative ? Matthew Kramer⁹⁶, Kevin Toh⁹⁷, et Luis Duarte d'Almeida⁹⁸ maintiennent la distinction hartienne entre moral et nor-

juriste qui n'est pas satisfait avec certaines règles du droit de la famille écossais relatives au divorce, mais qui est néanmoins « capable de travailler avec elles », et ne s'y conforme que parce que d'autres membres du système, acceptant, eux, ces règles pleinement, désapprouveraient une déviation de sa part (MacCormick, 1994, p. 288). En réalité une solution plus simple peut être trouvée : l'ensemble des juristes, dans leur pratique quotidienne du droit, manifestent une acceptation de la règle de reconnaissance, et acceptent donc le droit, comme un tout, ce qui les oblige à accepter ses parties, même à contrecœur.

92 Lorsque Hart indique que les *detached statements* sont un troisième type d'énoncés sur le droit qu'il n'avait pas réussi à prendre en compte dans le *Concept de droit*, il méconnaît donc un aspect crucial de sa propre entreprise. Les *detached statements* sont, s'ils existent, un quatrième type de *statements* sur le droit. Sur la nécessité de distinguer *detached statement* et *external statement*, voir Toh, 2007, p. 411. Toh toutefois ne fait pas la distinction entre point de vue et aspect, même s'il s'en approche en caractérisant la position de Hart comme une approche « oblique » (terme qu'il emprunte à Gibbard, 2003, p. 185) des énoncés internes : « Hart n'analyse pas tant les énoncés internes que les énoncés théoriques qui attribuent des énoncés internes aux locuteurs (...) : en énonçant un énoncé interne, un locuteur exprime son acceptation des normes qui composent le système juridique » (Toh, 2007, p. 405).

93 Voir Postema, 1987, p. 83.

94 Voir Raz, 1999, pp. 50-58.

95 Raz, 1999, p. 58.

96 Kramer, 1999, pp. 108-112.

97 Toh, 2007, p. 418.

98 Duarte d'Almeida, 2011, p. 198.

matif : les règles de droit imposent une obligation *juridique* (c'est-à-dire normative *sui generis*) et les membres du système juridique qui acceptent ces règles comme des modèles de conduites ne les acceptent pas nécessairement pour des raisons morales. Ainsi les énoncés juridiques sont des énoncés internes pleinement normatifs, mais non moraux.

A l'inverse, Scott Shapiro maintient l'identité moral/normatif (est normative toute raison qui prétend faire une différence pratique au sein du raisonnement moral), mais nie que les énoncés juridiques soient normatifs. Shapiro accepte la notion razienne de « point de vue juridique », mais en fait un usage légèrement différent. Si l'on admet que les termes « obligation » et « autorité » sont à prendre en un sens moral, alors on peut rendre compte des énoncés juridiques de deux manières. Selon la première manière, que Shapiro appelle interprétation adjectivale, un énoncé juridique indique que x a une obligation morale de ϕ , mais que cette obligation fait partie de celles imposées par le droit, étant admis qu'il y a des obligations morales *autres* que celles imposées par le droit. Selon Shapiro, une telle interprétation est incompatible avec le positivisme juridique. D'où la seconde interprétation, qu'il appelle « perspective », qui entend décrire le point de vue juridique : « Du point de vue juridique (*from the legal point of view*), x a une obligation morale de ϕ »⁹⁹. Ce faisant, on n'indique pas que x a réellement une obligation morale de ϕ . Pour Shapiro, il est certain que les *officials*, eux, font preuve d'une acceptation morale du droit ; mais on peut pour autant connaître le droit sans postuler sa validité morale. Dès lors, « x a l'obligation juridique de ϕ » n'est pas équivalent à « x a l'obligation morale de ϕ », mais de « selon le point de vue du droit, x a l'obligation morale de ϕ ». Quelle est la différence avec les énoncés désengagés de Raz ? Selon Shapiro ces énoncés sont purement et simplement *descriptifs*¹⁰⁰ : ils décrivent ce qu'est le point de vue du droit. L'énoncé : « x a l'obligation juridique de ϕ » n'est pas vrai si et seulement si x a l'obligation morale de ϕ , mais est vrai si et seulement si selon le système juridique (ou à tout le moins selon ses membres), x a l'obligation morale de ϕ (ou à tout le moins si le droit revendique une autorité moralement légitime sur x, dont il faut bien supposer qu'elle est acceptée par les *officials* chargés de l'appliquer). Par conséquent, il est tout à fait possible (et cela arrive fréquemment) que x *n'ait pas* d'obligation morale de ϕ , bien que le droit revendique une autorité morale sur lui¹⁰¹. En ce sens, bien que les *concepts normatifs* soient moraux, les *énoncés juridiques* sont

99 Voir Shapiro, 2011, pp. 185-187. On passe ici sous silence l'importance de ce point pour la « *Planning Theory* » de Shapiro. Il faut toutefois noter que de tels énoncés juridiques sont descriptifs parce qu'ils décrivent non pas une pratique d'acceptation, mais un plan partagé par l'ensemble des agents. Qu'il y ait un tel plan ou non est une pure question de fait. La différence entre le « plan » shapirien et la « pratique » hartienne est parfois difficile à cerner. Pour Shapiro la différence tient en ce qu'une pratique est un ensemble d'événements concrets, dotés d'une temporalité et d'une spatialité, là où les plans sont des « entités abstraites » qui structurent la pratique. Il y a une différence entre avoir le plan de partir en vacances et partir en vacances, même s'il va de soi que si je pars en vacances, c'est parce que je l'ai planifié auparavant (Shapiro, 2011, p. 190). Il n'est pas certain cependant qu'hypostasier les plans n'aboutisse à une ontologie surpeuplée.

100 Shapiro, 2011, p. 188.

101 Ce point est pleinement orthodoxe du point de vue de la théorie razienne de l'autorité. Voir Raz, 2009a, p. 28.

neutralement descriptifs¹⁰². Lorsque je dis : « Vous avez l'obligation légale d'exécuter les contrats auxquels vous êtes partie », j'émet un énoncé purement descriptif, et non pas un énoncé désengagé ; en ce sens que je ne prétends pas, même indirectement, guider le comportement.

II. « DÉCRIRE » LES NORMES ?

Il n'est pas simple de discerner ce qui distingue « l'énoncé juridique » de Shapiro (qui ne peut être conçu comme un énoncé interne, c'est-à-dire un énoncé du point de vue interne, qui est un énoncé purement moral, tel que celui proféré par un *official*) de l'énoncé externe modéré (ou herméneutique) de Hart¹⁰³. En tout état de cause se pose la question de savoir ce qu'on entend par décrire une norme.

Bulygin indique que ce qu'Alchourrón et lui-même entendent par « proposition normative » n'est rien d'autre que ce que Hart appelle énoncé externe modéré¹⁰⁴. Si on laisse de côté le problème de l'identité normatif/moral, qui en fin de compte ne dépend que de définitions stipulatives, on peut admettre qu'il y a d'un côté des normes (« les véhicules sont interdits dans le parc ») et de l'autre des propositions sur les normes (« [dans le système juridique S] les véhicules sont interdits dans le parc ») qui ne prétendent nullement à revêtir une valeur normative. En ce sens, ces propositions sont exclusivement descriptives et se distinguent des énoncés juridiques (tels que les *Rechtssätze* de Kelsen où les énoncés désengagés de Raz).

A. Conception expressive des normes et propositions normatives

Pour comprendre les enjeux de la distinction entre norme et proposition normative, il est utile de faire référence à la distinction classique effectuée par Alchourrón et Bulygin entre conception expressive et hylétique des normes¹⁰⁵. Selon la première

102 Shapiro, 2011, p. 191.

103 Shapiro semble tout au long de son ouvrage ne pas prendre en compte l'existence de ces énoncés externes modérés. Sa critique de Hart suppose que, selon ce dernier, des énoncés de droit sont nécessairement internes, mais que Hart sauve son positivisme en distinguant le normatif du moral, et en admettant une normativité juridique *sui generis*. Si, comme Shapiro l'affirme, normatif = moral, il devient impossible de proférer un énoncé de droit sans adhérer au point de vue interne, et par conséquent il devient impossible de soutenir une doctrine positiviste. D'où l'idée que les énoncés de droit sont des énoncés descriptifs. (Voir Shapiro, 2011, p. 192). Toute cette machinerie intellectuelle s'avère quelque peu vaine lorsque l'on remarque que Hart, comme Shapiro l'a lui-même reconnu par ailleurs (voir Shapiro, 2006, p. 1158 *et sq.*), a déjà prévu des énoncés descriptifs sur des concepts normatifs du type de ceux qu'envisage Shapiro, à savoir les énoncés externes modérés.

104 Bulygin, 1982a, p. 137. Voir aussi, Bulygin, « *Enunciados jurídicos y positivismo* » in Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 428. Le rapprochement est également opéré par Ross, 1968, p. 37.

105 Voir Alchourrón et Bulygin, 1998. Voir aussi, Bulygin, 1992, Bulygin, 1985, Troper, 1989. Pour une critique, voir Weinberger, 1998 ; Weinberger, 1984 ; Weinberger, 1986 ; Hage, 2005, p. 160-175, Hilpinen, 2006.

conception, les normes sont le résultat d'un certain usage du langage : soit une seule et même proposition *p*, cette proposition ne revêt pas de valeur normative par elle-même (c'est-à-dire qu'elle n'est pas une norme). La normativité d'un énoncé (ce qui fait qu'un énoncé est une norme et non pas, par exemple, un énoncé assertif) n'est pas une caractéristique *sémantique* de la proposition qu'il exprime, mais une caractéristique *pragmatique* relative à sa force illocutoire, c'est-à-dire au type d'acte de langage par lequel il est proféré. En ce sens, les normes ne sont pas des entités propositionnelles, mais, uniquement, le résultat d'un certain usage du langage : la norme « Range ta chambre » et l'assertion « Tu ranges ta chambre » expriment exactement la même proposition, c'est-à-dire ont exactement la même signification¹⁰⁶ : la différence entre ces deux énoncés n'est pas sémantique mais pragmatique¹⁰⁷.

Pour une théorie hylétique, au contraire, les normes sont des entités propositionnelles abstraites, indépendantes de tout usage particulier du langage¹⁰⁸, en ce sens que la norme exprime la proposition que quelque chose *doit* être fait. Qu'elle soit ou non susceptible d'être vraie ou fausse est un autre problème : la théorie hylétique affirme simplement que la normativité d'une proposition affecte sa signification. Comme l'écrit von Wright en 1957 : « La logique a un scope plus large que la vérité »¹⁰⁹. C'est sur ce présupposé (plus ou moins conscient) que se fondent les systèmes de logique déontique standard (SDL), qu'Alchourrón et Bulygin engagent à abandonner au profit d'une logique des propositions normatives (LNP).

106 C'est pourquoi il n'est *prima facie* pas certain qu'Alchourrón et Bulygin, en adoptant une théorie expressive des normes, commettent ce que Searle a appelé la *speech-act fallacy* (voir Searle, 1969, p. 136) : Alchourrón et Bulygin n'indiquent nullement qu'il fait partie de la signification des énoncés normatifs (ou à tout le moins des opérateurs déontiques O, P, etc.) d'être employés avec une force illocutionnaire directive. Ils indiquent uniquement que la différence entre une assertion et un impératif porte sur leur usage dans un certain contexte, ce qui implique qu'ils aient exactement la même signification (qu'ils expriment tous deux la même proposition). Selon Jaap Hage, cependant, la théorie d'Alchourrón mène indirectement à la *speech act fallacy*, comme on le verra plus bas (Hage, 2005, p. 164).

107 Cette thèse a déjà été soutenue par C.H et Marion Langford (Langford et Langford, 1954). Pour un commentaire, voir Opalek, 1999, p. 235. Opalek remarque d'ailleurs qu'il a un certain nombre de thèses intermédiaires entre la thèse hylétique et expressive dans leur version « pure ».

108 Ce qui ne veut pas dire qu'elles soient indépendantes du langage, comme on l'a souligné plus haut.

109 « *Logic has a wider reach than truth* » (von Wright, 1957, p. vii). La position de von Wright est à ce titre ambiguë et elle a connu une évolution importante. Dans von Wright 1951a et 1951b, von Wright traite les normes comme des propositions dotées de valeur de vérité. Dans *Norm and Action*, il adopte la position, semble-t-il propre à une théorie hylétique, selon laquelle une logique des normes, distincte d'une logique des propositions normatives est possible, mais ne retient qu'un seul symbolisme, susceptible de deux interprétations : une interprétation descriptive, auquel cas les relations logiques existent entre les propositions normatives ; et une interprétation prescriptive, dénuée de toute valeur de vérité. Ainsi la logique déontique serait, indirectement une logique des normes, à savoir une logique des propositions normatives reflétant des relations logiques existantes entre les normes elles-mêmes (voir von Wright, 1963a, pp. 132-134). En 1980, cependant, von Wright admet que la logique déontique est une logique des propositions normatives (von Wright, 1980, p. 406). Cela implique de démolir « le mythe d'un royaume du normatif – *ein Reich des Sollens* [en allemand dans le texte] dans lequel les Oughts et les Mays existent isolément du monde existant » (von Wright, 1998b, p. 375).

Cette distinction, bien que proche de la distinction classique entre expressivisme (ou plus largement non-cognitivism) et cognitivism en méta-éthique, ne se confond pas avec elle. Les théories expressives des normes sont sans nul doute non-cognitivistes. Mais toute théorie hylétique des normes n'est pas nécessairement, en dépit des apparences, une théorie cognitiviste : elle suppose seulement que le caractère normatif affecte la *signification* des propositions (c'est-à-dire que « Jean ferme la porte » et « Jean, ferme la porte ! » n'expriment pas la même proposition : le premier énoncé exprime la proposition *p*, le second la proposition *Op*). En ce sens, si les normes sont un type particulier de propositions, il peut y avoir une *logique des normes*, parce qu'il peut y avoir des relations logiques entre deux types de propositions. Mais cela ne veut pas dire que ces propositions soient nécessairement susceptibles du vrai et du faux, ni même qu'elles prédisent quelque chose de quelque chose.

Autrement dit, alors que la distinction cognitiviste/non-cognitiviste porte, en méta-éthique, sur la possibilité ou non d'affirmer que les jugements normatifs (et, plus largement évaluatifs) prédisent de manière vraie ou fausse quelque chose de quelque chose, la distinction hylétique/expressif porte exclusivement sur la question de savoir s'il y a des relations logiques entre les normes et si une logique déontique est possible. Ce n'est donc pas à proprement parler une distinction ontologique, ni même une distinction sémantique, mais une thèse métalogue (l'équivalent métalogue des thèses méta-éthiques évoquées ci-dessus)¹¹⁰.

Selon Alchourrón et Bulygin, une théorie hylétique distingue une logique des normes (correspondant à SDL) et une logique des propositions normatives¹¹¹, tandis qu'une théorie expressive ne concède que l'existence d'une logique des propositions normatives. Les théories hylétiques supposent qu'il existe des faits normatifs de type *Op* ; dès lors, la norme « *Op* » est vraie si et seulement si *Op* (selon

110 A cela il faut ajouter que la « conception expressive » d'Alchourrón et Bulygin ne coïncide qu'en partie avec l'analyse *e.g.* de Hare des énoncés évaluatifs en termes d'actes de langage. A première vue, la distinction entre la proposition et l'acte ressemble fort à la distinction entre neustique et phrastique chez Hare (Hare, 1952, p. 18) ; mais il est important de souligner que le neustique (le fait qu'un énoncé soit utilisé pour exprimer un commandement ou un assentiment) fait partie de la signification des énoncés évaluatifs. Pour répondre à l'accusation de *speech act fallacy* (formulée par Searle, 1969, p. 139-140), Hare a modifié sa théorie dans *Practical Inferences* (Hare, 1971, p. 59-93), où il reprend la distinction (devenue classique entretemps) entre acte locutionnaire et acte illocutionnaire. Il y fait correspondre non pas deux, mais trois aspects : le neustique, le phrastique et le tropique. Le phrastique, comme antérieurement, est le noyau sémantique de type prédicatif, et correspond à l'acte illocutionnaire d'Austin et Searle ; le neustique correspond à ce qui est fait au moyen de l'énoncé (à son caractère d'acte illocutionnaire : ordre, demande, conseil, affirmation, objection, etc.) ; le tropique permet de caractériser ce qui est dit par le locuteur : il ne désigne pas tant l'acte accompli par l'énonciation elle-même que la modalité de l'acte locutionnaire. En ce sens, le fait qu'un énoncé soit assertif ou impératif relève de son tropique, c'est-à-dire de la modalité de son sens locutionnaire (voir Hare, 1971, p. 90). Le neustique permet de caractériser ce qui est fait au moyen d'un acte locutionnaire doté de telle ou telle modalité (assertive, impérative, interrogative, etc.). Par exemple un énoncé de type « *x* est *P* » (*P* étant un prédicat quelconque) peut être employé de manière assertive (ce qui constitue sa modalité propre, son tropique), mais pourra être utilisé pour « faire » un grand nombre de choses différentes : une affirmation, une objection, une simple hypothèse *arguendo*, etc.

111 C'est d'ailleurs le cas dans Alchourrón, 1969, et Alchourrón et Bulygin, 1971.

une théorie tarskienne standard de la vérité-correspondance). Pour les théories expressives, les normes sont typiquement des impératifs : la *proposition* normative « $\mathbb{O}p$ » est vraie si et seulement si c'est le cas qu'une autorité quelconque a énoncé : « $!p$ ».

Ainsi, selon une théorie hylétique des normes telle que celle défendue par Alchourrón en 1969, à une seule et même norme peuvent correspondre *deux* propositions normatives différentes. Dans SDL, à Pp (il est permis que p), qui, selon une théorie hylétique, *est une norme* et non pas une proposition normative, correspond soit la proposition normative décrivant une permission faible (« [dans tel système normatif], il n'est pas interdit (= il est permis au sens faible) que p »), soit une proposition normative décrivant une permission forte (« [dans tel système normatif] il est (expressément) permis que p »). Au contraire, pour une théorie expressive, à la *norme* « il est permis que p »¹¹² ne correspond qu'une proposition normative décrivant une permission forte, tandis qu'à la proposition normative décrivant une permission faible ne correspond qu'une *absence de norme* (de commandement), et non pas une norme permissive¹¹³.

De même, alors qu'une théorie hylétique des normes admettra comme fausse la proposition normative « $\mathbb{O}p \wedge \mathbb{O}\sim p$ » dans la mesure où, dans SDL¹¹⁴, deux normes

112 Comme le font remarquer Alchourrón et Bulygin (1998, pp. 406-409 ; 1984, p. 461), il peut y avoir deux interprétations possibles des normes permissives par une théorie expressive : on peut admettre ; un certain type d'actes de langage permissifs, auquel cas on peut admettre directement des normes permissives positives. Alchourrón et Bulygin retiennent une seconde interprétation ; ils introduisent un acte normatif distinct du commandement (« ! »), tel que le rejet (« ; ») qui identifie une certaine proposition p comme ne devant pas faire partie du système normatif considéré. « $!p$ » signifie ainsi : « il est fortement permis que $\sim p$ » (il faut bien prendre garde que $p \neq !\sim p$). Si, selon l'autorité émettrice de norme, il ne doit pas être commandé que p (= p est rejeté), alors $\sim p$ est fortement permis. A noter que l'opération d'abrogation d'une norme suppose que « $!p$ » ait été proféré par l'autorité, que par conséquent le contenu normatif « p » fasse partie du système normatif considéré ; il faut que l'autorité rejette p (= « $!p$ ») pour pouvoir l'abroger, c'est-à-dire ôter définitivement la norme du système normatif. La distinction conceptuelle entre abrogation et rejet (étant admis que l'abrogation suppose le rejet préalable du contenu normatif considéré) permet de définir positivement la permission forte – car si l'abrogation était la même chose que le rejet, il faudrait admettre, contre-intuitivement, qu'il ne peut y avoir de permission forte que si l'acte dorénavant (fortement) permis était auparavant interdit. Or il est tout à fait possible que cet acte fût tout simplement non régulé, c'est-à-dire qu'il n'ait pas fait l'objet d'un commandement préalable. En ce sens, le « rejet » est analogue au « non-commandement » (et à la « non-prohibition », selon qu'il s'agit d'un rejet de p ou de $\sim p$) de Bentham (voir Bentham, 1970, p. 95).

113 Voir Alchourrón et Bulygin, 1984, p. 457. Il est à noter que, du point de vue syntaxique, la formulation est la même dans SDL et dans LNP. En effet, dans SDL, $Pp \equiv \sim \mathbb{O}\sim p$, tandis que dans LNP, $\mathbb{P}wxp \equiv \sim \mathbb{O}x\sim p$ (qui se lit : « il est permis faiblement par x que p » équivaut à « ce n'est pas le cas que x a commandé que non p »). Cependant, il est manifeste que la formulation dans SDL porte sur des normes (Pp est une norme du système normatif considéré), tandis que la formulation de LNP porte sur des propositions normatives ; par conséquent, « $\mathbb{P}wxp$ » ne décrit pas une norme du système normatif considéré, mais une absence de norme : du reste, la vérité de « $\mathbb{P}wxp$ » est précisément conditionnée à l'absence de norme, c'est-à-dire à l'absence de commandement par x que p . (Voir Alchourrón et Bulygin, 1984, p. 459).

114 En vertu de l'axiome-D, que l'on évoquera plus bas.

incompatibles ne peuvent être vraies (ou valides, ou satisfaites¹¹⁵) ensemble – elles peuvent certes être *fausses ensemble* : « $\sim(\Box p \wedge \Box \sim p)$ » est une proposition normative qui peut être vraie –, la conception expressive pourra tout à fait admettre que, dans un système de logique des propositions normatives (LNP), deux normes incompatibles soient émises par une même autorité normative, rendant par conséquent possiblement vraie (*empiriquement*) la proposition normative « $\Box x p \wedge \Box x \sim p$ ». C'est un fait empirique qu'une même autorité normative peut indiquer simultanément ou successivement : « $!p$ » et « $!\sim p$ ». Par conséquent, « $\Box x p \wedge \Box x \sim p$ » peut être vrai¹¹⁶, dans la mesure où il décrit un système normatif inconsistant (et non pas, par exemple, des « faits normatifs » qui, s'ils existaient, seraient nécessairement incompatibles, de sorte que la proposition normative « $\Box x p \wedge \Box x \sim p$ » serait nécessairement fausse). La consistance du système normatif n'est plus mise en péril dès lors que l'on admet que l'une des deux normes constitue une abrogation (*derogation*) partielle implicite de l'autre¹¹⁷.

La thèse expressiviste constitue une radicalisation du dilemme de Jørgensen¹¹⁸. Ce dilemme fondateur de la logique déontique moderne, peut être formulé ainsi : a) d'une part, les impératifs n'ont pas de valeur de vérité (contrairement, par exemple, aux énoncés de la logique modale aléthique), par conséquent il ne peut y avoir entre eux de relations logiques. On ne saurait inférer un impératif d'un autre impératif. En effet l'inférence :

$$p \rightarrow q$$

$$p$$

$$\therefore q$$

repose sur le fait que l'opérateur de l'implication matérielle est véri-fonctionnel (l'inférence selon laquelle q est vrai n'est valide logiquement que si p est vrai). b) D'autre part, il semble toutefois que le raisonnement pratique effectue des inférences à partir de prémisses normatives (d'impératifs), et dispose pour ce faire de critères de validité logique. Par exemple :

Tiens tes promesses !

Ceci est une de tes promesses

$\therefore$ Tiens cette promesse !

Pour résoudre le dilemme, il faut donc soit reconnaître que de telles inférences ne sont que de pseudo-inférences dénuées de toute valeur logique (ce qui revient à nier la

115 Entendu que la validité ou la satisfaction peuvent être conçues comme des relations logiques analogues à la vérité pour les propositions descriptives (voir Ross, 2004, p. 42 *et sq.*).

116 A noter que cette proposition normative n'est pas toujours vraie ! On espère qu'il y a des systèmes normatifs consistants.

117 Comme on le verra dans le quatrième chapitre, la résolution d'un conflit de normes ne suppose pas nécessairement l'abrogation de l'une des deux normes.

118 Voir Jørgensen, 1937.

possibilité de toute logique des normes), soit trouver une alternative aux fonctions de vérité pour obtenir des relations logiques entre les impératifs¹¹⁹.

Selon Alchourrón et Bulygin¹²⁰, la seconde solution du dilemme est illusoire, car quelle que soit l'alternative au couple vérité/fausseté, supposer des relations logiques entre normes revient à soutenir une conception hylétique¹²¹. Il y a certes des relations quasi logiques entre les normes, au sens où il est possible, par exemple, d'affirmer que « !p » et « !~p » sont incompatibles. Mais pourquoi de telles normes sont-elles incompatibles ? En rigueur, on ne saurait retenir la définition logique de l'incompatibilité, selon laquelle deux propositions p et q sont incompatibles si et seulement si elles ne peuvent être vraies ensemble, encore qu'elles puissent être fausses ensemble (tandis que, par exemple, p et q sont contradictoires si et seulement si elles ne peuvent être ni vraies ni fausses ensemble). Cette définition logique ne peut s'appliquer aux normes, puisque, par hypothèse, ces dernières ne sont pas susceptibles du vrai et du faux. Elles ne sont pas incompatibles à raison du caractère contradictoire de p et ~p¹²², car les rejets !p et !~p¹²³, eux, sont tout à fait compatibles (l'autorité peut tout à fait permettre fortement ~p et p). Le critère d'incompatibilité, ici, est pragmatique¹²⁴ : en l'absence de règles spéciales (de type *Lex Specialis* ou *Lex Posterior*), il est impossible au destinataire de la norme d'obéir aux deux normes à la fois. On peut dire que l'autorité qui émet !p » et « !~p » est *irrationnelle* en ce sens qu'elle émet une norme du type : « désobéissez-moi ». Mais elle ne viole aucune loi logique, puisque les lois logiques ne s'appliquent pas aux normes. Les critères de rationalité pratique permettent donc d'envisager des relations quasi logiques entre les normes, bien que les relations logiques proprement dites n'existent qu'entre les propositions normatives.

La conception expressive des normes soulève un certain nombre de problèmes, dont certains sont relatifs à la conception des normes qu'elle véhicule, et d'autres au statut des propositions normatives. Le principal problème que la théorie expressive doit affronter porte sur le statut ontologique du « résultat » des actes de langage sur lesquelles elle repose. En effet, nul ne doute que « !p » soit un acte de langage, *i.e.* un acte par lequel la proposition p est ordonnée (au moyen d'un impératif¹²⁵). Cependant, que veut dire que la norme soit un commandement ou un impératif ? Selon une première

119 Parmi l'immense littérature sur le dilemme de Jørgensen, voir Ross, 2004, pp. 42-43 ; Soeteman, 1989, pp. 51-54 ; Hilpinen, 2006, pp. 230-234.

120 On pourrait dire que c'est également la position soutenue par Ross dans « Imperatives and Logic » (Ross, 2004, p. 39-60), mais ce n'est plus tout à fait celle qu'il adopte dans *Directives and Norms* (Ross, 1968), encore que la « logique déontique » qu'il obtient est très proche d'une logique des propositions normatives (puisque la logique des normes est obtenue de manière oblique au moyen d'une logique portant sur les propositions décrivant les normes).

121 Ce postulat semble être battu en brèche par les tentatives récentes de bâtir une « logique expressiviste » en méta-éthique : voir Horgan et Timmons, 2006, pp. 270-282.

122 Il se peut que !p et !q soient incompatibles sans que p et q soient contradictoires. Mais on suppose cependant que les conséquences logiques de q sont contradictoires avec p.

123 Sur la notion de rejet, voir n. 112 *supra*.

124 Alchourrón et Bulygin, 1984, p. 458.

125 Que cet impératif soit ou non au mode (grammatical) impératif ne fait évidemment aucune importance (voir Ross, 2004, p. 41 ; von Wright, 1963a, p. 96-97).

interprétation possible, la norme est *épuisée* dans l'impératif tel qu'il est énoncé *e.g.* par le législateur, auquel cas, la normativité de la norme (qui doit fournir un standard permettant d'affirmer si la norme a été ou non suivie, appliquée, ou violée) s'explique uniquement par la force perlocutionnaire de l'énoncé (par exemple, le type de pression psychologique exercée par le *norm-giver* sur le destinataire de l'impératif).

Une telle théorie est possible, même si, prise telle quelle, elle conduit à un résultat absurde. En effet, comme le montre Jaap Hage (qui soutient une thèse nettement hylétique), faire des normes une sorte d'acte de langage suppose que les normes, en tant que telles, soient des *actes* localisables dans le temps et dans l'espace. Ce qui semble particulièrement contre-intuitif. Le fait d'émettre une norme est localisable dans le temps et dans l'espace (c'est un fait constatable empiriquement), mais la norme elle-même n'est pas susceptible d'une telle localisation. Autrement dit lorsque nous formulons une proposition normative : « il est interdit que p », nous ne disons pas la même chose que : « X a dit : '!'~p' ». Certes, si on nous demande : « *pourquoi* est-il interdit que p ? », on répondra : « parce que X a dit : '!'~p' ». Par conséquent, c'est intuitivement parce que X a émis un commandement qu'il y a une norme, mais cette norme ne se confond pas avec *l'acte* de commander. Selon Hage¹²⁶, pour sauver la théorie des normes comme commandements, il faut supposer qu'il fait partie de la nature des énoncés normatifs d'être utilisés pour commander quelque chose, ce qui est une variante de la *speech-act fallacy*, puisque cela implique qu'il fait partie de la signification des opérateurs déontiques d'être utilisés pour effectuer un commandement, c'est-à-dire un certain acte illocutionnaire.

C'est sans doute pourquoi Alchourrón et Bulygin décrivent les normes non pas comme des actes de langage, mais comme le *résultat* ou l'*effet* d'actes de langage. En effet, par *commandement*, on peut entendre à la fois l'acte de commander, et le résultat (ou, si l'on veut, le contenu) de cet acte, *i.e.* ce qui a été commandé par l'acte de commander. Si l'équation « norme = commandement » est contre-intuitive selon la première interprétation, elle cesse de l'être si l'on admet que, par commandement, on entend non pas l'acte de commander, mais le contenu, ou le résultat de l'acte.

Or comme le souligne Hage, le statut ontologique de ce « résultat » est loin d'être clair¹²⁷. En effet si l'on part du principe que les normes sont des entités propositionnelles, ce qui est le propre d'une conception hylétique des normes, alors on peut tout à fait soutenir que ce qui fait qu'une norme est empiriquement existante tient (ou, tout au moins, peut tenir) au fait qu'elle a été commandée¹²⁸. Par conséquent,

126 Hage, 2005, p. 168.

127 Alchourrón et Bulyin, 1989, p. 670 écrivent : « L'acte par lequel une norme est émise – sa promulgation – marque le moment où une norme commence à exister ». Cette formulation, qui date de 1973 (le texte n'est paru qu'en 1989) est hylético-compatible et expressivo-compatible. En effet, l'acte lui-même qui crée la norme n'est pas une norme. Alchourrón et Bulygin font sans cesse l'aller-retour entre norme et acte qui crée la norme, sans jamais prendre soin de déterminer ce qu'est une norme.

128 C'était d'ailleurs la solution retenue par Alchourrón dans l'article de 1969 : les normes sont décrites comme des entités propositionnelles (*e.g.* Op), mais les propositions normatives prennent la forme

la distinction entre la conception expressive et la conception hylétique tiendrait au caractère conceptuellement nécessaire ou non de la présence d'un acte de langage pour qu'une norme *existe*. Les normes sont bien des propositions, mais, *une fois abstraites* de l'acte de langage qui les crée, elles n'ont pas de signification normative. L'existence d'une norme n'est rien d'autre que le fait qu'un système normatif contienne certaines propositions qui se trouvent avoir été émises par une autorité habilitée¹²⁹. Si l'on suppose que le système normatif est composé des propositions commandées (des « *norm-contents* ») et de leurs conséquences logiques (si « $\bigcirc xp$ » est vrai et $p \rightarrow q$, alors « $\bigcirc xq$ » est une proposition normative vraie¹³⁰, ce qui est indiscuté), ce que décrit la proposition normative est l'appartenance de ces propositions au système normatif. Mais comme le souligne Weinberger¹³¹, cela suppose une ontologie finalement assez problématique : car les propositions commandées $p, q, r, s \dots$ ne sont en elles-mêmes pas des normes, ce sont des *act-propositions*, c'est-à-dire des descriptions d'actions¹³² communes à la fois aux commandements, aux assertions, aux promesses, etc. (si $p = \{\text{Pierre, ranger la chambre}\}$, alors $\vdash p =$ « Pierre, range ta chambre ! » et $\vdash p =$ « (j'asserte que) Pierre range sa chambre »). Or ces propositions sont bien des entités idéales susceptibles de relations logiques. Soit on décide que ces propositions sont des « normes », ce qui suppose une définition assez complexe de ce qu'est une norme aboutissant *in fine* à une conception hylétique (et on se demande alors pourquoi ne pas recourir à SDL)¹³³, soit on part du principe que ces propositions ne sont pas des normes, et, ce faisant, on dissout la norme elle-même dans l'*acte* qui la crée, ce qui implique de revenir à la première interprétation de l'équation « norme = commandement ». En fin de compte, on aboutit au résultat assez contre-intuitif que la norme (distincte de l'acte de commandement qui la produit) n'est rien d'autre que le produit de la proposition normative qui la décrit. Soit un acte de commandement « $\vdash p$ », à ce commandement ne correspond pas la norme selon laquelle il est obligatoire que p (puisque'il n'existe pas de faits normatifs selon lesquels il serait *réellement* obligatoire que p) : l'obligatorité du comportement ne dérive que du fait qu'une *proposition normative* formulée ainsi : « il est obligatoire que p » est

développée : « x a émis la norme Op » (Alchourrón, 1969). En ce sens, il est tout à fait possible selon une théorie hylétique de dire que les entités propositionnelles normes sont, empiriquement, émises au moyen d'un acte de langage directif (un impératif), de même qu'empiriquement, c'est un fait que (lorsqu'elles sont émises) des propositions descriptives sont émises au moyen d'un acte de langage assertif. Une théorie hylétique n'admet cependant pas qu'il soit nécessaire pour qu'une norme existe qu'elle soit émise par une autorité ; comme l'écrit Caracciolo, selon une théorie hylétique cohérente, « si une norme est possible alors elle existe. Mais il ne faut pas confondre la possibilité d'une norme avec la possibilité d'un acte de promulgation » (Caracciolo, 1996, p. 231).

129 Alchourrón et Bulygin (1998), p. 390 : « *Existence of a norm = Membership of norm-content* ».

130 Evidemment, si l'autorité normative émet « $\vdash \sim q$ », alors la proposition « $\bigcirc xq \wedge \bigcirc x \sim q$ » est vraie, et le système est inconsistent.

131 Weinberger, 1998, p. 415 ; 1984, pp. 466-467.

132 Comme le rappelle Hilpinen, selon la conception expressive des normes, « les systèmes normatifs ne sont pas des ensembles de normes, mais des ensembles de propositions d'actes commandés par l'autorité normative » (Hilpinen, 2006, p. 238).

133 Weinberger, 1998, p. 416 : « La conception d'Alchourrón et Bulygin selon laquelle il y a un ensemble de propositions qui est l'ensemble des conséquences des contenus commandés, c'est-à-dire un système normatif, (...) fournir par une voie détournée une logique des normes ! »

vraie (eu égard à l'acte de commandement « !p », qui, par hypothèse, a réellement eu lieu). Autrement dit, si l'autorité a émis : « !p », mais que *personne ne le sache*¹³⁴ (que personne ne formule, à titre informatif, la proposition normative : « il est obligatoire que p »), alors il n'y a pas de norme correspondante, *i.e.* il n'est pas obligatoire que p¹³⁵.

B. Existence, contenu, validité

1. La thèse de l'unité des propositions normatives

Le présent travail ne se donne pas pour objectif de formuler une ontologie des normes. Il est tout à fait possible de recourir à une ontologie modérée, et modérément peuplée, du type de celle qu'Alchourrón et Bulygin adoptent dans un texte intermédiaire de 1973, paru en 1989 : « Tout acte sérieux de prescription donne lieu à (l'existence d'une) norme. » On remarque d'ailleurs que, dans la suite de leurs travaux, Bulygin, et surtout Alchourrón, ont progressivement abandonné la théorie expressive radicale.

On admet que lorsqu'un locuteur *x* émet le commandement (qui peut d'ailleurs être un acte complexe de promulgation régi par des règles strictes) : « !p », il existe *eo facto* une norme « Op », dont on peut tout à fait admettre qu'elle constitue une pure fiction (en réalité la norme n'existe pas, seul existe l'acte qui la prescrit, qui est un événement concret, spatio-temporellement localisable, du monde) ou que son caractère normatif résulte de l'interprétation qui en est faite par le destinataire de la norme. Cependant pour distinguer les normes « existantes » des normes fictives, et pour échapper au piège selon lequel les normes n'existent qu'en tant qu'elles sont décrites par des propositions normatives, on peut accepter une théorie selon laquelle la norme « Op » n'existe qu'à travers les énoncés normatifs internes qui marquent l'acceptation que, ainsi que l'a commandé X, ce *doive être le cas* que p¹³⁶. Ce faisant,

134 Par là, on peut entendre deux choses : soit personne ne sait que l'autorité a dit : « !p », soit personne ne sait que « p » était doté de force illocutionnaire directive (on pensait que l'autorité a dit : « !p » ou « ?p », etc. Comme le fait remarquer Weinberger, « Dans tout processus de communication, tout participant doit être informé au sujet du caractère [illocutionnaire] de l'ensemble de propositions considéré. (...) Si le participant (...) n'est pas au courant du type d'usage (le type d'acte de langage ou le rôle illocutionnaire de l'ensemble de propositions), l'ensemble de propositions ne véhicule aucune information dotée de sens. » (Weinberger, 1998, p. 419).

135 Alchourrón et Bulygin, 1989, p. 669 *et sq.*, discutent de ce point. Ils commentent l'adage juridique selon lequel nul n'est censé ignorer la loi, qui constitue une présomption irréfragable. Cela montre, selon eux, que « l'existence des normes est indépendante de l'aspect relatif à sa réception », puisque, en réalité, nul ne connaît l'ensemble des normes du système juridique, même le juriste le plus averti. Il demeure qu'en détachant l'existence d'une norme du contexte de sa réception, Alchourrón et Bulygin passent par pertes et profits un problème important d'ontologie des normes posé par la conception expressive. (Il est à noter que ce texte, paru en 1989, a été rédigé en 1973 et relève d'une théorie hybride, à mi-chemin entre conception expressive et hylétique, puisqu'il maintient, à travers le concept de *norm-lektion*, l'idée d'une entité propositionnelle normative *sui generis*). Sur l'importance de la réception pour l'ontologie des normes, voir Duarte d'Almeida, 2007b, p. 16-21.

136 C'est semble-t-il l'option retenue par Bulygin, 1982a, et, à peu de chose près, celle mise en avant par von Wright, 1963a, p. 116-118. Il est à noter que retenir cette option n'engage nullement à adopter

on disjoint la question de l'existence des normes de leur statut ontologique, qui peut largement être laissé de côté.

Ainsi, la norme est à la fois exprimée *par* l'acte de commandement qui la prescrit et *dans* les énoncés internes, même s'il n'y a pas un fait ontologique tel que *p* *doit* réellement être le cas. En ce sens, « il est obligatoire que *p* » est à la fois la formulation par laquelle l'autorité *X* émet la norme, et la formulation par laquelle un participant émet le jugement interne approuvant l'acte de commandement de *X*¹³⁷. Si le système normatif considéré ne contient pas d'autorités normatives (un système de pures règles primaires au sens de Hart), alors l'énoncé interne et la formulation de la norme sont confondus. Dans tous les cas, la proposition normative : « il est obligatoire que *p* » décrit la norme ainsi comprise.

Il demeure qu'il est assez malaisé de dire ce que la proposition normative décrit. Dans *Norm and Action*, von Wright introduit tour à tour les notions de *normative statement* et *norm proposition*, qui, semble-t-il, correspondent à deux types d'entités distinctes. Von Wright remarque que les énoncés déontiques (du type « *x* a l'obligation de ϕ ») peuvent s'entendre en un sens normatif et en un sens descriptif : dans le dernier cas, « la phrase a été utilisée pour faire un énoncé (*statement*) qui peut être vrai ou faux. J'appelle ce type d'énoncé un énoncé normatif (*normative statement*)... Un énoncé normatif est un énoncé selon lequel il est obligatoire, ou permis, ou nécessaire¹³⁸ qu'une certaine chose soit faite ». Il semble donc que l'énoncé normatif porte sur le *contenu* de la norme considérée. Ainsi, si on me demande : « Que dit l'article

la thèse plus robuste défendue par Hart des règles comme pratiques. Il faut d'autre part remarquer que l'argument de Hart porte non pas sur l'existence de normes mais sur les règles, dont les énoncés internes permettent à Hart de prouver qu'elles sont des normes, et non pas de simples convergences de comportement (des habitudes d'obéissance). Hart suppose donc bien que l'existence de la normativité est conditionnée à l'existence d'énoncés internes.

137 Dans un système normatif complexe, on pourra admettre que l'énoncé interne ne porte pas sur les actes de commandements de *X* eux-mêmes, mais sur les critères de validité faisant de *X* une source de normativité.

138 « Nécessaire » traduit *must*, et renvoie à la théorie des normes techniques (voir von Wright, 1963a, pp. 9-10). Il est permis de douter que les normes techniques (« si tu veux *x*, il faut faire *y* ») soient des normes à proprement parler, dans la mesure où elles sont manifestement susceptibles du vrai et du faux. Il peut être vrai ou faux que si tu veux *x*, il faille faire *y*, ce qui est indépendant de la vérité ou de la fausseté de l'affirmation selon laquelle quelqu'un a émis cette norme technique. (D'ailleurs, la norme technique peut être fausse, et la proposition normative selon laquelle *X* a énoncé cette norme être vraie). Von Wright s'en sort en indiquant que la norme technique elle-même est non susceptible du vrai et du faux, mais qu'elle présuppose une proposition anankastique qui est elle-même susceptible du vrai et du faux (voir 1963a, p. 10). Mais si c'est le cas, alors il faut supposer que la norme technique contient un *ought*, un opérateur déontique – et si c'est le cas, on voit mal ce qui la distingue de la norme conditionnelle (ce sur quoi von Wright insiste p. 11). Dans 1963a, p. 171, von Wright résout le dilemme en indiquant que la norme technique est catégorique, et non conditionnelle, (autrement dit, si tu veux *x*, fais *y* = tu dois faire *y*), mais que l'existence même de la norme est hypothétique, conditionnée à ce que je veuille faire *x* (voir aussi von Wright, 1963b, pp. 161-162). Ce qui aboutit à un résultat absurde. Supposons que tu ne veuilles pas, aujourd'hui, faire *x*, mais que tu penses que, demain, tu le voudras. Dès lors si aujourd'hui, je te dis : « si tu veux *x*, fais *y* », j'énonce quelque chose qui deviendra une norme que lorsque tu voudras faire *y* (demain, par exemple). Demain, « si tu veux *x*, fais *y* » se transmuera magiquement en : « tu dois faire *y* ». Pour une critique similaire, voir Gonzalez Lagier, 1993, pp. 473-476.

221-1 du Code pénal ? », je réponds : « Le meurtre doit être puni de trente ans de prison (au maximum) »¹³⁹.

La *norm-proposition* (qu'on peut traduire par « proposition sur la norme ») indique que telle ou telle norme existe (dans tel ou tel système normatif). Comme l'indique von Wright, le contexte standard d'énonciation d'une proposition sur la norme est le suivant : j'émetts un énoncé normatif : « il est interdit de marcher sur la pelouse » ; on me demande : « pourquoi ? »¹⁴⁰, je réponds : « parce qu'il y a une norme qui prévoit cela » (c'est-à-dire l'autorité normative X a issu la norme : « il est interdit de marcher sur la pelouse »)¹⁴¹.

Cependant, von Wright ne semble pas être disposé à thématiser la différence entre *normative statements* et *norm propositions*. « L'existence d'une norme est un fait. Ce qui rend les énoncés normatifs et les propositions normatives vraies, ce sont certains faits.¹⁴² » Le fait que von Wright mette les deux types d'entités dans le même sac, pour ainsi dire, indique qu'à ses yeux, décrire le contenu d'une norme et décrire son existence revient à peu près au même¹⁴³. C'est d'ailleurs la thèse défendue par Bulygin : « Ce que von Wright appelle énoncés normatifs sont des propositions-sur-les-normes déguisées. Les phrases : (1) "Tu ne peux pas te garer ici" et (2) "Il y a une norme qui prohibe le fait de se garer ici" ont la même signification, car (2) n'est qu'une forme étendue de (1) »¹⁴⁴. En ce sens, la proposition normative porte toujours à la fois sur le contenu et sur l'existence d'une norme : il serait absurde d'affirmer en même temps qu'il est interdit que p et qu'il n'existe aucune norme interdisant que p. En ce sens, la condition de vérité d'une proposition normative dépend uniquement de l'existence d'une norme correspondante au sein du système normatif, c'est-à-dire à l'existence d'un acte par lequel une autorité normative a commandé que quelque chose soit fait.

Cette doctrine de l'unité des *propositions normatives* est particulièrement cohérente avec une conception expressive des normes, même si une conception hylétique pourrait également s'en accommoder, le désaccord ne portant, *in fine*, que sur le mode d'existence des normes. La doctrine de l'unité des propositions normatives s'énonce

139 Il va de soi que l'art. 221-1, comme la plupart des articles du code, est écrit à l'indicatif. Mais il va également de soi qu'il énonce une norme, et non pas un énoncé descriptif. Si c'était le cas, il serait faux. Il est manifestement faux que tous les meurtres soient punis de trente ans (au maximum), tout simplement parce qu'il arrive que des meurtres demeurent impunis. Voir là-dessus Soeteman, 1989, p. 40.

140 Cette question est ambiguë. Elle peut en effet porter sur deux choses : la profération de l'énoncé normatif (« pourquoi dis-tu cela ? ») ou sur la raison d'être de la norme que l'énoncé normatif décrit (« pourquoi est-il interdit de marcher sur la pelouse ? »). Autrement dit, la *norm-proposition* peut servir à justifier soit la norme, soit le discours sur la norme, soit les deux.

141 Von Wright, 1963a, p. 106.

142 Von Wright, *ibid.*

143 D'ailleurs, dans la suite de son œuvre, von Wright ne fera plus allusion à la différence normative *statement/norm-proposition*, et distinguera uniquement entre normes et propositions sur les normes (voir par exemple, von Wright, 1980, p. 405 ; von Wright, 1983, p. 131).

144 Bulygin, 1999, p. 185.

ainsi : *décrire le contenu d'une norme N revient à affirmer que N existe*¹⁴⁵. Elle pose un certain nombre de problèmes.

Se demander ce que les propositions normatives décrivent est logiquement équivalent à la question de savoir ce qui rend de telles propositions vraies ou fausses. Soit un système normatif NS extrêmement pauvre ne contenant qu'une seule et unique norme N interdisant les véhicules dans le parc. Soient les propositions normatives suivantes :

- (1) Les véhicules sont permis dans le parc.
- (2) Il est interdit de marcher sur la pelouse.
- (3) Il est obligatoire de pénétrer dans le parc avec un véhicule.
- (4) Les véhicules sont interdits dans le parc.

(4) est une proposition vraie : elle décrit tout à la fois justement l'existence d'une norme et son contenu. (1), (2) et (3) sont manifestement fausses, mais elles ne sont pas fausses au même titre. (2) est fausse car *il n'existe pas* de norme qui interdit de marcher sur la pelouse. (1) et (3) en revanche, ne sont pas fausses au motif qu'il n'existerait pas de norme autorisant ou rendant obligatoires les véhicules dans le parc. Il existe une norme relativement aux véhicules dans le parc, qui les prohibe. Mais, en l'absence de toute norme régulant les véhicules dans le parc, (1) serait vraie – la proposition décrirait une permission faible – tandis que (3) demeurerait fausse : (1) est fausse parce que la façon dont elle décrit *l'opérateur déontique* est fausse ; (3) est fausse, parce qu'elle est contradictoire avec le contenu propositionnel de norme¹⁴⁶. (4) comme (3) indiquent que quelque chose est interdit ; selon (4), p est interdit ; selon (3), $\sim p$ est interdit. (1) et (3) ont en revanche ceci de commun qu'elles ne sont pas fausses parce qu'elles affirment qu'une norme, qui n'existe pas, existe : certes, il n'y a pas (par hypothèse) de norme autorisant ou rendant obligatoire les véhicules dans le parc, mais ce n'est pas la raison pour laquelle ces propositions sont fausses. (1) et (3) sont fausses parce qu'elles *mésinterprètent* le contenu de N.

Le constat de la différence entre (1) et (3) d'un côté et (2) de l'autre a conduit Alchourrón dès 1969, puis Alchourrón et Bulygin, notamment en 1989, à distinguer négation interne et négation externe, empruntant à la théorie des descriptions définies de Russell¹⁴⁷. Soit « $\neg$ » l'opérateur de négation interne et « $\sim$ » l'opérateur de négation

145 Alchourrón et Bulygin, 1989, p. 680 : « *Norm propositions can be analyzed into propositions about the existence of norms* ».

146 Voir là-dessus Royakkers, 1998, p. 136.

147 Russell, « *On Denoting* » in Russell, 1983 ; Russell, 1993. (On trouve parfois dans la littérature en français la traduction « description singulière »). L'exemple fameux sur lequel se penche Russell est l'énoncé : (a) « L'actuel roi de France est chauve », qui, en tant que tel, semble être ni vrai ni faux (puisque cet énoncé n'est manifestement pas vrai, mais il n'est pas non plus vrai que l'actuel roi de France ne soit pas chauve ». Selon Russell cet énoncé se ramène à une description du type : (a') « il existe un (et un seul) x tel que x est roi de France et x est chauve » – formellement, avec F pour « l'actuel roi de France » et G (« chauve ») : $\exists y(\forall x(Fx \leftrightarrow x=y) \wedge Gy)$. Par conséquent, l'énoncé (a) ne se contente pas de prédiquer la calvitie de l'actuel roi de France, il décrit le roi de France comme existant

externe¹⁴⁸. (José Juan Moreso qualifie cette théorie de « version russellienne de l'analyse des propositions juridiques »¹⁴⁹). Dès lors la proposition

(1') Il est faux que les véhicules soient permis dans le parc

se transcrit

(1'') $\neg \mathbb{P}_{sp}$

qui se lit : il existe une norme telle qu'il n'est pas permis de p (= il est interdit de p).

En revanche

(2') Il est faux qu'il soit interdit de marcher sur la pelouse

se transcrit

(2'') $\sim \odot \sim p (= \mathbb{P}_{wp})$

qui se lit : il n'existe pas de norme tel que qu'il est obligatoire de non-p (= il est permis de p).

Jusqu'ici, la distinction entre négation interne et négation externe (ou négation *tout court*) permet de sauver la doctrine de l'unité des propositions normatives, puisqu'à toute proposition normative correspond un seul type de description définie que l'on peut nier de deux manières. Mais on s'aperçoit qu'il est impossible de représenter la négation de (3) au moyen des opérateurs existants. En effet, « $\neg \odot p$ » se lit : « il existe une norme telle qu'il n'est pas obligatoire que p », ce qui revient à affirmer que « $\mathbb{P}_{s \sim p}$ », qu'il existe une norme tel qu'il est permis de non-p¹⁵⁰. Certes N *implique* qu'il soit permis de ne pas introduire son véhicule dans le parc, mais la converse n'est certainement pas vraie. Dès lors, il est impossible de représenter au moyen des opérateurs existants ce pourquoi (3) est faux. Pour pouvoir le représenter, il faudrait recourir

(c'est-à-dire comme étant le seul et unique individu de la classe « actuel roi de France » à exister). Par conséquent il faut distinguer l'énoncé (b) : « je crois qu'il y a actuellement un roi de France et qu'il est chauve » et (c) « il y a actuellement un roi de France, et je crois qu'il est chauve ». Dans l'énoncé (b), « actuel roi de France » a une occurrence secondaire ; dans (c) il a une occurrence primaire. Par conséquent, la négation de (a) (« il est faux que l'actuel roi de France est chauve ») peut se formuler ainsi : (d) « Il existe une entité qui est actuellement roi de France et qui n'est pas chauve » (cet énoncé, où « roi de France » a une occurrence primaire, est faux) ; (e) « Il est faux qu'il existe une entité qui est actuellement roi de France et qui est chauve » (énoncé vrai, où « roi de France » a une occurrence secondaire). Ce qu'Alchourrón appelle négation interne est la négation d'une occurrence primaire. L'analyse classique de Russell a été reprise par Quine (2003, p. 31 *et sq.*, p. 129 *et sq.*) et critiquée par Strawson, 1993, selon lequel (a) est dénué de valeur de vérité dès lors que la proposition existentielle (« il existe une et une seule entité qui est l'actuel roi de France ») est fausse.

148 Alchourrón, 1969, p. 251, Alchourrón et Bulygin, 1971, pp. 123-125 ; Alchourrón et Bulygin, 1989, pp. 682-684 (dont j'adopte la graphie). Sur l'importance de la théorie des descriptions définies pour une théorie des propositions normatives, voir Moreso, 1998, p. 92 ; Alchourrón, « *¿Hay realmente un desacuerdo entre Strawson y Russell respecto de las descripciones definidas ?* » in Alchourrón et Bulygin, 1991. La notion de négation interne/externe a été introduite par Ross, 1968, p. 150 *et sq.* comme une propriété des normes elles-mêmes, et non des propositions normatives.

149 Moreso, 1998, p. 97.

150 Voir là-dessus Moreso, 1998, p. 98.

à une description définie du type : *il existe une (et une seule) norme N dans NS et cette norme N interdit quelque chose et ce quelque chose est non-p*. Par comparaison, à (1) correspond la description définie : *il existe une norme N dans NS et cette norme N **permet** p*. La négation interne permet certes d'agir sur l'opérateur déontique, et non pas sur le quantificateur (sur lequel la négation externe agit), mais pour (3), il faudrait une négation *doublement* interne, de telle manière qu'elle agisse non sur le quantificateur, non plus sur l'opérateur déontique, mais sur p.

Décrire le contenu d'une norme n'est donc pas conceptuellement identique à affirmer l'existence de cette norme. Dès lors, soit (P_1) : « la norme N existe au sein du système normatif NS » ; (P_2) : « la norme N a le contenu : il est obligatoire que p ». P_1 étant admis, P_2 peut être nié de *deux façons* : soit on nie que la norme *rende obligatoire* p (en affirmant que la norme *permet* (fortement) p) ; soit on nie que ce soit p que la norme rend obligatoire (en affirmant que la norme rend obligatoire *non-p*). (On pourrait d'ailleurs affirmer, comme le fait Strawson, que P_1 étant nié, il n'y a pas beaucoup de sens à affirmer ou à nier P_2). C'est pourquoi, toute proposition normative doit se décomposer en P_1 et P_2 , parce qu'il est impossible de toujours réunir P_1 et P_2 au sein d'une proposition à laquelle correspondrait une et une seule description définie. Une proposition P telle que $P = P_1 \wedge P_2$ se laisse exprimer par *deux* descriptions définies irréductibles (au sens où la négation interne ne porte pas sur la même chose) : « il existe une norme N dans NS et N **rend obligatoire (permet, interdit)** p » ; « il existe une norme N dans NS, et N rend obligatoire (permet, interdit) p »¹⁵¹.

2. *Énoncés interprétatifs et énoncés de validité*

Tecla Mazzaresse a insisté, quoiqu'en d'autres termes, sur la nécessité de distinguer P_1 et P_2 , et a soulevé des doutes sur la consistance de la notion de proposition normative¹⁵². En effet, selon Mazzaresse, (P_2) se ramène à un énoncé interprétatif et (P_1) à un énoncé de validité, dont ni l'un ni l'autre ne peuvent adéquatement être susceptibles du vrai et du faux : « On peut douter à la fois qu'un énoncé interprétatif exprime une proposition vraie ou fausse décrivant *le* contenu (ou même *un* contenu) d'une formulation normative donnée, et qu'un énoncé de validité exprime une proposition vraie ou fausse décrivant le (soi-disant) fait qu'une norme donnée est valide¹⁵³ ». L'argumentation de Mazzaresse est la suivante. Étant admis que la formulation normative est le seul vecteur possible de communication de la norme (thèse de la dépendance du langage faible), soit la proposition normative porte sur la seule formulation normative et se contente de répéter les mots de cette dernière, soit elle décrit la norme exprimée par cette formulation normative. Or, selon la plupart des auteurs qui utilisent la notion de proposition normative, cette dernière décrit la *norme* ; par conséquent P_2 se ramène à P_3 : « La formulation normative NF exprime la norme N ». La proposition normative attribue une signification à une formulation normative, et, ce faisant, elle l'interprète.

151 Les portions en gras désignent ce qui est susceptible d'être nié par la négation interne.

152 Mazzaresse, 1991 ; Mazzaresse, 1999.

153 Mazzaresse, 1991, p. 48.

Or selon Mazzaresse, il peut y avoir un nombre potentiellement infini de critères ou de techniques d'interprétation, ce qui empêche d'affirmer que la norme N exprimée par NF ait *ce* contenu, plutôt que tel autre : par conséquent, une formulation normative n'exprime pas une norme, mais un ensemble de plusieurs normes différentes, qui « existent » toutes au regard de la technique interprétative choisie, mais un ensemble de normes différentes possibles¹⁵⁴. Il s'agit donc d'une variante radicale du scepticisme interprétatif, sur lequel le présent travail reviendra plus loin.

Cependant l'argument de Mazzaresse (même brossé rapidement) n'est pas convaincant. En effet, à supposer que l'on adopte une variante du scepticisme interprétatif, on peut admettre, à la manière de l'avant-dernier Kelsen, que les normes constituent un « cadre »¹⁵⁵ susceptible de plusieurs interprétations cognitives, mais non pas de *toutes* les interprétations. Du reste, comme le fait remarquer, au sujet de Mazzaresse, Riccardo Guastini (qui, de manière générale, adopte une variante modérée du scepticisme interprétatif), non seulement il peut y avoir (en doctrine, par exemple) un accord sur une interprétation¹⁵⁶, mais également un accord sur le noyau d'interprétations possibles (opposé aux interprétations fallacieuses). De ce point de vue, on peut comprendre les propositions normatives comme des propositions méta-interprétatives, des propositions affirmant que dans tel système juridique, telle norme est interprétée de telle façon, ou que tel noyau d'interprétations possibles est considéré comme admis¹⁵⁷ (une sorte de point de vue externe modéré sur la doctrine, pour ainsi dire).

Le second argument de Mazzaresse porte sur les énoncés de validité. Selon elle, P_1 se ramène à P_4 : la formulation normative NF est valide (appartient aux sources du droit). Retenir NF plutôt que N (la norme elle-même) permet de ne pas se poser la question de savoir si P_3 est vrai ou non et de se concentrer uniquement sur la question de la vérité de l'énoncé de validité¹⁵⁸. Or selon Mazzaresse, il ne peut jamais être vrai *simpliciter* que NF est valide, parce que « la question de savoir si une norme est valide peut être sujet à débat¹⁵⁹ » : en ce sens, de même que le contenu (normatif) de NF varie en fonction des critères interprétatifs retenus, de même l'énoncé de sa validité varie en fonction des critères de validité retenus.

Le problème de la position de Mazzaresse est qu'elle opère un passage du *may* au *must*. Cela *peut* être le cas qu'il y ait une incertitude quant à la validité d'une norme (Hart¹⁶⁰ reconnaît ainsi que la règle de reconnaissance est sujette à texture ouverte), mais on ne saurait en inférer que cela *doive* être le cas. Or, les critères de validité étant conventionnels¹⁶¹, il est de la nature de ces critères qu'il y ait un accord sur leur identifi-

154 Mazzaresse, 1991, p. 51.

155 Kelsen, 1962a, pp. 456-458.

156 Guastini, 2006b, p. 99.

157 Guastini, 2006b, p. 100 ; voir aussi Guastini, 2006a, p. 77-78.

158 Mazzaresse, 1991, p. 56.

159 Mazzaresse, 1999, p. 197.

160 Hart, 2005, pp. 166-172.

161 Cette thèse est controversée, car c'est l'expression la plus simple du positivisme juridique. Cependant, je connais peu de jusnaturalistes (selon lesquels, pour le dire rapidement, les critères de validité ne

cation. Autrement dit, s'il y a des critères de validité, cela suppose, par définition, qu'*au moins dans certains cas*, ils soient non controversés. (Et par conséquent le passage du *may* au *must* n'est pas fondé). En outre (et ce point est peut-être plus important), Mazzarese confond *Rechtssatz* kelsenien (qui est véritablement l'assertion d'une validité) et proposition normative (au sens d'Alchourrón-Bulygin), qui se contente de décrire qu'une norme existe (c'est-à-dire qu'elle a été émise), et non pas nécessairement qu'elle est valide (sauf à définir la validité comme existence). Quant à la question de savoir si une norme non valide est encore une norme (*i.e.* une norme qui « existe » encore), la réponse dépend à la fois du concept de validité que l'on retient, et de présupposés théoriques particulièrement lourds.

La thèse de Mazzarese est problématique, et elle a été critiquée, en particulier par Bulygin¹⁶². En particulier, Bulygin conteste qu'il ne puisse y avoir de contenu normatif univoque (c'est-à-dire rejette tout scepticisme interprétatif, même modéré)¹⁶³, et, surtout, nie que les propositions normatives soient des énoncés de validité. Comme Alchourrón et Bulygin l'ont montré¹⁶⁴, il convient de distinguer au moins trois concepts d'existence d'une norme. Soit une norme existe en ce qu'elle a été réellement émise, c'est-à-dire qu'elle n'est pas imaginaire ; soit l'existence de la norme décrit l'appartenance à un système normatif donné, soit elle décrit la validité, entendue comme « force obligatoire », de la norme¹⁶⁵ (en ce sens dire qu'une norme existe, c'est dire qu'on doit la suivre – c'est sur ce concept normatif de validité que Kelsen et Raz se fondent pour bâtir leurs théories respectives du *Rechtssatz* et de l'énoncé désengagé). Selon Bulygin, la proposition normative décrit l'existence d'une norme au second sens, c'est-à-dire au sens de l'appartenance¹⁶⁶. Si c'est le cas il n'y aucune raison de douter 1° de la susceptibilité au vrai et au faux des propositions normatives et 2° de l'unité de ces dernières.

sont pas uniquement conventionnels, mais découlent de vérités morales) qui soient également des sceptiques moraux. Il est à noter cependant que la thèse selon laquelle les critères de validité (*e.g.* la règle de reconnaissance) sont conventionnels a été, de manière surprenante, remise en cause par certains positivistes (voir Green 1999 ; Celano, 2003 ; Dickson, 2007).

162 Bulygin, 1999, pp. 185-190 ; voir aussi Rodriguez, 2002, p. 18 *et sq.*

163 « C'est une caractéristique essentielle du langage qu'au moins certaines de expressions doivent être univoques. Un langage qui ne satisfait pas cette condition n'a aucune utilité comme outil de communication » (Bulygin, 1999, p. 187). Pour le dire plus crûment, Mallarmé n'est pas l'auteur du Code pénal. Il est à noter que l'argument mis en avant plus haut sur le caractère conventionnel de la validité est l'exact analogue de l'argument de Bulygin ici en matière d'interprétation.

164 Alchourrón et Bulygin, 1996, pp. 136-140.

165 Cette distinction remonte en partie à Ross, qui emploie la terminologie inverse, puisque Ross décrit les emplois possibles de « validité » : la validité s'entend comme existence réelle, comme caractère « en vigueur » de la norme (ce par quoi Ross entend sans doute à la fois « l'existence » et « l'appartenance » au sens d'Alchourrón et Bulygin) ou comme « force obligatoire » (au troisième sens d'Alchourrón et Bulygin) ; voir Ross, 1958, pp. 29-74 ; Ross, 2004, pp. 160-161.

166 Bulygin, 1999, p. 188. Voir aussi Bulygin, 1998, *passim*. Il y a cependant un autre sens de « validité », qui est le sens dynamique de conformité à une norme supérieure (voir Ross, *ibid.*). Mais il est exact que lorsque je dis qu'une norme existe, je n'affirme pas pour autant qu'elle est conforme à une norme supérieure (je peux l'affirmer, mais c'est une affirmation différente). Je peux décrire des normes qui ne s'insèrent dans aucun système normatif dynamique (par exemple les normes morales, qui ne sont pas conformes à d'autres normes supérieures). Mais on peut également décrire des normes n'appartenant à aucun système normatif (par exemple le voisin qui écrit sur la porte d'entrée : « Essayez vos pieds »).

Or comme on l'a vu, s'il faut accepter 1° (et ce, même si l'on adopte une forme modérée de scepticisme interprétatif), il faut refuser 2°. C'est en ce sens que l'intuition de Mazzaresse selon laquelle les propositions normatives se composent de deux types de propositions irréductibles est juste, même s'il est impossible d'en tirer les conséquences qu'elle en tire.

Ce faisant, le concept d'existence retenu doit être le concept le plus faible possible, à savoir celui qui correspond au concept rossien de validité comme « existence réelle ». Quoi qu'il en soit, affirmer qu'une norme existe peut conduire à affirmer qu'elle est valide (en un sens autre que le sens faible, « existentiel », de Ross), mais les deux opérations sont conceptuellement différentes et indépendantes. Sur les divers sens de « validité », voir, parmi une littérature immense, Garcia Maynez, 1948 ; Hart, 2005, pp. 119-129 ; von Wright, 1963a, pp. 194-196 ; Aarnio, 1987, p. 33 *sq.* ; Wroblewski, 1992, pp. 75-83 ; Pattaro, 2005, pp. 145-172. On reviendra sur le concept de validité dans l'appendice de cette première partie.

Chapitre 2

Normes conditionnelles et règles juridiques

SECTION 1. QU'EST-CE QU'UNE NORME CONDITIONNELLE ?

La notion de norme conditionnelle est assez intuitive. Certaines obligations ou permissions sont conditionnées : si le contrat est annulé, les parties sont obligées à restitution ; si l'on cause par sa faute un dommage à autrui, on a l'obligation de le réparer. Certains auteurs vont même jusqu'à suggérer que toute norme générale est conditionnelle : ainsi les *règles juridiques* (normes générales par excellence) pourraient toutes être structurées autour d'un antécédent factuel et d'une conséquence normative. Cependant, l'explicitation de la nature et de la structure logique de ces normes est très problématique : en premier lieu parce qu'il est difficile de savoir ce sur quoi porte la condition ; en second lieu parce que les normes conditionnelles sont difficilement représentables au sein d'un système standard de logique déontique (SDL). La première série de problèmes porte sur la question de savoir si la condition affecte l'*action* rendue obligatoire ou permmissible ou bien si elle affecte le caractère *obligatoire* de cette action. La seconde série de problèmes naît de ce que chaque formalisation des normes conditionnelles dans SDL ou compatibles avec SDL fait naître des paradoxes en nombre infini.

I. CONDITION DE LA NORME, CONDITION DE L'ACTION

Une norme conditionnelle peut être généralement représentée comme une proposition associant à un antécédent factuel un conséquent normatif. Or il y a deux manières intuitives d'envisager ce dont l'antécédent est la condition : selon une première approche, l'antécédent est la condition de la *norme* exprimée par le conséquent ; selon une seconde approche, l'antécédent est la condition de l'*action* requise, interdite

ou permise par la norme exprimée par le conséquent. Dans le premier cas, le fait que la condition soit réalisée « déclenche » le caractère obligatoire, interdit ou permis de l'action ; dans le second cas, ce qui est permis, autorisé ou interdit est une action conditionnée : le fait d'accomplir une action dans les conditions prévues dans l'antécédent. Le concept de condition en jeu est alors radicalement différent : dans le premier cas, il ne fait aucun sens en dehors d'un contexte normatif ; dans le second cas, la norme régule une action par ailleurs conditionnée (et des actions conditionnées peuvent exister indépendamment des normes qui portent sur elles).

A. Bentham et les « aspects » de la norme

Bentham est l'un des premiers à s'être penché sur les normes conditionnelles. Dans *Of Laws in General*, au chapitre 10 consacré aux « aspects » d'une norme¹, Bentham distingue les commandements conditionnels et non conditionnels. Ceux-là commandent d'accomplir un acte qui ne doit être accompli qu'étant donné certaines circonstances ; ceux-ci ordonnent d'accomplir un acte qui doit être accompli quelles que soient les circonstances². Ainsi : « il est obligatoire de pourvoir au bien-être de ses enfants » est un commandement inconditionnel ; « il est obligatoire de pourvoir au bien-être de ses enfants, aussi longtemps qu'ils sont incapables d'y pourvoir par eux-mêmes » est un commandement conditionnel³. L'intuition fondamentale de Bentham consiste à analyser les clauses temporelles (il est obligatoire de ϕ *quand* [aussi longtemps que, dès lors que, jusqu'à ce que etc.] p), qui énoncent les *circonstances* dans lesquelles les actes prescrits par la norme doivent être accomplis, en termes de *conditions* logiques d'application de la norme. Une norme ordonnant de ϕ dans les circonstances X, Y, Z est une norme ordonnant de ϕ à condition que les circonstances X, Y, Z soient réunies. En ce sens, les clauses conditionnelles sont limitatives, en ce qu'elles limitent le scope d'application de la norme⁴. Ce qui est conditionné est moins l'action que la norme régule que le *commandement* lui-même que la norme exprime : « C'est dans ces circonstances qu'il est de l'intention du législateur que l'acte soit accompli, et dans ces circonstances seulement ; dans les cas où l'acte n'est pas accompagné de ces circonstances, le législateur n'entend exprimer aucune volonté sur la question⁵ » (autrement dit l'action n'est pas régulée par la norme). Si les circonstances ne sont pas réunies, il

1 Au début de *Of Laws in General*, Bentham distingue l'objet d'une *law* (l'acte que la *law* prétend réguler) et son aspect (le type d'acte de volonté qu'elle exprime) – voir Bentham, 1970, p. 1.

2 Bentham, 1970, pp. 112-113.

3 Les exemples sont de Bentham. Il est à noter que *e.g.* l'article 203 du Code civil (« Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et éduquer leurs enfants ») est formulé comme un « commandement inconditionnel », alors que l'article 205 (« Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin ») est formulé comme un commandement conditionnel (si les parents ne sont pas dans le besoin, les enfants ne leur doivent pas des aliments). Bentham n'exclut toutefois pas que des clauses conditionnelles soient implicites dans une formulation inconditionnelle (voir Bentham, 1970, p. 112, note).

4 Bentham, 1970, pp. 113-120.

5 Bentham, 1970, p. 113.

n'est plus *obligatoire* d'accomplir l'action qu'elle prescrit. En termes benthamiens, la condition porte sur l'*aspect* de la norme (qu'elle limite), et non pas sur l'action elle-même, qui est l'*objet* de la norme. Les circonstances X, Y, Z ne sont pas des conditions nécessaires pour agir de telle ou telle sorte, mais des conditions nécessaires pour qu'il soit obligatoire d'agir de telle ou telle sorte. Dans telles ou telles circonstances il est obligatoire de ϕ , et dans ces circonstances seulement. Autrement dit, il est obligatoire de ϕ *si et seulement si* les circonstances X, Y, Z sont réunies. Ce postulat permet à Bentham de définir les exceptions comme des conditions (ou plutôt des limitations) négatives. Ainsi, « il est obligatoire de ϕ *sauf si* U, V, W » doit être équivalent à « il est obligatoire de ϕ *si* U, V, W sont absentes ». Et inversement, « il est obligatoire de ϕ *si* X, Y, Z » est équivalent à « il est obligatoire de ϕ *sauf si* X, Y, Z sont absents »⁶. Dès lors toute norme conditionnelle peut-être formulée ainsi : « Il est obligatoire de ϕ *si* X, Y, Z et *sauf si* {toutes les autres circonstances possibles autres que X, Y et Z} »⁷. Ainsi (puisque la limitation porte sur l'aspect), « il est obligatoire de ϕ *si* X, Y, Z » est équivalent à « il est permis de non ϕ *sauf si* X, Y, Z » ; et, par contraposition, « il est obligatoire de ϕ *sauf si* U, V, W » est équivalent à « il est permis de non ϕ *si* U, V, W ». Il faut prendre garde que « si » doit être compris, pour que l'équivalence soit correcte, comme « si et seulement si » : les conditions benthamiennes sont nécessaires et suffisantes. La formulation exacte d'une norme conditionnelle au sens benthamien est la suivante :

$$(1) \quad \{X, Y, Z\} \leftrightarrow O_x \phi =_{def} (\{X, Y, Z\} \rightarrow O_x \phi) \wedge (\sim \{X, Y, Z\} \rightarrow \sim O_x \phi) \text{ (limitation)}$$

$$(2) \quad \sim \{U, V, W\} \leftrightarrow O_x \phi =_{def} (\sim \{U, V, W\} \rightarrow O_x \phi) \wedge (\{U, V, W\} \rightarrow \sim O_x \phi) \text{ (exception)}$$

Bentham a introduit la notion de « circonstances » au chapitre V d'*Of Laws in General*, consacré à l'*objet* de la norme. Par circonstances, il entend alors les propriétés pertinentes permettant de définir la classe d'actes considérée⁸. Elle permet ainsi de distinguer au sein de classes d'actes des sous-classes plus ou moins étendues. Ainsi la norme : « il est interdit de tuer » porte sur une classe d'actes plus générale que « il est interdit de tuer par poison »⁹. Les circonstances spécifient la classe d'actes pertinente, et on peut dire qu'elles permettent de déterminer à quelles conditions l'acte est pertinent ou non pour l'application de la règle (la règle s'applique *si* le meurtre est accompli par empoisonnement).

L'emploi du terme « circonstance » dans les deux contextes¹⁰ ne doit pourtant pas induire en erreur. Les circonstances entendues comme propriétés *de* l'action ne

6 Voir là-dessus, Raz, 1980, pp. 56-57. Cette caractérisation de l'exception comme condition négative est très problématique comme on tentera de le montrer dans la suite de ce travail.

7 Bentham, 1970, p. 114.

8 Bentham, 1970, p. 43.

9 En réalité, l'argumentation de Bentham est plus subtile, puisque les circonstances permettent de définir des classes de cas (un cas étant un acte ayant telle ou telle propriété) : « Le cas est à la circonstance en quelque sorte ce que l'espèce est à la propriété » : de même que telle propriété définit une différence spécifique (par rapport à un genre), la circonstance définit une classe de cas (par rapport à un ensemble d'actes indifférenciés). Voir là-dessus Bentham, 1970, p. 45. Pour un commentaire, voir Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 11.

10 C'est d'autant plus surprenant que Bentham utilise le même exemple dans les deux cas. Voir Bentham, 1970, p. 42 et p. 113. L'exemple est : « Nul n'exportera du blé hors du pays *quand* le cours du blé est

sont pas des *conditions* de la norme : interdire le meurtre par empoisonnement ne revient pas à interdire le meurtre si et seulement si il est par empoisonnement. Par conséquent, les normes en question sont des normes *catégoriques* (ou, dans le vocabulaire de Bentham, non conditionnelles) portant sur une classe de cas, définie de manière plus ou moins restrictive. Il va de soi que toute norme doit s'appliquer à la classe de cas qu'elle régule (et pas à une autre) ; cela n'implique pas (du moins dans une perspective benthamienne) que toute norme soit conditionnelle. « Il est interdit de tuer par poison » est donc une norme non conditionnelle, bien que les circonstances de l'action soient plus restrictives que la norme « il est interdit de tuer ». Une norme conditionnelle au sens de Bentham est une norme où les circonstances limitent l'aspect de la norme, et non son objet.

B. Von Wright et les actions conditionnées

Selon von Wright, en revanche, les normes conditionnelles font porter la condition sur le *contenu* de la norme (ce que Bentham appelle l'*objet*) et non pas sur son *caractère* (ce que Bentham appelle l'*aspect*). Il convient en effet d'isoler, parmi les multiples paramètres d'une norme, un noyau normatif (*norm-kernel*) qui constitue la structure logique minimale de toute norme. Ce noyau normatif est constitué du contenu de la norme (l'action que la norme prescrit, prohibe ou permet), le caractère de la norme (obligation, interdiction, permission, indifférence, etc.) et ses conditions d'application. Par condition d'application, on entend les conditions nécessaires pour qu'il soit possible d'effectuer un acte¹¹. Pour accomplir un acte, il faut que le monde soit constitué de telle sorte qu'il y ait une opportunité pour que cet acte puisse être accompli. Si je souhaite ouvrir la porte, alors il faut, qu'au préalable, la porte soit fermée.

Une action en effet n'est, selon von Wright, que le fait de produire un changement dans le monde. Aussi bien l'action correspond-elle à une entité *discrète* du monde, c'est-à-dire le passage instantané (événementiel, si l'on veut) d'un état du monde p à un état du monde q ¹². Par conséquent une action ne peut intervenir que si certaines conditions (un certain état du monde quel qu'il soit) le rend possible. Prenons l'exemple d'une action atomique quelconque¹³ : soit p : l'état d'une porte ouverte ; $\sim p$: l'état d'une porte fermée ; T l'opérateur de changement ; d l'opérateur d'action ; f l'opérateur d'abstention. On peut concevoir huit actions (ou abstentions) possibles : (1) $d(pT\sim p)$: fermer la porte ; (2) $f(pT\sim p)$: laisser la porte ouverte (s'abstenir de la fermer) ; (3) $d(pTp)$: maintenir la porte ouverte ; (4) $f(pTp)$: laisser la porte se fermer (s'abstenir de la maintenir ouverte) ; (5) $d(\sim pTp)$: ouvrir la porte ; (6) $f(\sim pTp)$:

supérieur à 44 shillings le quart » (l'italique est de Bentham dans les deux occurrences).

11 Von Wright, 1963a, p. 73.

12 Von Wright, 1963a, ppi. 35-55.

13 On laisse de côté les actions composées (par exemple $d((pT\sim p)\wedge(qTp))$) par souci de simplification. Voir à ce sujet von Wright, 1963a, pp. 60-69.

laisser la porte fermée (s'abstenir de l'ouvrir) ; (7) $d(\sim pT\sim p)$: maintenir la porte fermée ; (8) $f(\sim pT\sim p)$: laisser la porte s'ouvrir (s'abstenir de la maintenir fermée).

A chacune de ces actions correspond une condition d'action déterminée. Ainsi, pour que 1 et 2 soient possibles, il faut qu'indépendamment de l'action, la porte reste ouverte (soit pTp) ; pour que 3 et 4 soient possibles, il faut que, si l'on n'agit pas, la porte menace (soit en train de) se fermer (soit $pT\sim p$), et ainsi de suite¹⁴. A chaque couple d'action et d'abstention correspond une condition différente d'occurrence dans le monde. Si la porte reste ouverte indépendamment de toute action, alors il ne fait aucun sens de dire qu'il est obligatoire de l'ouvrir, la maintenir ouverte, la maintenir fermée, la laisser se fermer, etc.¹⁵

En ce sens, *toute* action est conditionnée, et il est possible d'affirmer que, dans une certaine mesure, toute norme est conditionnelle, puisque la norme : « il est obligatoire de fermer la porte » peut se lire : « il est obligatoire que, si la porte est ouverte et/ou n'est pas en train de se fermer, on la ferme »¹⁶. Il demeure qu'il faut faire la différence entre des normes qui ne prescrivent aucune autre condition que les conditions (logiquement) nécessaires pour l'action (et que l'on peut appeler normes catégoriques) et des normes qui, en sus des conditions nécessaires pour l'action, prévoient d'autres conditions. Ainsi la norme : « il est obligatoire que, si la fenêtre est ouverte, alors on ferme la porte » se lit : « il est obligatoire que si la fenêtre est ouverte, et si la porte est ouverte et/ou n'est pas en train de se fermer, on ferme la porte ». Alors que les premières normes peuvent passer sous silence les conditions nécessaires pour l'action (puisque ce sont des conditions *logiquement* nécessaires), les secondes doivent nécessairement formuler les conditions supplémentaires. Ce second type de normes, von Wright les appelle normes hypothétiques¹⁷ (pour unifier le vocabulaire, on maintient l'expression « norme conditionnelle »).

Soit une action atomique (par exemple : $d(pT\sim p)$), on peut définir une action conditionnée de la sorte : $d(pT\sim p)/qTq$ qui se lira (par exemple) : fermer la porte si la fenêtre est ouverte¹⁸. Par conséquent, la norme : « il est obligatoire que si la fenêtre est ouverte, on ferme la porte » s'écrira : $O(d(pT\sim p)/qTq)$. Ce que la norme rend obligatoire est une action conditionnée de fermer la porte *si* la fenêtre s'ouvre. Par extension, toute norme catégorique peut se formuler ainsi $O(d(pT\sim p)/pTp)$ (et ainsi de suite pour les actions 2 à 8).

14 Von Wright, 1963a, p. 49.

15 Sachant que l'ontologie de von Wright n'admet pas de situations intermédiaires, il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée.

16 Ce point est reformulé dans von Wright, 1981, p. 412.

17 Von Wright, 1963a, p. 74.

18 Von Wright 1963a, p. 171. Un très grand nombre d'actions sont conditionnées. En général, on n'ouvre pas la fenêtre à chaque fois qu'il y a une opportunité de le faire (c'est-à-dire à chaque fois qu'elle est fermée et ne menace pas de s'ouvrir d'elle-même) ; on ouvre la fenêtre s'il fait chaud.

II. CONDITIONS ET IMPLICATIONS

A. Implications interne et externe

Le différend à distance entre Bentham et von Wright (du moins à l'époque de *Norm and Action*) traduit deux manières très différentes de se représenter les normes conditionnelles. Alors que chez Bentham, ces dernières se représentent ainsi : $p \rightarrow Oq$ ¹⁹, chez von Wright, elles s'écrivent $O(q/p)$ ²⁰. Par ailleurs dans l'ancien système de von Wright, $O(A \rightarrow B)$ apparaît comme une expression bien formée. Où passe la différence entre ces trois expressions ?

La notion classique de norme conditionnelle sous-entend l'idée que l'occurrence d'une classe de faits est (au moins) une *condition suffisante* pour qu'une certaine action soit déontiquement régulée (obligatoire, permise, interdite) – on passe sous silence la question de savoir si la flèche va dans l'autre sens, c'est-à-dire si la condition en question est également nécessaire. C'est pourquoi il est naturel de recourir à une formalisation des normes conditionnelles par le connecteur d'implication matérielle.

A bien des égards l'implication externe « $p \rightarrow Oq$ » (où p « conditionne » la norme elle-même) apparaît comme un « hybride impossible »²¹. En effet, si on donne à l'implication matérielle les valeurs de vérités qu'elle a ordinairement, on ne peut interpréter « $p \rightarrow Oq$ » que comme une proposition normative : si p est vrai, alors il est vrai qu' Oq (il y a une norme telle qu' Oq). Cela est plus manifeste lorsqu'on envisage la tautologie « $(p \rightarrow Oq) \leftrightarrow (\sim Oq \rightarrow \sim p)$ ». L'expression « $\sim Oq \rightarrow \sim p$ » ne peut être adéquatement comprise comme une norme, mais seulement comme une proposition normative : s'il est vrai que $\sim Oq$ (ou, si l'on veut, s'il est faux qu' Oq ²²), alors il est faux que p ²³. Si on veut interpréter « $p \rightarrow Oq$ » prescriptivement (comme représentant une norme), et non plus descriptivement, alors on obtient inévitablement une expression

19 On laisse de côté le problème du sens de la flèche. Il est possible de montrer qu'y compris chez Bentham, $\sim p \rightarrow \sim Oq$ ($= Oq \rightarrow p$) n'est pas une propriété intrinsèque des normes conditionnelles, mais le résultat de l'application implicite d'une règle de clôture. Si $p \rightarrow Oq$ et si $\sim p$, alors $\sim Oq$ ($= P \sim q$) si et seulement si aucune norme ne régule les cas où $\sim p$ et si et seulement si une règle de clôture prévoit que tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis.

20 On simplifie ici la notation de von Wright, 1963a (comme von Wright le fera lui-même après *Norm and Action*, voir von Wright, 1971a et 1971b, 1973, etc.) en utilisant des variables propositionnelles quelconques, à ceci près que Op ne signifie pas il est obligatoire qu'il soit le cas que p , mais il est obligatoire de faire en sorte que p . Comme le souligne von Wright lui-même, cette simplification n'est pas sans entraîner des difficultés.

21 La formule est d'A. Ross, 1968, p. 167 ; von Wright, 1983, 151 reconnaît que le sens d'une telle expression n'est pas clair, et que si on emploie l'implication comme un connecteur véri-fonctionnel, on obtient un « monstre dénué d'intérêt pour un discours doté de signification ». Pour un commentaire éclairant, voir Bayón, 1991, pp. 324-325.

22 On notera qu'ici, il ne fait aucune différence que la négation soit interne ou externe (*i.e.* que $\sim Op$ soit une permission faible ou forte de $\sim p$).

23 Voir Ross, 1968, p. 168. C'était déjà l'argument avancé par von Wright, 1963a, pp. 168-169, pour appuyer la thèse que la norme conditionnelle affecte le contenu normatif (l'objet de la norme) et non le caractère (l'aspect) de la norme. Voir également, von Wright, 1983, p. 151.

hybride. Il est incontestablement exact que p puisse être vrai ou faux, mais on ne peut en dire autant de « Oq »²⁴ ; or l'implication matérielle est un connecteur véri-fonctionnel. On pourrait objecter qu'il en va ainsi de l'ensemble des connecteurs logiques ($\sim$, $\wedge$, $\vee$) qui sont véri-fonctionnels, et qui sont problématiques dès lors qu'ils portent sur des expressions déontiques (et non pas sur leur contenu propositionnel²⁵). A vrai dire, seules la disjonction et la négation posent des problèmes similaires à l'implication matérielle²⁶. On peut tout à fait interpréter « $\sim Op$ » comme représentant non pas la négation d'une proposition normative, mais le rejet et/ou l'abrogation d'une norme (dans la terminologie de von Wright, $\sim Op$ est la *negation-norm* d' Op , c'est un acte normatif négatif²⁷) ; quand à la disjonction (par exemple « $Op \vee Pq$ »), elle est problématique, mais il est difficile d'imaginer un contexte où une telle disjonction normative pourrait être émise²⁸. En revanche, les normes conditionnelles sont fort courantes. Pour sauver « $p \rightarrow Oq$ », il faut admettre soit que cette expression porte sur une proposition normative, soit que « $\rightarrow$ » n'y est pas interprété comme un connecteur véri-fonctionnel, mais une sorte de connecteur *sui generis* approprié à l'expression des normes conditionnelles²⁹. En l'état, et sans précision supplémentaire, « $p \rightarrow Oq$ » entraîne, comme le souligne Pablo Navarro, une violation manifeste de la loi de Hume³⁰.

24 Il en va ainsi quel que soit le type de relation logique que l'on reconnaît pour les normes (une norme, à défaut d'être vraie, pourra être dite valide, satisfaite, etc.). L'opérateur d'implication matériel est un connecteur vérfonctionnel. En ce sens $p \rightarrow Oq$ et $Op \rightarrow Oq$ sont également problématiques.

25 Il est notable que « $\rightarrow$ », contrairement aux autres connecteurs, pose également un certain nombre de problèmes lorsqu'on l'applique au contenu propositionnel (de type « $O(p \rightarrow q)$ »).

26 Von Wright, 1983, p. 134. La conjonction peut en effet s'interpréter comme la simultanéité ou la brève succession dans le temps de deux normes. D'où $O(p \wedge q) \rightarrow Op \wedge Oq$.

27 Von Wright, 1963a, p. 130 ; 1983, p. 134.

28 Comme on l'a indiqué, la disjonction n'est problématique que lorsqu'elle porte sur des expressions déontiques (interprétées prescriptivement), et non lorsqu'elle porte sur leur contenu propositionnel (« $O(p \vee q)$ » est une expression bien formée qui ne pose aucun problème). Von Wright (1983, p. 134 et p. 146) suggère que « $Op \vee Pq$ » peut s'entendre comme l'expression d'une norme de degré supérieur, adressée par une autorité normative à une autorité normative inférieure (il est obligatoire que, si vous émettez une norme relative à p ou une norme relative à q , vous rendiez obligatoire p ou permettiez q). En effet, $Op \vee Pq \leftrightarrow \sim(\sim Op \wedge \sim Oq)$. Selon von Wright, cette dernière expression doit s'entendre $O(\sim(\sim Op \wedge \sim Oq))$.

29 Cela semble être le choix de Jose Juan Moreso (1998, p. 23). Moreso vante la supériorité de $p \rightarrow Oq$ sur $O(p \rightarrow q)$, encore qu'il ne justifie pas son choix ; il indique toutefois que la possibilité d'expressions mixtes est réservée à « $\rightarrow$ », et ne peut être étendue à la disjonction et à la conjonction ; or l'implication matérielle, la disjonction et la conjonction sont interdéfinissables dans toute logique bivalente (ce que reconnaît Smart, qui soutient la même thèse et que Moreso cite à l'appui de son propos, voir Smart, 1984, p. 16). Il est manifeste qu'à moins que « $\rightarrow$ » soit interprété autrement que comme l'implication matérielle (mais il en irait de même de l'implication stricte), $p \rightarrow Oq \leftrightarrow \sim p \vee Oq \leftrightarrow \sim(p \wedge \sim Oq)$. Il va de soi qu'une lecture prescriptive d'une telle formule ne fait pas beaucoup de sens. Si on veut éviter cette aporie, il faut interpréter « $\rightarrow$ » autrement que comme une implication matérielle. (Il y a une autre solution, celle avancée par von Wright en 1983, qui consiste à lire $p \rightarrow Oq$ comme $O(p \rightarrow Oq)$ – voir *infra* –, mais on doute que Moreso l'admettrait, puisque selon lui $O(p \rightarrow q)$ est une expression mal formée (voir Moreso, *ibid*). Cependant, Moreso reconnaît que son système « ne se donne pas pour but de résoudre les problèmes de la logique déontique ; il entend seulement faciliter l'investigation de la sémantique du discours directif » (Moreso, 1998, p. 22).

30 Voir Navarro 2007. Silvia Vida suggère, à juste titre, que syntaxiquement, « $p \rightarrow Oq$ » est valide dans une logique du *Seinsollen* telle que SDL (mais non l'ancien système de von Wright, qui porte sur des

Une solution consiste à appliquer le connecteur d'implication matérielle au contenu propositionnel lui-même, du type $O(p \rightarrow q)$ ³¹ – il s'agit alors d'une implication interne. Un tel choix ouvre la voie à davantage de problèmes encore. Si p et q sont des propositions standard de la logique propositionnelle, alors $O(p \rightarrow q)$ signifie qu'il est obligatoire que $p \rightarrow q$ soit le cas. Une telle norme n'est pas une norme conditionnelle, puisqu'il est *catégoriquement* obligatoire que $p \rightarrow q$ soit le cas³². Si, par p et q , on entend des énoncés d'action (*action-sentences*³³), alors on obtient $O(A \rightarrow B)$ de l'ancien système de von Wright. Cette dernière expression, en effet, se lit : il est obligatoire que *si l'on fait A on fasse B*. L'idée est qu'une action conditionne obligatoirement une autre action, ce que l'on a appelé engagement (en anglais *commitment*) : faire A m'engage (m'oblige) à faire B.

Or comme von Wright le fait remarquer dans *Norm and Action*³⁴, l'idée de *commitment* recouvre deux notions distinctes. La première notion repose en partie sur l'idée de norme conditionnelle : un certain état de fait produit par l'agent x oblige l'agent y (ou l'agent x lui-même) à produire un autre état de fait. Que x ouvre la fenêtre oblige y (ou x lui-même³⁵) à fermer la porte. Cette première notion de *commitment* fait donc fond sur le concept d'action conditionnée, à quoi il faut rajouter la précision que l'état de fait qui conditionne l'action a été produit par un agent. Or, dans le système de von Wright (où la spécification de l'agent ne fait pas partie du noyau normatif), une telle précision est impossible, puisque ce n'est pas l'action A en elle-même qui conditionne l'action B, mais le *résultat* de l'action A, l'état de fait produit par l'action A. Dans la norme « si la fenêtre est ouverte, il est obligatoire de fermer la porte », il importe peu que la fenêtre a) soit restée ouverte depuis la construction de l'immeuble ; b) ait été ouverte par un coup de vent ; c) ait été ouverte par un agent humain. Il faudrait pour formaliser la première notion de *commitment* à la fois inclure les agents dans le noyau normatif (ce qui est à la rigueur possible au moyen d'une logique quantifiée), et pouvoir formaliser l'occasion lors de laquelle l'état de fait qui constitue la condition de l'action a été produit.

Selon la seconde notion de *commitment*, la norme porte sur un seul acte, un « acte d'implication » (*implication-act*) tel que l'état de fait $p \rightarrow q$ soit produit par l'agent destinataire de la norme. Par conséquent la reformulation de $O(A \rightarrow B)$ dans le nouveau système de von Wright serait : « $O(d(p \wedge \sim q)Tp \rightarrow q)$ »³⁶. L'action rendue obliga-

énoncés d'actions), mais reconnaît qu'une telle formulation occasionne une violation de la loi de Hume (Vida, 2001, p. 47).

31 Sur la distinction entre $O(p \rightarrow q)$ et $p \rightarrow Oq$, voir Vida, 2001, p. 62 *et sq.*

32 C'est en tout cas l'option retenue par Weinberger, 1957, p. 120 *et sq.* Pour une critique voir Ross, 1968, p. 168.

33 Voir von Wright, 1973.

34 Von Wright, 1963a, pp. 184-186. Von Wright n'a pas toujours distingué clairement *commitment* et norme conditionnelle (comme l'atteste von Wright, 1971c, p. 168).

35 Il faut donc distinguer *alio-* et *auto-commitment*. Pour un commentaire sur ce point, voir Kalinowski, 1965, p. 102.

36 Von Wright, 1963a, p. 185. Von Wright note qu'il est très peu naturel de lire cette expression : « il est obligatoire de q si p ».

toire par la norme consisterait dans la transformation d'un monde où p et $\sim q$ sont le cas en un monde où p et q sont le cas *ou bien* un monde où $\sim p$ et q sont le cas *ou bien* un monde où $\sim p$ et $\sim q$ sont le cas (conformément aux tables de vérité de l'implication matérielle). Par conséquent (on simplifie la notation), on obtient, selon la seconde notion de *commitment*, l'équivalence suivante entre ancien et nouveau système : $O(A \rightarrow B) \equiv O((p \wedge q) \vee (\sim p \wedge q) \vee (\sim p \wedge \sim q))$ ³⁷.

Enfin, $O(A \rightarrow B)$ entraîne deux paradoxes célèbres qui ont été formulés par A.N. Prior. Selon le premier (sur le modèle du *ex falso quodlibet*) : $O \sim A \rightarrow O(A \rightarrow B)$: s'il est interdit de faire A, alors faire A m'engage (m'oblige) à faire B³⁸. S'il est interdit de voler, alors voler nous engage (nous oblige) à commettre l'adultère. Le second paradoxe est le suivant : $OB \rightarrow O(A \rightarrow B)$: s'il est obligatoire de B, alors n'importe quoi m'oblige à B. S'il est obligatoire de payer ses impôts, alors tuer mon voisin m'oblige à payer ses impôts (comme le reconnaît Prior, c'est le premier paradoxe qui est le plus inquiétant).

B. Le paradoxe de Chisholm et la logique déontique dyadique

L'inadéquation de l'implication matérielle, interne ou externe, à représenter les normes conditionnelles se traduit dans le paradoxe des obligations contraires au devoir de Chisholm³⁹, qui a conduit un certain nombre d'auteurs à recourir à l'opérateur déontique « / », au moyen d'une logique dyadique généralisée⁴⁰. Le paradoxe de Chisholm fait en effet fond sur l'ambiguïté des relations entre *commitment* et norme conditionnelle. Soient les énoncés suivants :

- (A) Jean doit rendre visite à sa grand-mère.
- (B) Il est obligatoire que si Jean lui rend visite, il lui dise qu'il va venir.
- (C) S'il ne va pas lui rendre visite, il est obligatoire qu'il ne lui dise pas qu'il va venir.
- (D) Jean ne va pas rendre visite à sa grand-mère.

Ces quatre énoncés semblent intuitivement logiquement consistants. Pourtant, lorsqu'on les formalise on obtient

37 Voir von Wright, 1963a, p. 186. L'expression développée est la suivante :

$O((d(\sim pTp) \wedge d(\sim qTq)) \vee (f(\sim pTp) \wedge d(\sim qTq)) \vee (f(\sim pTp) \wedge f(\sim qTq)))$.

38 Prior, 1954, p. 64. Prior (1973, p. 224) suggère de remplacer $O(A \rightarrow B)$ par $A \rightarrow OB$. Comme le montre Soeteman (1989, pp. 125-126), et comme on l'a suggéré plus haut, cela entraîne des difficultés du même ordre. Ainsi dans le système de Prior, 1973, $\sim A \rightarrow (A \rightarrow OB)$ (si l'on ne fait pas A, alors si l'on fait A, il est obligatoire que l'on fasse B) est une formule valide tout aussi problématique que les paradoxes de l'obligation dérivée. De manière générale, $\sim p \rightarrow (p \rightarrow Oq)$ et $q \rightarrow (p \rightarrow Oq)$ sont valides dans SDL (voir aussi Decew, 1981, p. 55).

39 Voir Chisholm, 1963. Voir Vida, 2001, pp. 137-143. Voir aussi Rodriguez, 2005, p. 98.

40 Voir par exemple Rescher, 1958, von Wright 1971b et 1971c, Hansson, 1971, Lewis, 1974, Van Fraassen, 1972. Pour un commentaire, voir Chellas, 1974, p. 27, Tomberlin, 1989, *passim* ; Soeteman, 1989, pp. 183-208 ; Alchourrón, 1996a, p. 5-9 ; Bonevac, 1998, *passim* ; Vida, 2001, p. 125 et sq.

(A') O_p

(B') $O(p \rightarrow q)$

(C') $\sim p \rightarrow O \sim q$

(D') $\sim p$

(C') peut être décrit comme une « obligation contraire au devoir » : tu dois faire p, mais si tu ne fais pas p, alors tu dois faire $\sim q$. Or de (A') et (B') on infère Oq ⁴¹ ; de (C') et (D') on infère $O \sim q$, d'où

(E') $Oq \wedge O \sim q$.

Les expressions reliées par la conjonction dans (E') ne sont pas contradictoires, mais contraires, ce qui suffit à rendre l'ensemble d'énoncés (A')-(D') inconsistent. Cependant de (E') on peut déduire un énoncé contradictoire, puisque de $O \sim q$ on peut inférer que $\sim Oq$ (mais non vice versa, naturellement) en application de l'axiome-D de SDL. Il demeure que l'ensemble (A')-(D') demeure inconsistent même dans un système ne reconnaissant pas l'axiome-D.

Pour sauver la consistance de l'ensemble, il faut soit remplacer (B') par

(B'') $p \rightarrow Oq$

soit remplacer (C') par

(C'') $O(\sim p \rightarrow \sim q)$.

Dans le premier cas, si on s'en tient aux règles d'inférences de SDL, il n'est plus possible d'inférer Oq de (A') et (B'') ; dans le second cas, il n'est plus possible d'inférer $O \sim q$ de (C'') et (D'). Mais comme (B'') se déduit de (D), et que (C'') se déduit de (A'), alors les nouveaux ensembles deviennent redondants, alors qu'intuitivement ils ne le sont pas. Le problème ici provient du fait que le *commitment* (exprimé par (B'')) et l'obligation contraire au devoir (exprimé par (C'')) correspondent à deux types de normes différentes. Selon Chisholm en effet⁴², (C) ne peut pas être adéquatement représenté au moyen de l'expression (C''). En raison du premier paradoxe de Prior en effet, si O_p , alors il est obligatoire que si l'on produit $\sim p$ on fasse q (qui peut être lu comme représentant « n'importe quoi », *quodlibet*). Par conséquent, puisque $O_p \rightarrow O(\sim p \rightarrow q)$, tout q peut être lu comme donnant lieu à une obligation contraire au devoir. Or l'idée même d'obligation contraire au devoir suppose qu'une obligation spécifique peut résulter de la violation d'une première obligation. Si (C'') est utilisé pour représenter une telle obligation, pour tout (A'), on peut déduire, en vertu du premier paradoxe de Prior, $O(\sim p \rightarrow q)$, soit l'exact contradictoire de (C''). Inversement, (B') ne pose aucun problème (puisque (B') est une obligation *conforme* au devoir).

41 En raison de l'axiome-K de SDL ($O(p \rightarrow q) \rightarrow (Op \rightarrow Oq)$) qui peut toutefois être remis en question, comme on le verra plus bas.

42 Voir Chisholm, 1963, p. 34. Sur ce point voir Sellars, 1967, p. 304 ; Åqvist, 1967, p. 365.

L'un des problèmes de la solution retenue par Chisholm tient au statut logique très incertain de (C'). D'où l'idée défendue originellement par von Wright d'une logique déontique dyadique⁴³, où l'opérateur primitif n'est pas, comme dans SDL, O (ou P), mais O(/) (ou P(/))⁴⁴. La norme catégorique Op peut être représentée par O(p/T) où T est une tautologie quelconque : p est alors obligatoire dans *toutes les conditions possibles* (p v ~p).

Le nouveau système de von Wright inclut trois axiomes⁴⁵ :

- (B1) $\sim (O(p/q) \wedge O(\sim p/q))$
- (B2) $O(p \wedge q/r) \leftrightarrow O(p/r) \wedge O(q/r)$
- (B3) $O(p/q \vee r) \leftrightarrow O(p/q) \wedge O(p/r)$

Comme l'ont montré Dagfinn Føllesdal et Risto Hilpinen, il est possible, à la lumière du nouveau système de von Wright, de formaliser de nouveau l'ensemble d'énoncés (A)-(D) de la manière suivante⁴⁶ :

- (a) $O(p/T)$
- (b) $O(p \rightarrow q/T)$
- (c) $O(\sim q/\sim p)$
- (d) $\sim p$

De (a) et de (b) on infère bien

- (e) $(O(p/T) \wedge O(p \rightarrow q/T)) \rightarrow O(q/T)$

(s'il est catégoriquement obligatoire de faire en sorte que p et s'il est catégoriquement obligatoire si l'on fait en sorte que p, on fasse en sorte que q, alors il est catégoriquement obligatoire que q) ; en revanche il est impossible d'inférer $O(\sim q/T)$ de (c) et (d).

Comme le montrent Føllesdal et Hilpinen⁴⁷, une telle solution ne permet cependant pas de résoudre le paradoxe de Chisholm. En effet si on admet que, en application de (B3),

43 En réalité, Nicholas Rescher a été le premier à formuler un système de logique déontique dyadique. Ce dernier est très problématique, comme l'atteste la controverse Anderson/Rescher. Rescher (1958, p. 29) tient pour des axiomes les formules suivantes : $\Box(\Box(p \rightarrow q) \rightarrow \Box(P(p/c) \rightarrow (P(q/c)))$ (où « $\Box(\rightarrow)$ » représente l'implication stricte de C.I. Lewis) et $P(p/c) \wedge P(q/c \wedge p) \rightarrow P(p \wedge q/c)$. Anderson (1959, p. 23) montre qu'il est possible de déduire de cet axiome que $\Box((P(p/c) \wedge P(\sim p/c \wedge p)) \rightarrow P(q/c))$, étant admis que $\Box((p \wedge \sim p) \rightarrow q)$ (*ex falso quodlibet*). S'il est permis de faire p à la condition c, et s'il est permis de ne pas faire p, à la condition c, et une fois p produit, alors n'importe quoi est permis. Pour une comparaison entre les systèmes de Rescher et de von Wright, voir Hansson, 1971, pp. 133-142.

44 Von Wright, 1971b, p. 110.

45 A noter que (B1) est l'équivalent dyadique de l'axiome-D de SDL : $Op \rightarrow \sim O\sim p$.

46 Voir Føllesdal et Hilpinen, 1971, p. 28, à partir de von Wright, 1971b, pp. 112-114. Von Wright emploie dans cet article les variables A, B, etc. ; comme Føllesdal et Hilpinen, on uniformise ici la notation, avec des variables propositionnelles classiques. Voir aussi Vida, 2001, p. 138.

47 Voir Føllesdal et Hilpinen, 1971, pp. 28-29 ; voir aussi Vida, 2001, pp. 138-139.

$$(f) \quad O(p/T) \rightarrow O(p/r)$$

où r est une condition quelconque, alors il faut admettre que de (a), (e) et (f) on peut inférer

$$(g) \quad O(q/T) \rightarrow O(q/\sim p)$$

où « $\sim p$ » remplace « r » dans (f). Or (g) est le contraire de (c) ; de (g) et (B1) on peut déduire,

$$(h) \quad O(q/\sim p) \rightarrow \sim O(\sim q/\sim p)$$

d'où,

$$(i) \quad \sim O(\sim q/\sim p)$$

c'est-à-dire le contradictoire de (c). Or (i) est très contre-intuitif, puisqu'il suppose que s'il est catégoriquement obligatoire de faire quelque chose, alors si on omet de le faire il n'est pas obligatoire de ne pas faire autre chose.

Il faut bien voir que la dérivation de (h) à partir de (g) est possible en vertu de l'axiome (B1) qui est l'équivalent de

$$(j) \quad O(p/q) \rightarrow \sim O(\sim p/q)$$

C'est cet axiome que von Wright propose par la suite de remplacer par

$$(B1') \quad \sim (O(p/T) \wedge O(\sim p/T)).$$

On admet par conséquent la possibilité d'un conflit d'obligations conditionnelles, mais pas d'obligations catégoriques. Si on admet la possibilité d'un tel conflit, que von Wright appelle une situation inextricable (*predicament*), alors on admet qu'il est possible que j'aie à la fois l'obligation d'avertir ma grand-mère de ma venue *si je ne vais pas la voir* et que j'aie l'obligation de ne pas l'avertir de venue si je ne vais pas la voir⁴⁸. Pour von Wright il y a là une solution au paradoxe de Chisholm : on a bien un ensemble inconsistant, mais cette inconsistance est admise et permise par les axiomes retenus dans la définition du système.

Or, comme soulignent Føllesdal et Hilpinen⁴⁹, le paradoxe de Chisholm n'est nullement résolu par l'idée de *predicament*. Cette dernière notion décrit typiquement un conflit d'obligations conditionnelles, or tel n'est pas ce que décrit le paradoxe de Chisholm. Ce dernier décrit le conflit qui résulte de la *violation* d'une obligation *catégorique* et de la présence d'une obligation conditionnelle. En effet, dans le *predicament* :

$$(k) \quad O(\sim q/\sim p) \wedge O(q/\sim p)$$

il n'est pas possible de spécifier 1) si $\sim p$ a été produit par l'agent destinataire du *predicament* (ou produit par agent quel qu'il soit, d'ailleurs) et 2) si en produisant $\sim p$, l'agent a ou non violé une obligation $O(p/T)$. Or c'est précisément cette double dimension,

48 Von Wright, 1971b, p. 117.

49 Føllesdal et Hilpinen, 1971, p. 29.

comme von Wright le reconnaît lui-même⁵⁰, qui est au cœur du paradoxe de Chisholm. Ce dernier naît non pas de ce que, dans les mêmes circonstances (quelles qu'elles soient) deux obligations contraires peuvent coexister, mais de ce que l'une de ces deux obligations survient après la violation d'un devoir.

Du reste, si (B1') est exact, alors, en application de (B2)

$$(l) \quad O(p/q) \wedge O(\sim p/q) \rightarrow O(\wedge/q),$$

c'est-à-dire qu'en cas de conflit d'obligations conditionnelles, n'importe quoi devient obligatoire. Pour éviter ce résultat, il faut renoncer à la monotonie du système logique considéré, ce que von Wright n'est pas disposé à faire⁵¹. C'est pourquoi Bengt Hansson⁵², suivi par Føllesdal et Hilpinen, suggère de conserver (B1), mais de modifier (B3) de la manière suivante :

$$(B3') \quad O(p/q) \wedge O(p/r) \rightarrow O(p/q \vee r)$$

tandis que la converse (supposée valide par B3)

$$(B3'') \quad O(p/q \vee r) \rightarrow O(p/q) \wedge O(p/r)$$

n'est pas un axiome du système. (B3'') implique en particulier

$$(m) \quad O(p/r \vee \sim r) \rightarrow O(p/r) \wedge O(p/\sim r)$$

$$(f) \quad O(p/T) \rightarrow O(p/r).$$

Sans (B3''), (f) est invalide et par conséquent la conclusion contre-intuitive (i) n'est pas dérivable. Du reste, (B3'') est assez contre-intuitif : en effet de (B3'') on déduit par contraposition :

50 « Dirons-nous que $O(q/\sim p)$ exprime l'impératif contraire-au-devoir ? Nous ne le dirons *pas*. Car il n'y a rien dans la forme de l'impératif qui montre que l'état de fait $\sim p$ est le résultat de la violation d'une obligation » (von Wright, 1971b, p. 114).

51 Pour Alchourrón la solution consiste à faire usage à la fois de l'implication matérielle et de l'opérateur « / » tout en maintenant une ferme distinction entre les deux. Cette distinction tire son intérêt de ce que la première peut permettre de représenter les normes (du langage-objet), tandis que le second est adéquat pour représenter les propositions normatives (du métalangage) (voir « *Condicionabilidad y la representacion de las normas jurídicas* » in Alchourrón et Bulygin, 1991). En effet, l'implication matérielle est monotone : elle suppose à la fois valide la règle du détachement (ou du modus ponens) : $(p \rightarrow Oq) \wedge p \rightarrow Oq$ et celle du renforcement de l'antécédent : $(p \rightarrow Oq) \rightarrow ((p \wedge r) \rightarrow Oq)$. Il n'en va pas de même pour l'opérateur déontique dyadique. Les formules « $O(q/p) \rightarrow (Oq/p \wedge r)$ » et « $O(q/p) \rightarrow (p \rightarrow Oq)$ » ne sont pas valides (voir là-dessus Bonevac, 1998, p. 38). Par conséquent, dans le langage-objet deux normes $p \rightarrow Oq$ et $r \rightarrow O\sim q$ peuvent s'avérer incompatibles quand c'est le cas que $p \wedge r$, puisque, si l'on respecte la règle du renforcement de l'antécédent, il est à la fois vrai que $(p \wedge r) \rightarrow Oq$ et que $(p \wedge r) \rightarrow O\sim q$. Par conséquent, on peut décrire au moyen du métalangage ces normes par les propositions normatives : « $O(q/p)$ » et « $O(\sim q/r)$ ». Quand c'est le cas que $p \wedge r$, bien que les normes soient inconsistantes, il semble cependant intuitif d'affirmer que $O(\sim q/p \wedge r)$ parce que l'on donne priorité à la norme $r \rightarrow O\sim q$ sur la norme $p \rightarrow Oq$. Une telle priorité serait impossible si on s'en tenait au seul langage objet, parce que l'implication matérielle suppose valides les deux règles du *modus ponens* et du renforcement de l'antécédent. (Voir Alchourrón et Bulygin, 1991, pp. 275-279 ; voir aussi Rodriguez, 2005, p. 99 *et sq.*). Ce choix implique également de renoncer à l'axiome (B3) qui suppose également la règle du renforcement de l'antécédent et la règle du modus ponens. – On reviendra sur ce point dans le chapitre 4 du présent travail.

52 Hansson, 1971, pp. 141-144 ; Føllesdal et Hilpinen, 1971, pp. 29-31.

$$(n) \quad \sim(O(p/q) \wedge O(p/r)) \rightarrow \sim O(p/q \vee r).$$

Pour reprendre un exemple de Hansson : supposons que Jean sauve Pierre de la noyade (ou tout au moins le croit-il). Si Pierre est inconscient, alors Jean doit lui faire un massage cardiaque ($O(p/q)$) ; mais si Pierre est mort, alors Jean ne doit pas lui faire un massage cardiaque ($\sim O(p/r)$). De cela il résulte qu'il n'est pas vrai que, si Pierre est mort ou inconscient, on doive lui faire un massage cardiaque. Or il semble, intuitivement, qu'en l'absence de toute connaissance de l'état de Pierre, Jean doive lui faire un massage cardiaque, c'est-à-dire que $O(p/q \vee r)$ soit vrai.

Comme de nombreux auteurs l'ont fait remarquer⁵³, l'inadéquation de SDL à représenter de manière à la fois consistante et non redondante l'ensemble (A)-(D) provient de la théorie sémantique sous-jacente de SDL. Dans SDL une expression quelconque « Op » signifie que p est vrai dans tous les mondes déontiquement parfaits (dans tous mondes idéaux possibles). Par conséquent, les normes (A) et (B) signifient que, dans tous les mondes idéaux, il est vrai que Jean va visiter sa grand-mère *et* qu'il lui dit qu'il va venir. Au contraire (D) suppose que le monde où la norme (C) va intervenir n'est pas un monde idéal (puisque par hypothèse les mondes idéaux sont tous ceux où Jean va voir sa grand-mère). Par conséquent $O\sim q$ (qui se déduit de (C')) signifie que $\sim q$ est vrai dans tous les monde non-idéaux où $\sim p$ est vrai, mais qui sont néanmoins quasi idéaux (ou sub-idéaux), puisque $\sim q$ fait l'objet d'une obligation. En l'absence de toute théorie sémantique alternative, il n'est pas certain que la logique déontique dyadique, comme toute logique se fondant sur SDL, soit à même de résoudre le paradoxe de Chisholm⁵⁴.

C. Une interprétation descriptive de l'implication matérielle

En tout état de cause, l'enjeu du présent travail n'est pas de résoudre des problèmes de logique déontique, mais simplement de retenir une formalisation des normes conditionnelles qui soit maniable et non inconsistante. C'est pourquoi nous retiendrons provisoirement l'opérateur d'implication matérielle interne, dans sa formulation « $p \rightarrow Oq$ », qui est en fin de compte la plus intuitive, et qui est la plus propre à permettre une présentation informelle dans SDL du syllogisme pratique : en effet, comme on va le voir, la séquence $(O(p \rightarrow q) \wedge p) \rightarrow Oq$ n'est pas valide dans SDL. Afin toutefois d'échapper à l'accusation de violation de la loi de Hume, on proposera une interprétation descriptive de l'implication externe.

53 Hansson, 1971, p. 143 ; Føllesdal et Hilpinen, 1971, p. 26 ; Åqvist, 1967, p. 371 ; Jones et Pörn, 1985, p. 278 *et sq.* ; Vida, 2001, p. 106.

54 Une solution, proposée par Peter Mott, consiste à compléter SDL avec le conditionnel contrefactuel de Lewis ($p > q$, qui se lit : si c'était le cas que p , alors ce serait le cas que q). Dans ce nouveau système SDLC, ni $\sim p \rightarrow (p > Oq)$, ni $(p \rightarrow q) \rightarrow (p > q)$ ni $(p > Oq) \rightarrow (p \wedge r > Oq)$ ne sont des formules valides. Dès lors, selon Mott, il est possible de représenter (B) sous la forme $p > Oq$, qui est contrefactuel, puisque, par hypothèse, $\sim p$. (C) continue à être représenté au moyen de l'implication matérielle, comme dans (C'). Puisque $Op \wedge (p > Oq) \rightarrow Oq$ est invalide, la consistance est sauvée, et puisque $\sim p \rightarrow (p > Oq)$ est invalide, l'ensemble n'est pas redondant. (Voir Mott, 1973, pp. 209-210 ; pour une critique, voir Decew, 1981, p. 60).

Von Wright, après s'être fait le champion de la logique déontique dyadique, a par la suite fait part de son scepticisme concernant l'utilité de l'opérateur « / »⁵⁵. Dans un texte paru en 1981, « *Problems and prospects of deontic logic* », il note que « la notion d'*implication matérielle* est tout à fait suffisante⁵⁶ » pour représenter les normes conditionnelles. Mais ici encore, il demeure une incertitude. Dans « *Problems and prospects...* », von Wright retient l'expression « $p \rightarrow Oq$ », en dépit des problèmes que l'emploi d'une telle expression soulève⁵⁷ ; mais dans *Practical Reason*, il affirme que « $O(p \rightarrow q)$ » est l'expression idoine⁵⁸. La raison en est que les difficultés relatives à « $p \rightarrow Oq$ », passées sous silence dans « *Problems and prospects...* », empêchent de fournir de cette expression une lecture prescriptive, mais seulement une lecture descriptive, en termes de propositions normatives, et non de normes. La solution consiste à introduire une norme de degré supérieur : p ne peut impliquer Oq que s'il est *obligatoire* qu'il en aille ainsi (puisque sans précisions supplémentaires, si p implique Oq , la loi de Hume est violée). « $p \rightarrow Oq$ » ne peut être une expression bien formée que si elle se trouve elle-même être l'objet d'une obligation, donc $O(p \rightarrow Oq)$. Il n'y a par conséquent aucun obstacle à retenir l'expression $O(p \rightarrow q)$ ⁵⁹, qui n'est après tout que l'équivalent d'une norme de degré supérieur $O(p \rightarrow Oq)$ où l'émetteur et le destinataire sont confondus (je m'ordonne à moi-même de rendre obligatoire q si p). Mais cette solution élégante aboutit à un abandon pur et simple de la notion de *commitment*. Ainsi, la formule $O \sim p \rightarrow O(p \rightarrow q)$ est valide, mais ne peut nullement se lire : « s'il est obligatoire que $\sim p$, alors il est obligatoire de faire en sorte qu'il soit le cas que p engage à faire en sorte que q soit le cas ». Selon von Wright, il faut la lire ainsi : « s'il est interdit que p , alors il ne peut de manière consistante être permis que p soit le cas en conjonction avec quelque chose d'autre »⁶⁰. Comment von Wright en arrive-t-il à une telle lecture ? Formellement, $O \sim p \rightarrow O(p \rightarrow q)$ se ramène à $\sim(O \sim p \wedge P(p \wedge \sim q))$, comme cela peut être prouvé ainsi :

55 Von Wright, 1981, pp. 411-413.

56 Von Wright, 1981, p. 411. Voir également, von Wright, 1983, p. 151.

57 Von Wright prend en charge certains de ces problèmes, en particulier l'objection selon laquelle $\sim p \rightarrow (p \rightarrow Oq)$ est une vérité logique (voir Vida, 2001, p. 63), objection qu'il réfute comme étant non sérieuse. (Voir von Wright, 1981, p. 412). En effet, l'expression litigieuse ne prend un tour paradoxal que si on la lit comme : « si ce n'est pas le cas que p , alors si c'était le cas que p , il serait obligatoire que q ». Mais ce que l'expression signifie c'est : $p \vee (\sim p \vee Oq)$. La preuve, que von Wright ne formule pas, mais qui est simple, est la suivante :

$$\sim p \rightarrow (p \rightarrow Oq) \leftrightarrow \sim p \rightarrow (\sim p \vee Oq)$$

$$\sim p \rightarrow (\sim p \vee Oq) \leftrightarrow p \vee (\sim p \vee Oq).$$

Pour le dire autrement, « si la porte est fermée, alors si la porte est ouverte il est obligatoire de faire en sorte que la fenêtre soit ouverte » est équivalent à « ou bien la porte est ouverte, ou bien elle est fermée ou bien il faut ouvrir la fenêtre ». Une table de vérité montre qu'une telle expression est vraie. Le problème est que le résultat de cette démonstration est moins intuitif si on remplace les variables propositionnelles par des énoncés d'action, et surtout que von Wright ne prend pas en charge les autres problèmes relatifs à l'expression $p \rightarrow Oq$ (en particulier la possibilité d'en donner une interprétation non descriptive, c'est-à-dire d'en faire autre chose qu'une proposition normative).

58 Von Wright maintiendra cette position jusqu'à la fin de sa vie (voir von Wright, 1998a, p. 6), même si, ce faisant, il est incidemment amené à rabattre la norme conditionnelle sur celle d'*auto-commitment*.

59 Von Wright 1983, p. 152.

60 Von Wright, 1983, *ibid.*

1. $O \sim p \rightarrow O(p \rightarrow q) \leftrightarrow \sim(O \sim p \wedge \sim O(p \rightarrow q))$
2. $\sim(O \sim p \wedge \sim O(p \rightarrow q)) \leftrightarrow \sim(O \sim p \wedge \sim O(p \wedge \sim q))$
3. $\sim(O \sim p \wedge \sim O(p \wedge \sim q)) \leftrightarrow \sim(O \sim p \wedge P(p \wedge \sim q))^{61}$.

Etant donné que q peut être n'importe quoi (*quodlibet*), il en va de même pour $\sim q$. Si on reprend les interprétations classiques de p et q , à ceci près qu'on lit q comme « être fidèle à son époux/se » (et non pas « être adultère »), on obtient : « s'il est interdit de voler, alors il ne peut être permis de voler (p) et de commettre l'adultère ($\sim q$) »⁶².

Il demeure que le choix de l'expression $O(p \rightarrow q)$ est problématique, même si on ne le lit plus comme représentant un *commitment*. Ainsi, $O(p \rightarrow q)$ se lit, de manière générale, « il n'est pas permis que ce soit le cas que p et que ce ne soit pas également le cas que q » (ce qui ne veut pas dire que faire en sorte que p nous engage à faire en sorte que q). Une telle interprétation des normes conditionnelles est possible en matière d'obligations conditionnelles mais est beaucoup moins intuitive en matière de permissions conditionnelles, *e.g.* « si la saison est ouverte, il est permis de chasser ». Indépendamment de la question de savoir si la flèche va dans l'autre sens (c'est-à-dire s'il n'est permis de chasser *que* si la saison est ouverte), il demeure difficile de lire $P(p \rightarrow q)$ comme « il n'est pas obligatoire que si c'est le cas que p , ce ne soit pas le cas que q ».

La principale question que soulève le choix de l'implication interne est de savoir si l'inférence $(O(p \rightarrow q) \wedge p) \rightarrow Oq$ est valide – ou, si l'on veut, si l'on peut obtenir par *modus ponens* :

$$\begin{array}{l} O(p \rightarrow q) \\ p \\ \hline \therefore Oq \end{array}$$

Ross a soutenu qu'une telle inférence est possible, et même qu'elle est la seule possible⁶³. Mais soutenir qu'il en va ainsi revient à refuser l'axiome-K de SDL⁶⁴ qui est celui de la

61 Alternativement (et, sans doute, plus simplement) : 1a. $(O \sim p \rightarrow O(p \rightarrow q)) \leftrightarrow (O \sim p \rightarrow O \sim (p \wedge \sim q))$; 2a. $(O \sim p \rightarrow O \sim (p \wedge \sim q)) \leftrightarrow (O \sim p \rightarrow \sim P(p \wedge \sim q))$ – ce qui revient strictement au même. D'autre part, il est possible de faire une lecture similaire de la formule du second paradoxe de Prior $Oq \rightarrow O(p \rightarrow q)$: s'il est obligatoire que p , alors il ne peut être permis que $\sim p$ en conjonction avec autre chose. De la même manière on le prouve ainsi : 1. $Oq \rightarrow O(p \rightarrow q) \leftrightarrow Oq \rightarrow O \sim (p \wedge \sim q)$; 2. $Oq \rightarrow O \sim (p \wedge \sim q) \leftrightarrow Oq \rightarrow \sim P(p \wedge \sim q)$ – sachant, bien entendu que $\sim P(p \wedge \sim q) \leftrightarrow \sim P(\sim q \wedge p)$.

62 Comme le souligne von Wright, une telle formule, pour être valide, n'en exprime cependant pas une nécessité logique. Un législateur irrationnel pourrait émettre la norme $O \sim p \wedge P(p \wedge \sim q)$. C'est pourquoi il faut entendre consistance « au sens d'une "émission rationnelle de normes", et non pas au sens de la logique formelle » (von Wright, 1983, p. 152).

63 Ross soutient dans *Directives and Norms* que $O(p \rightarrow q)$ est la formalisation correcte des normes conditionnelles, et par conséquent que $(O(p \rightarrow q) \wedge p) \rightarrow Oq$ est une tautologie déontique (voir Ross, 1968, p. 168).

64 Il s'agit de la transposition en logique déontique de l'axiome-K de la logique modale aléthique : $\Box(p \rightarrow q) \rightarrow (\Box p \rightarrow \Box q)$.

distributivité de l'opérateur déontique : $O(p \rightarrow q) \rightarrow (Op \rightarrow Oq)$, refus que Ross assume pleinement⁶⁵. Dès lors il convient, selon Ross, de distinguer $((Op \rightarrow Oq) \wedge Op) \rightarrow Oq$ et $(O(p \rightarrow q) \wedge p) \rightarrow Oq$: la conclusion est identique mais les prémisses sont différentes. *A contrario* les inférences $((Op \rightarrow Oq) \wedge p) \rightarrow Oq$ et $(O(p \rightarrow q) \wedge Op) \rightarrow Oq$ sont invalides (selon Ross). Il va de soi que la première de ces inférences est invalide. En revanche la seconde est une inférence correcte de SDL – et c'est la *seule* correcte dans SDL. La preuve est la suivante (à supposer que l'axiome-K soit admis) :

4. $O(p \rightarrow q) \rightarrow (Op \rightarrow Oq)$ (axiome-K)
5. $\sim(O(p \rightarrow q) \wedge \sim(Op \rightarrow Oq))$
6. $\sim(O(p \rightarrow q) \wedge \sim(\sim Op \vee Oq))$
7. $\sim(O(p \rightarrow q) \wedge (Op \wedge \sim Oq))$ (loi de De Morgan)
8. $\sim((O(p \rightarrow q) \wedge Op) \wedge \sim Oq)$ (associativité de la conjonction)
9. $(O(p \rightarrow q) \wedge Op) \rightarrow Oq$

A bien des égards, l'axiome-K apparaît contre-intuitif en logique déontique (contrairement à son occurrence dans toute logique modale normale, où il en va d'une évidence : s'il est nécessaire que si p alors q, alors s'il est nécessaire que p il est nécessaire que q). En effet, de ce qu'il est obligatoire que si la porte est ouverte on fasse en sorte que la fenêtre soit fermée il paraît contre-intuitif d'inférer que s'il est *obligatoire* que la porte soit ouverte alors il est obligatoire que la fenêtre soit fermée. $O(p \rightarrow q)$ suppose *seulement* que, pour que q soit obligatoire, p soit le cas. Mais $Op \rightarrow p$ est une inférence manifestement non valide⁶⁶ (en effet ce n'est pas parce qu'il est obligatoire que p soit le cas, que p est réellement le cas). Par conséquent, s'il est obligatoire que si p alors q, le fait que p soit à son tour rendu obligatoire ne saurait influencer sur le caractère obligatoire de q. Cependant, il semble rationnel de supposer que l'autorité normative qui émet $O(p \rightarrow q)$ et $O(p)$ a pour intention qu'il soit le cas que p et par conséquent que q soit obligatoire. Autrement dit, si 4. paraît contre-intuitif⁶⁷, il n'en va pas de même de 9., or 9. n'est pas valide sans l'axiome-K (c'est-à-dire sans 4.).

Si, contrairement à Ross, on admet l'axiome-K, comment soutenir que l'inférence $(O(p \rightarrow q) \wedge p) \rightarrow Oq$ est valide ? Von Wright a apporté une solution sophistiquée à

65 Voir Ross, 1968, p. 166.

66 L'axiome-K en logique modale normale est intuitif précisément parce que $\Box p \rightarrow p$ est une inférence valide (*ab necesse ad esse valet illatio*).

67 Il faut garder à l'esprit que 4. est un axiome de SDL et non pas un théorème. Il est néanmoins possible de le prouver à partir des autres axiomes de SDL, en particulier de celui de la distributivité de l'opérateur déontique (pour la conjonction et la disjonction) et de l'axiome-D de SDL ($Op \rightarrow \sim O\sim p$) (ce qui est obligatoire est permis). En effet : $O(p \rightarrow q) \rightarrow O(\sim p \vee q)$; $O(\sim p \vee q) \rightarrow O\sim p \vee Oq$; $O\sim p \rightarrow \sim Op$ (selon l'axiome-D) ; $O\sim p \vee Oq \rightarrow \sim Op \vee Oq$; et enfin $\sim Op \vee Oq \rightarrow (Op \rightarrow Oq)$. Par substitution, on obtient $O(p \rightarrow q) \rightarrow (Op \rightarrow Oq)$, l'implication matérielle étant transitive. Il est donc possible d'interdéfinir la distributivité de l'opérateur déontique pour $\vee$ et $\wedge$ d'une part et pour $\rightarrow$ d'autre part, si et seulement si l'axiome D est valide dans SDL. Il va de soi que la converse de 4., à savoir $(Op \rightarrow Oq) \rightarrow O(p \rightarrow q)$, n'est pas un axiome de SDL, ni d'aucun système de logique déontique.

ce problème⁶⁸. Soit une norme $O(p \rightarrow q)$ et un agent soucieux d'appliquer cette norme. Soit O_d l'opérateur d'obligation déontique et O_t l'opérateur « normatif » des normes techniques⁶⁹. « $p \rightarrow O_t q$ » est une expression dotée de sens, puisqu'il peut être vrai que si p , alors il faut faire q (en vue d'une certaine fin f qui n'a pas besoin d'être spécifiée). Si $f = \{\text{appliquer la norme } O_d(p \rightarrow q)\}$, alors on peut de $O_d(p \rightarrow q)$ extraire la norme technique $p \rightarrow O_t q$: en vue de f , si p est le cas, alors il faut faire en sorte que q *ou* rendre obligatoire que p ⁷⁰ (« il faut » traduisant « *one ought_t to* » ou « *one must* »). On obtient donc les deux inférences suivantes :

$$10. \quad O_d(p \rightarrow q)$$

$$p \rightarrow O_t q$$

$$p$$

$$\therefore O_t q$$

$$11. \quad O_d(p \rightarrow q)$$

$$p \rightarrow O_t O_d q$$

$$p$$

$$\therefore O_t O_d q$$

Le principal inconvénient de cette solution tient à la nature logique de cette « extraction » qui demeure imprécise. En effet il est douteux que syntaxiquement une formule telle que $O_d(p \rightarrow q) \rightarrow (p \rightarrow O_t q)$ soit recevable (même si, informellement, elle fait sans doute sens).

En tout état de cause, aucune de ces solutions sophistiquées ne permet de sauver $O(p \rightarrow q)$ comme une représentation adéquate des normes conditionnelles (même si elle peut à la rigueur représenter l'obligation d'un *implication-act*, c'est-à-dire d'un certain type de norme catégorique), et d'assurer que l'inférence $(O(p \rightarrow q) \wedge p) \rightarrow Oq$ soit valide, sauf à renoncer à l'axiome-K. C'est pourquoi on retient ici provisoirement l'expression $p \rightarrow Oq$.

Cette formulation demeure très problématique, puisqu'il demeure démontrable dans SDL que $\sim p \rightarrow (p \rightarrow Oq)$ et que sans plus de précision, elle viole la loi de Hume. Cependant elle est, du moins en première instance⁷¹, la plus à même de se prêter à la formalisation du syllogisme pratique : d'un pur point de vue syntaxique,

68 Von Wright, 1983, pp. 153-154.

69 Voir plus haut, chapitre 1, note 141.

70 Ici von Wright semble hésiter entre deux modèles d'extraction de normes techniques à partir de normes déontiques : le raisonnement de celui qui veut agir comme la norme le lui ordonne ; le raisonnement de celui qui veut émettre une nouvelle obligation conforme à la règle.

71 L'usage de l'implication matérielle suppose, au moins provisoirement que la norme conditionnelle n'est pas défaissable, puisque l'implication matérielle (telle qu'interprétée dans SDL) est monotone, c'est-à-dire respecte les lois de la renforcement du précédent et du *modus ponens* (plus particulièrement, du *modus tollens*, i.e. de la contraposition). Si on admet que les normes conditionnelles sont défaissables, alors il faut recourir à une relation non-monotone de conséquence.

l'inférence $((p \rightarrow Oq) \wedge p) \rightarrow Oq$ est valide, même si $p \rightarrow Oq$ est par ailleurs une expression mal formée.

Pour résoudre le second problème, celui de la violation de la loi de Hume, on retient, en suivant une solution proposée un temps par von Wright, une interprétation descriptive⁷² de l'implication interne formulée au moyen de l'opérateur déontique descriptif $\odot$ tel qu'il est utilisé au sein des propositions normatives.

Pour ce faire on part non pas de la norme conditionnelle, mais de la proposition normative $p \rightarrow \odot q$, qui, en tant que telle ne viole pas la loi de Hume, puisqu'elle signifie que lorsque p est le cas, alors c'est un fait – descriptible par une proposition normative – qu'il est obligatoire de q . Bien entendu, la vérité de cette proposition est conditionnée à l'existence d'une *norme*, qui, elle, ne peut pas prendre la forme $p \rightarrow Oq$. Une telle norme peut prendre la forme d'une expression hybride : $O(p \rightarrow \odot q)$ – ou, dans le langage de la conception expressive des normes, $!(p \rightarrow \odot xq)$. Une autorité⁷³ indique, pour ainsi dire, que l'énoncé « $p \rightarrow \odot q$ » doit être interprété prescriptivement : elle rend ainsi obligatoire un *Seinsollen* (non une obligation d'action mais une obligation d'être, cf. *infra*), ici l'état de fait dénoté par l'énoncé « $p \rightarrow \odot q$ ». L'emploi de l'opérateur $\odot$ (opérateur descriptif d'obligation) permet d'éviter de réduire $O(p \rightarrow \odot q)$ soit à $O(p \rightarrow Oq)$ – c'est-à-dire en définitive à $O(p \rightarrow q)$ –, soit à $p \rightarrow Oq$ interprété prescriptivement. Par conséquent, l'expression « $p \rightarrow Oq$ » peut être envisagée comme une abréviation de « $O(p \rightarrow \odot q)$ ». Cette interprétation présente l'imperfection non négligeable que la proposition normative $p \rightarrow \odot q$ signifie « (il est vrai qu')une autorité a promulgué “ $O(p \rightarrow \odot q)$ ” », c'est-à-dire la même chose que $\odot(p \rightarrow \odot q)$! Ce risque de récursivité à l'infini est augmenté dès lors que la notation hybride employée rend possible des expressions du type $O(\odot p)$ de telle manière que $\odot p$ signifie la même chose que $\odot(\odot p)$ et ainsi de suite. Un tel défaut est inéliminable, mais il a néanmoins quelques avantages.

Une telle lecture permet en effet de lever partiellement le premier problème, celui du *ex falso quodlibet*. D'un pur point de vue logique, « $\sim p \rightarrow (p \rightarrow Oq)$ » est valide dans SDL pour autant que SDL est interprété comme un système de logique des normes. Cependant il n'en va pas de même pour « $p \rightarrow \odot q$ » ; syntaxiquement il est certes possible d'écrire « $\sim p \rightarrow (p \rightarrow \odot q)$ », mais on s'aperçoit bien vite que cette expression ne veut absolument rien dire. En effet, « $p \rightarrow \odot q$ » est équivalent à « $\odot(p \rightarrow \odot q)$ ». Or non seulement « $\sim p \rightarrow \odot(p \rightarrow \odot q)$ » n'est pas valide, mais cet énoncé est complètement dénué de sens : le fait que $\sim p$ soit vrai ne change rien au *fait* qu'une autorité de NS *a* (ou non) édicte « $O(p \rightarrow \odot q)$ ». L'énoncé : « s'il ne pleut pas, alors c'est le cas qu'une autorité a édicté “s'il pleut, il est obligatoire de jouer à la pétanque” » est manifestement dénué de sens, alors que l'énoncé « s'il ne pleut pas, alors s'il pleut il est obligatoire de jouer à la pétanque » – qui correspond à « $\sim p \rightarrow (p \rightarrow Oq)$ » dans SDL – est absurde, mais est néanmoins doté de sens.

72 Une autre solution serait le recours à un conditionnel strict.

73 Dans le cas d'un système normatif sans autorité, « $O(p \rightarrow \odot q)$ » correspond à un énoncé interne.

Enfin, $O(p \rightarrow \odot q)$ n'entraîne pas le paradoxe de Prior, à savoir $O \sim p \rightarrow O(p \rightarrow \odot q)$, dès lors que $O \sim p$ est un *Tunsollen* (une obligation d'action), $O(p \rightarrow \odot q)$ est nécessairement un *Seinsollen* (une obligation d'être), quand bien même $\odot q$ décrit un *Tunsollen*. Quand je rends obligatoire par une norme que *ce soit le cas que* $p \rightarrow \odot q$, je rends obligatoire un *Seinsollen* ; cependant $p \rightarrow \odot q$ peut tout à fait se lire : « s'il fait beau, il est obligatoire de jouer à la pétanque », où $\odot q$ décrit manifestement un *Tunsollen*, une obligation d'action.

D'ailleurs le choix de l'implication interne « $p \rightarrow \odot q$ », qui doit toujours être lu comme l'abréviation de $O(p \rightarrow \odot q)$, permet de laisser non spécifié le statut de la condition, c'est-à-dire de p – non-spécification qui faisait la force du nouveau système de von Wright et du passage à une logique déontique dyadique : que p ait ou non été produit par l'agent (ou ait été produit ou non par un agent quel qu'il soit) n'est pas spécifié syntaxiquement (mais entre dans la signification de p) : par comparaison, la formule $O(p \rightarrow q)$ semble beaucoup trop restrictive à cet égard.

SECTION 2. Y A-T-IL DES NORMES GÉNÉRALES CATÉGORIQUES ?

I. KELSEN ET LA REPRÉSENTATION DES NORMES JURIDIQUES

L'un des apports de Kelsen à la théorie des normes a consisté à jeter un doute sur la consistance de la notion de norme catégorique, dès lors que les normes considérées sont des normes générales. Selon Kelsen, les normes générales sont nécessairement des normes conditionnelles⁷⁴. Cependant, le propos de Kelsen souffre d'une double ambiguïté : tout d'abord elle confond arguments conceptuels et arguments empiriques ; elle oscille entre deux modèles irréductibles de norme conditionnelle (la norme de comportement et la norme de sanction).

Au § 25 de la *Théorie pure du droit*⁷⁵, Kelsen entend montrer que les actions, autant que les abstentions ne peuvent être prescrites inconditionnellement. Pour ce faire, Kelsen semble recourir à une théorie très proche de celle de l'action conditionnée, telle qu'on la envisagée plus haut. En effet, « les abstentions comme les actions ne sont possibles que dans certaines conditions tout à fait déterminées. Un homme ne peut tuer, voler, mentir en toutes circonstances, mais seulement dans des conditions déterminées »⁷⁶. Ici, l'argument est nettement conceptuel : les actions susceptibles

74 Pour un commentaire sur cet aspect de la pensée de Kelsen, voir J. Stone, 1968, pp. 111-112 ; Golding, 1971, p. 88 ; Tur, 2001, pp. 357-358 ; Sartor, 2005, p. 564-565.

75 Dans sa seconde édition. Mais la version intermédiaire traduite par Henri Thévenaz en 1953 comporte un passage analogue. Voir Kelsen, 1988, pp. 40-41.

76 Kelsen, 1962a, p. 140. Ici le traducteur prend des libertés avec le texte allemand, mais le sens général est préservé (voir Kelsen, 1983, p. 106).

d'être prescrites par des normes sont des entités discrètes, et elles ne peuvent avoir lieu que dans certaines conditions. Une norme ne peut prescrire une action qu'en tenant compte des conditions nécessaires pour que cette action puisse être accomplie. Il en va de même, selon Kelsen, des normes prescrivant des absentions. A première vue, ces normes régulent des entités continues et non discrètes : ne pas tuer, ne pas voler, etc., qui sont « accomplies » de façon continue indépendamment des circonstances (qu'il pleuve ou qu'il vente). Mais, écrit Kelsen, « si les normes morales qui prescrivent les abstentions imposaient des obligations inconditionnelles, c'est-à-dire catégoriques, à exécuter partout et toujours, on exécuterait ces obligations dans le sommeil comme dans la veille, et le sommeil serait moralement un état idéal⁷⁷ ». Autrement dit, on obéit à la norme qui prescrit de ne pas tuer non pas lorsqu'on s'abstient de tuer *simpliciter*, mais quand, lorsqu'on pourrait tuer, lorsque les conditions pour tuer sont réunies, on s'abstient de le faire. Dès lors, Kelsen énonce la thèse de l'identité des conditions de l'action et de l'abstention (entendue comme action négative, action de ne pas) : « La condition dans laquelle l'abstention d'une certaine action est prescrite est l'ensemble des circonstances dans lesquelles cette action est possible. »⁷⁸ De même, dans la *Théorie générale des normes*, au chapitre 5 (qui suit d'assez près le chapitre 25 de la *Théorie pure du droit*), Kelsen adopte une formulation voisine : « La condition à laquelle une norme (...) est valide est la somme des circonstances dans lesquelles elle peut être observée ou violée » : si la porte est déjà fermée, je ne viole pas, en ne la fermant pas, la norme générale obligeant à fermer la porte. En revanche, les normes individuelles, qui s'appliquent à un et un seul cas, peuvent être catégoriques⁷⁹ (parce qu'elles s'appliquent à une unique action, c'est-à-dire à une seule entité discrète) : si je dis à x : « fais ceci », je suppose que les conditions nécessaires d'application sont réunies. Il ne fait aucun sens à ordonner à quelqu'un de nager dans une piscine vide⁸⁰.

Cet argument est un argument *conceptuel* qui s'énonce ainsi : toute norme catégorique générale est en réalité une norme conditionnelle déguisée (on peut l'appeler *argument conceptuel sur les normes secondaires*⁸¹, ou AC₂). A vrai dire, von Wright ne dit pas autre chose dans *Norm and Action* : les normes catégoriques sont des normes qui n'ont pour autre condition que leurs conditions nécessaires d'application (pour que je puisse ouvrir la porte comme cela m'est ordonné, il faut que la porte soit fermée). C'est pourquoi, si on prend en compte non seulement les conditions nécessaires d'application mais les conditions *supplémentaires* (du type *O(p/q)* en écriture dyadique simplifiée), on obtient une thèse selon laquelle toutes les normes générales sont néces-

77 *Ibid.*

78 *Ibid.*

79 Même si elles peuvent également prévoir des conditions. Voir Kelsen, 1962a, p. 141.

80 Kelsen, 1996, p. 23.

81 Le choix de cette terminologie se clarifiera de lui-même plus loin. Soulignons dès maintenant que Kelsen invertit la terminologie usuelle (qui caractérise les règles de conduite comme étant les normes primaires et les règles de sanctions comme étant les normes secondaires). Voir par exemple, Nawiasky, 1948, pp. 13-14 et Bobbio, 1998, p. 161. Il est à noter que Hart, dans un article de 1959 reproduit dans *Punishment and Responsibility*, emploie encore la distinction entre *primary laws* et *secondary laws* en ce sens (voir Hart, 2008, p. 7).

sairement conditionnelles. Le problème est que Kelsen ne distingue pas nettement les deux types de conditions, comme l'atteste ce qu'on pourrait appeler l'argument *empirique* qui contredit partiellement l'argument conceptuel.

Cet argument empirique (sur les normes secondaires, AE_2), exposé dans la *Théorie pure du droit* comme dans la *Théorie générale des normes*, développe l'idée que, dans les systèmes de droit positif, « il ne peut exister aucune prescription qui ne comporterait pas quelques exceptions⁸² ». Dès lors, les normes juridiques ne valent qu'à certaines conditions, que sous certaines limitations. L'argument de Kelsen est le suivant : toutes les prohibitions (=prescriptions d'abstentions) connaissent des exceptions ; donc lorsqu'une certaine action est prohibée, la norme prévoit en réalité les conditions auxquelles cette action est permise (ou à tout le moins n'est pas défendue). De même, toutes les prescriptions connaissent des conditions ; lorsqu'une certaine action est prescrite, la norme prévoit en réalité les conditions auxquelles l'abstention de cette action est permise⁸³ (et ce, en raison de la thèse de l'identité des conditions de l'action et de l'abstention) – on notera d'ailleurs la tonalité très benthamienne de ce passage.

AE_2 est problématique à deux titres. Tout d'abord, de ce qu'il existe de telles normes dans les systèmes juridiques positifs, on ne saurait inférer, comme le fait Kelsen, qu'il ne *puisse* y exister *que* des normes de ce type. Il faut donc se garder d'élever AE_2 au rang d'argument conceptuel. Ensuite, AE_2 contredit partiellement AC_2 . En effet, les conditions auxquelles Kelsen fait référence ici ne sont pas les conditions nécessaires d'application qu'il visait dans AC_2 , mais les conditions *supplémentaires*. Si *seules* les normes de type $O(p/q)$ (qui déploient des conditions supplémentaires, au contraire de $O(p/\sim p)$) sont des normes conditionnelles, alors AC_2 ne tient plus, puisqu'il ne décrit en fin de compte que des normes catégoriques formulées de manière conditionnelle. Si la preuve de ce que les normes générales sont nécessairement conditionnelles réside dans le fait que, dans les systèmes positifs, le meurtre n'est interdit qu'à certaines conditions, alors, *a contrario*, une norme ne précisant pas les conditions supplémentaires de l'interdiction du meurtre et se contentant d'affirmer : « le meurtre est interdit » n'est pas une norme conditionnelle (au sens mobilisé par AE_2). Or c'est précisément ce qu' AC_2 visait à établir. Si ce qui fait la conditionnalité d'une norme est que cette dernière a des conditions nécessaires d'application, correspondant aux conditions nécessaires d'occurrence de l'action, alors toutes les normes générales sont conditionnelles ; si, en revanche, ce qui fait qu'une norme est conditionnelle est qu'elle ne prescrit une action qu'à raison de conditions supplémentaires d'application, alors il faut bien admettre deux types distincts de normes (des normes catégoriques, et des normes conditionnelles proprement dites).

Au surplus, il est manifeste, comme on l'a laissé entendre, que les normes visées aussi bien par AC_2 que par AE_2 , tels que développés au paragraphe 25 de la *Théorie pure du droit* et au chapitre 5 de la *Théorie générale des normes*, sont des normes de comportement (c'est-à-dire des normes secondaires au sens kelsénien classique :

82 Kelsen, 1962a, p. 140.

83 Kelsen, *ibid.* ; Kelsen, 1996, p. 25.

des fragments des normes véritables correctement individuées⁸⁴). Or, chez Kelsen, les normes primaires, celles qui instituent la sanction, prennent par définition une forme conditionnelle : si x fait A, alors il doit être puni (le juge doit le punir) de la sanction S. En ce sens, lorsque, dans la *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Kelsen indique que « les normes juridiques générales se présentent toujours sous la forme d'énoncés hypothétiques⁸⁵ », il ne s'agit pas du même type d'argument. Ici, ce qui est visé c'est que « la sanction est prescrite par la norme sous certaines conditions⁸⁶ ». Il est absurde en effet de supposer qu'un système juridique rende tout comportement possible passible de sanction. Indiquer que seuls certains comportements sont passibles de sanctions, c'est *ipso facto* reconnaître le caractère conditionnel des normes primaires. On peut appeler cet argument l'argument conceptuel sur les normes primaires (AC₁)⁸⁷. Si la norme primaire est la seule véritable norme juridique, alors toutes les normes juridiques *générales* sont bien des normes conditionnelles. Kelsen écrit ainsi que « la première norme, si tant est qu'elle existe, *se trouve contenue* dans la seconde, la seule véritable norme juridique »⁸⁸. C'est pourquoi Kelsen affirme à de multiples reprises que la violation de la norme est en réalité accomplie par le juge qui n'impose pas la sanction⁸⁹. La violation de la norme secondaire loin d'être la négation de la norme primaire est la condition de son application⁹⁰.

Si on admet la distinction normes primaires/normes secondaires, alors se pose la question de savoir en quoi la norme secondaire : $\forall x O \rightarrow G(x)$ est dépendante (constitue un fragment) de la norme primaire : $\forall x G(x) \rightarrow OH(x)$ (H étant le prédicat pour la sanction). Plus spécifiquement, si on passe sous silence le problème du destinataire de la norme (le juge ou le sujet de droit⁹¹), il faut se demander quelles sont les conséquences de la doctrine des normes primaires et secondaires pour une théorie des normes conditionnelles. En effet, la conditionnalité de la norme primaire tient à ce qu'à un certain comportement donné, elle attache une sanction. Mais, à cette fin, la norme secondaire, qui s'en déduit, pour ainsi dire, obliquement, joue un rôle de norme catégorique (ou de « norme conditionnelle » au sens d'AC₂, c'est-à-dire, peu ou prou, au sens de norme catégorique tel que l'entend von Wright). Autrement dit il faut se garder de confondre deux thèses également importantes chez Kelsen :

84 Dès la première édition de la *Théorie pure du droit* (voir Kelsen, 1992, pp. 29-30), puis dans la version intermédiaire traduite en 1953 (Kelsen, 1988, pp. 75-77) ; dans la *Théorie générale du droit et de l'Etat* (Kelsen, 1997, pp. 111-112) et dans la *Théorie générale des normes* (Kelsen, 1996, pp. 69-70). Curieusement, la seconde édition de la *Théorie pure du droit* parle de normes indépendantes et non indépendantes (Kelsen, 1962a, pp. 74-78) qui recouvre une distinction légèrement différente, puisque parmi les normes non indépendantes figurent, outre les normes de comportement proprement dites, les normes d'habilitation et les normes qualificatives (du type : définitions juridiques). Par norme non indépendante, il faut entendre tout fragment de norme.

85 Kelsen, 1997, p. 88.

86 Kelsen, 1997, pp. 88-89.

87 A première vue, un argument empirique sur les normes primaires semble *obiter*, voire inutile.

88 Kelsen, 1997, p. 111 (c'est moi qui souligne).

89 Kelsen, 1997, *ibid.*

90 Kelsen, 1962a, p. 152 *sq.*

91 On reviendra sur ce problème par la suite.

- (AC₁) Les normes juridiques générales sont hypothétiques (ou conditionnelles) parce que la sanction ne s'applique qu'à certaines conditions, c'est-à-dire qu'elle n'est attachée qu'à certaines classes de cas (argument conceptuel sur les normes primaires).
- (AE₂) Les normes juridiques générales sont hypothétiques (ou conditionnelles) parce qu'elles ne rendent pas un certain comportement obligatoire ou interdit dans toutes les circonstances, mais seulement dans certaines d'entre elles⁹².

Ici encore, l'argument conceptuel sur les normes secondaires (AC₂) est battu en brèche. En effet, il est tout à fait possible que la norme secondaire : « tu ne dois pas tuer » soit conçue comme une norme catégorique, ce qui n'obère évidemment pas le caractère conditionnel de la norme primaire : « si tu tues, alors tu dois être puni ». Par conséquent, l'argument général selon lequel toutes les normes générales sont nécessairement (conceptuellement) conditionnelles, est faux⁹³. Si AE₂ est exact, alors la conditionnalité de la norme secondaire dépend de sa spécification de conditions supplémentaires d'applications (autres, donc, que les conditions nécessaires d'application). Par conséquent, il est tout à fait possible que les normes décrites par AC₁ comprennent, à titre de fragments, des normes secondaires du type décrit par AE₂ (des normes secondaires conditionnelles) et des normes secondaires *catégoriques* (n'ayant d'autres conditions d'application que leurs conditions nécessaires d'application).

Il semble que Kelsen ait été conscient de ce problème, en particulier dans la version intermédiaire de la *Théorie pure du droit* (traduite par Henri Thévenaz en 1953), ainsi que, de manière peut-être moins marquée, dans la seconde édition de ce même ouvrage. Lors de la discussion du principe d'imputation, Kelsen caractérise les normes juridiques comme des normes où l'imputation normative concerne deux actes accomplis par des comportements humains : ainsi la norme primaire met typiquement en relation un acte effectué par *x* (e.g. un meurtre) et un acte effectué par *y* (infliger la sanction). Le premier acte conditionne le second : la norme impute une conséquence, réalisée par le second acte, à une condition réalisée par le premier acte. En revanche, il existe un second type d'imputation (à quoi, suppose-t-on, correspond un second type de norme) : l'imputation d'une conséquence (réalisée par un acte humain) à une

92 Pour clarifier la différence entre les deux arguments, on peut dire qu'ils correspondent respectivement aux normes suivantes : « si *x* commet un meurtre, le juge doit le punir d'une peine allant jusqu'à 30 ans de prison, sauf si légitime défense » ; « il est interdit de commettre un meurtre, sauf en cas de légitime défense ». La seconde norme est un fragment de la première (selon Kelsen).

93 On pourrait objecter que les normes secondaires ne sont pas des normes véritables, mais des fragments de normes et ne sont donc pas concernées par la thèse de la nécessaire conditionnalité des normes générales. A ceci on répondra naturellement que les normes secondaires sont ce sur quoi porte AC₂, qui entend montrer que même ces « fragments de normes » ont une structure conditionnelle. D'autre part, ce sont indubitablement, selon Kelsen, des fragments de normes *juridiques* ; elles peuvent n'en être pas moins des normes extra-juridiques (i.e. morales) autonomes : ce à quoi Kelsen fait référence lorsqu'il ironise sur le sommeil comme état *moralement* idéal. Autrement dit il y a bien une tension entre l'argument qui fait de toute norme (*qua* norme) une norme conditionnelle et l'argument qui fait de toute norme juridique (comme norme *juridique*) une norme conditionnelle.

condition « où n'intervient aucun comportement humain »⁹⁴. Ainsi de la norme qui prescrit, en cas d'épidémie, d'immoler un homme aux dieux. Et c'est immédiatement à la suite de cet exposé que Kelsen discute d'AC₂ et de AE₂. On peut alors supposer que les normes visées par AC₂ sont des normes imputant une conséquence à une condition où n'intervient aucun comportement humain (et qui peut être soit une condition nécessaire, soit une condition supplémentaire), tandis que les normes visées par AE₂ et par AC₁ sont des normes imputant une conséquence à une condition qui n'est réalisée que par un acte humain. Ainsi, la norme primaire-type se lit : le fait que $x \phi$ (commette un meurtre) oblige y (le juge) à ψ (le condamner). Et l'exception de légitime défense visée par AE₂ peut se lire : si x agit de telle sorte qu'il en résulte une menace pour la vie de y , il est permis à y de tuer x . Il y a donc chez Kelsen deux concepts de « condition », la condition-événement et la condition-action, la seconde se rapprochant du concept de *commitment* (ou plutôt de ce que von Wright appelle normes d'*alio-commitment*⁹⁵).

II. *TUNSOLLEN*, *SEINSOLLEN* ET CONDITIONNALITÉ

A la thèse de la nécessaire conditionnalité de toutes les normes générales, on pourrait objecter qu'il n'en va ainsi que pour les normes d'actions (prescrivant un *Tunsollen*) et non pour les normes prescrivant un certain état de fait (un *Seinsollen*)⁹⁶. Ainsi, si une formulation quelconque « *Op* » s'interprète non comme : « il est obligatoire d'accomplir une action courageuse », mais comme : « il est obligatoire d'être courageux », cette formulation exprime une norme non conditionnelle, dans la mesure où l'on peut être courageux en toutes circonstances. D'ailleurs SDL est typiquement une logique du *Seinsollen* (même si von Wright a, dès l'ancien système, tenté de bâtir une logique du *Tunsollen*⁹⁷), et dans $O(p)$, p est une proposition quelconque. $O(p)$ peut fort bien se lire : « il est obligatoire qu'il fasse beau » (ce qu'aucune action ne peut produire).

Est-il possible d'extraire sans reste une norme de *Tunsollen* à partir d'une norme de *Seinsollen* ? Peut-on extraire de « il est obligatoire d'être courageux » la norme d'action « il est obligatoire d'agir avec courage » ? Selon une théorie (modérément) aristotélicienne, s'il est impossible d'être courageux sans agir courageusement, l'inverse ne tient pas : un homme lâche peut accomplir une action courageuse, et il ne sera pas appelé courageux pour autant. Par conséquent la norme « il est obligatoire d'être courageux » ne peut se laisser ramener à « il est obligatoire d'agir avec courage », parce qu'un homme agissant une seule fois avec courage serait dit obéir à la norme.

94 Kelsen, 1988, p. 40. Voir Kelsen, 1962a, p. 138.

95 Von Wright, 1963a, p. 185.

96 Von Wright, 1963a, pp. 14-15 à partir d'une distinction effectuée par G.E. Moore ; von Wright, 1973, p. 46 ; von Wright, 1981, pp. 408-4101 ; von Wright, 1983, p. 106.

97 Voir Vida, p. 57-58. Pour les implications de ce problème au-delà de la logique déontique, et en particulier en philosophie morale, voir Schroeder, 2011.

De manière générale il semble difficile de passer à « il est obligatoire que ce soit le cas que p » à « il est obligatoire pour x de ϕ » (ϕ étant un verbe d'action quelconque). C'est pourquoi von Wright recourt à une théorie instrumentaliste des normes de *Seinsollen* (qu'il appelle, suivant G.E. Moore, *ideal rules*). Ces dernières sont d'une certaine manière des normes techniques : si vous voulez être bon (ou vertueux, ou moral, etc.), alors il faut être courageux⁹⁸. Le problème est que cela ne vaut pas pour tout *Seinsollen* : en effet si on admet, comme un axiome de SDL, $O(T)$, où T est une tautologie quelconque, il y a peu de sens à admettre que s'il est obligatoire que s'il fait beau, il fasse beau, c'est en vue d'une certaine fin. En réalité, la notion de *Seinsollen* est problématique, en raison du type d'état de fait (*state of affairs*) dénoté par Op . Si p dénote une nécessité logique ou métaphysique, alors la norme Op est dotée de sens (elle est logiquement possible), mais elle ne s'adresse à personne, puisqu'il ne dépend de personne de faire en sorte qu'un état de fait nécessaire soit. Pour que la norme s'adresse à un destinataire, il faut que ce dernier soit à même de *produire* l'état de fait rendu obligatoire par la norme – ainsi on peut interpréter informellement $\sim O(\perp)$, qui est un axiome de SDL, de la manière suivante : à l'impossible – logique, et non pas matériel – nul n'est tenu. Par conséquent, toutes les normes *réalisables* peuvent être transposées en normes d'action : « il est obligatoire de *faire en sorte que* p »⁹⁹. Dès lors, « il est obligatoire d'être courageux » s'entend non pas comme : « il est obligatoire d'agir courageusement », mais « il est obligatoire de produire l'état de fait $\{x$ (le destinataire de la norme) est courageux $\}$ ». Si une telle réduction est toujours possible, alors il est possible des faire des normes générales de *Seinsollen* des normes conditionnelles.

Von Wright objecte que cette réduction a ceci de problématique qu'il n'est pas toujours possible de ramener une *ideal rule* à une seule norme d'action¹⁰⁰. Ainsi, si la norme Op se lit : « il est obligatoire que la fenêtre soit fermée », elle implique qu'il est obligatoire de fermer la fenêtre si elle est ouverte et de la laisser ouverte si elle est fermée. Jusqu'ici, un symbolisme plus sophistiqué, tel celui employé dans *Norm and Action*, suffit à résoudre la question de savoir ce que je dois faire, étant donné ce qui doit être¹⁰¹. Cependant, von Wright note que des ambiguïtés supplémentaires peuvent

98 Von Wright, 1963a, p. 15 ; 1973, p. 46.

99 Cela suppose que « faire en sorte que p » soit la description adéquate d'une action, c'est-à-dire que l'on adopte une théorie « intentionnaliste » de l'action. C'est à cette théorie que von Wright adhère (voir von Wright, 1971a, p. 86 *sq.*).

100 Von Wright, *ibid.* Dans von Wright, 1973, pp. 38-40, p et q sont interprétés comme des verbes d'action (c'est-à-dire des prédicats) et non pas comme des variables propositionnelles. Par conséquent, l'action-sentence $A =_{df} [p]x$ (x étant un agent indéterminé). Mais si c'est le cas, alors $[p]x \rightarrow O[q]x$ n'est plus une norme conditionnelle, mais l'équivalent fonctionnel de $O(A \rightarrow B)$. C'est pourquoi von Wright, en 1981, après avoir rappelé ses efforts pour bâtir une logique du *Tinsollen* (particulièrement dans von Wright 1973) est obligé, pour pouvoir rendre compte adéquatement des normes conditionnelles en termes d'implication matérielle, d'interpréter p et q comme des variables propositionnelles classiques dénotant certains états de faits (*states of affairs*). Il demeure que « ce qui doit être fait n'est pas univoquement déterminé par ce qui doit être le cas » (von Wright, 1981, p. 411).

101 Cette irréductibilité des *ideal rules* à une seule norme confirme d'ailleurs le caractère conditionnel de ces soi-disant normes catégoriques. Du reste, il en va de même de normes qui, tout en n'étant pas des *ideal rules*, prescrivent des activités plutôt que des actes. Dans *Norm and Action*, von Wright note ainsi que la norme « ne pas fumer » se réduit à : « si vous fumez éteignez votre cigarette » et « si vous

intervenir. Ainsi, « faire en sorte que la fenêtre soit fermée » n'implique nullement l'*action* de fermer la fenêtre ou de laisser fermée (on peut, par exemple, déléguer la production de cette action en persuadant un tiers d'ouvrir la fenêtre, etc.)¹⁰². Quand bien même la norme préciserait l'identité des destinataires (ce que seule une logique quantifiée permet de faire), il demeurerait une ambiguïté sur la signification de « produire » : si, par produire p, on entend « réaliser p », « agir de telle sorte qu'il résulte de son action que p », on ne rend pas compte adéquatement de Op, puisque si Op signifie « il est obligatoire que la fenêtre soit ouverte », alors il est possible, si la fenêtre est fermée, de faire en sorte que la fenêtre soit ouverte, sans l'ouvrir soi-même.

Cette difficulté n'est pas réhibitoire, dans la mesure où bien qu'il ne soit pas possible d'extraire *sans reste* de toute norme de *Seinsollen* un ensemble de normes d'actions, on peut montrer que les normes (générale) d'actions qui y correspondent (même si elles n'en expriment pas toute la richesse déontique) sont des normes conditionnelles (on ne peut « faire en sorte » que la fenêtre soit ouverte que dans certaines conditions). On va cependant soutenir, dans la prochaine section, que les seules normes générales conditionnelles sont des règles, et qu'on peut concevoir des normes générales non-conditionnelles, ou conditionnelles à un autre titre : pour ce faire il faut se demander ce en quoi consiste le lien de conditionnalité et qu'est-ce qui est conditionné à quoi dans une norme générale.

SECTION 3. LES RÈGLES JURIDIQUES, NORMES CONDITIONNELLES

I. CAS ET SOLUTIONS

Comme l'examen des thèses de Kelsen l'a montré, la définition de ce qu'est une norme conditionnelle varie en fonction de ce qu'on appelle condition. Selon le concept de condition retenu, telle norme sera dite tantôt catégorique tantôt conditionnelle. C'est pourquoi certains auteurs, choisissent de n'appeler « normes » que les

ne fumez pas, ne commencez pas » (voir von Wright, 1963a, p. 73 ; sur la distinction acte/activité, voir von Wright, 1963b, p. 141). La question inverse de la réductibilité de normes de *Tunsollen* à des normes de *Seinsollen* (type SDL) est résolue par un opérateur d'action et d'abstention. Ainsi, bien que la différence entre : « il est obligatoire de ne pas produire que p » et « il est obligatoire de produire que non p » n'est pas formulable dans SDL, elle l'est de manière évidente dans le système de *Norm and Action*. Il demeure une ambiguïté quant à la différence entre l'abstention (entendue comme action négative) et pure inaction, qui n'est pas formulable de manière formelle dans le système de *Norm and Action*, même si, conceptuellement, l'abstention se distingue de l'inaction chez von Wright ; selon ce dernier, s'abstenir de p suppose à la fois la capacité à produire p et à produire non-p (voir von Wright, 1963a, p. x).

102 Von Wright, 1981, p. 411.

normes structurées autour d'une condition d'un certain type, à la faveur d'une définition stipulative. C'est le cas de Leszek Nowak, qui retient clairement un concept de condition-événement (« Par *norme* j'entends un énoncé de la forme suivante : il faut que l'état de chose *p* soit réalisé par une personne (des personnes) A, si l'état de chose *q* se produit »¹⁰³), et, de façon paradigmatique, d'Alchourrón et Bulygin dans *Normative Systems* : « Nous avons jugé préférable d'utiliser le terme "norme" dans un sens plus restreint (qui est plus en accord avec la terminologie juridique) et de le confiner aux expressions corrélant des cas avec des solutions. Par conséquent, selon notre terminologie, seules les normes hypothétiques de von Wright sont des normes ; les normes catégoriques de von Wright correspondent à ce que nous appelons solutions »¹⁰⁴.

Ce choix terminologique traduit, chez Alchourrón et Bulygin, une conception hybride des normes conditionnelles. Les normes prescrivent des actions¹⁰⁵ et les *ideal rules* de von Wright ne sont tout simplement pas des normes¹⁰⁶. Dans les expressions « Op », « Oq », « Or », etc., « p, q, r (...) » doivent être interprétés comme représentant des actions génériques, ou plutôt : des états de fait qui sont le résultat d'une action¹⁰⁷ : une norme rend obligatoire de produire (au sens strict de « réaliser par son action ») un certain état de fait.

Cependant « Op » n'est pas l'expression d'une norme, mais seulement l'expression d'une *solution* à un problème normatif. Une norme proprement dite est l'énoncé qui corréle une solution (de type Op) à une classe de cas (ou cas générique). Pour expliciter la notion de cas, Alchourrón et Bulygin ont recours au concept benthamien de « circonstance ». Or on a vu plus haut que Bentham retenait deux concepts de « circonstance » : la circonstance comme propriété de l'*objet* de la norme, et la circonstance comme propriété de l'*aspect* de la norme. Alchourrón et Bulygin fusionnent les deux sens : les propriétés des cas auxquels s'applique la norme définissent les conditions à laquelle la norme est applicable¹⁰⁸. Les circonstances de l'action sont également les conditions de la norme. Il s'en déduit naturellement que toute norme est conditionnelle.

Pour le montrer, Alchourrón et Bulygin procèdent de la manière suivante¹⁰⁹. Soit un Univers de Discours (UD) composé d'un certain nombre d'états de faits (*states of affairs*) particuliers, définis par une propriété distinctive (par exemple le fait qu'un contrat soit signé, qu'une succession soit réalisée, etc.). Une norme définit certaines propriétés des entités de l'UD qui seront pertinentes pour l'application d'une solution normative. On appelle univers de propriétés (UP) l'ensemble des propriétés pertinentes (présentes ou absentes) pour un UD donné : chaque élément de l'UD est à même de posséder (ou de ne pas posséder) chacune des propriétés de l'UP. La

103 Nowak, 1969, p. 65.

104 Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 42.

105 Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 10.

106 Alchourrón et Bulygin, 1971, pp. 167-168.

107 Alchourrón et Bulygin 1971, p. 35 ; Alchourrón, 1972.

108 Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 11.

109 Alchourrón et Bulygin, 1971, pp. 10-13 et 24-33.

conjonction d'une ou plusieurs propriétés de l'UP définit des cas. Pour tout UP : $\{P_1, P_2, P_3 \dots P_n\}$, il y a exactement 2^n cas élémentaires possibles. Par exemple, s'il y a trois propriétés F, G, H, il y aura huit (2^3) cas possibles, selon que F, G et/ou H sont réunis ou non. L'ensemble des cas élémentaires résultant de cette combinatoire constitue un Univers de cas (UC). La différence entre l'UD et l'UC tient en ce que les éléments de l'UD sont des états de faits singuliers du monde (c'est-à-dire des cas *individuels* : le fait que x signe un contrat avec y), tandis que les cas, tels que définis par la combinaison des propriétés de l'UP, sont des cas génériques¹¹⁰ (regroupant, donc, certaines *classes* ou *catégories* d'éléments de l'UD). Soit F la propriété indiquant le consentement des parties, F définit un UC composé de deux (2^1) cas génériques (C_1 : tout contrat où il y a consentement des parties ; C_2 : tout contrat où le consentement est absent) et un UD composé (potentiellement) d'une infinité de cas individuels. C_1 et C_2 sont donc les catégories¹¹¹ d'entités de l'UD définies par la propriété F.

Une norme attache à au moins *un* des cas génériques d'un UC donné une solution normative¹¹² du type Op, Pp etc. Soit un univers d'actions UA composé d'un ensemble d'éléments atomiques $\{p, q, r, \dots\}$, et soit l'opérateur primitif P (il est permis de...). Les expressions Pp, P~p, ~Pp et ~P~p peuvent être appelés des composants déontiques (*deontic constituents*). Soit une *solution* maximale toute conjonction non contradictoire de composants déontiques (par exemple $\{Pp \wedge \sim Pp\}$ n'est pas une solution maximale). Pour tout nombre n d'éléments atomiques d'UA, il y a $2^n \times 2$ composants déontiques et $2^{2n}-1$ solutions maximales¹¹³. Ainsi, pour un UA composé d'une seule action p, il y a quatre ($2^1 \times 2$) composants déontiques (précisément ceux détaillés un peu plus haut), et trois ($2^{2 \times 1}-1$) solutions maximales : (1) $\{Pp \wedge P \sim p\}$; (2) $\{Pp \wedge \sim P \sim p\}$; (3) $\{\sim Pp \wedge P \sim p\}$. (1) correspond à la définition de Fp (il est facultatif de p) ; (2) à la définition de Op ; (3) à celle de Pp (il est interdit de p). Il y a également le même nombre de solutions minimales, définies par toute disjonction non tautologique de composants déontiques (on obtient Pp, P~p et ~Pp)¹¹⁴.

110 Se pose évidemment le problème des normes individuelles, mais rien n'interdit d'associer une solution normative à un cas individuel d'un UD. Comme Austin a sans doute été le premier à le faire remarquer, la notion de norme individuelle, si elle existe, ne peut être définie par la considération du destinataire de la norme. Des normes générales peuvent s'appliquer à un seul individu et des normes individuelles s'adresser à un groupe. Le caractère individuel est la propriété du *cas*, intervenant dans une spatialité et une temporalité déterminée, là où les normes générales, qu'Austin appelle *règles*, s'appliquent à des *classes* de cas, c'est-à-dire à ce qu'Alchourrón et Bulygin appellent des cas génériques (Voir, pour la théorie des « commandements occasionnels ou particuliers », Austin, 1995, pp. 25-26).

111 Ce qui n'implique nullement d'hypostasier ou de réifier les cas génériques, qui ne sont que des propriétés du *langage* normatif (les normes étant des entités linguistiques, comme l'affirment Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 5).

112 Alchourrón et Bulygin, 1971, ppk. 34-43.

113 $2^{2n}-1$ et non 2^{2n} (qui correspond à la combinatoire de tous les composants déontiques), puisqu'il faut retirer la combinaison contradictoire (pour les solutions maximales) et la combinaison tautologique (pour les solutions minimales). Pour chaque combinatoire possible (conjonction et disjonction), il y a toujours une et une seule disjonction tautologique et une seule conjonction contradictoire. Pour un UA composé de trois actions p, q, r, $P(p \wedge q \wedge r) \wedge \sim P(p \wedge q \wedge r) = \perp$; et $P(p \wedge q \wedge r) \vee P(\sim p \wedge \sim q \wedge \sim r) = \top$.

114 Pour la preuve, voir Alchourrón et Bulygin, p. 40 : $(Pp \vee \sim Pp) = Pp$; $(\sim Pp \vee \sim Pp) = P \sim p$; $(\sim Pp \vee \sim P \sim p) = \sim Fp$. Cette dernière expression (« non facultatif ») se lit : obligatoire ou interdit.

La différence entre les solutions maximales et minimales¹¹⁵ tient à ce que les premières épuisent les possibilités de régulation déontique de l'UA considéré. Un système normatif attachant à chacun des cas génériques d'un UC donné une solution maximale est complet, dans la mesure où il n'y subsiste aucune lacune. Autrement dit, si, dans tel cas générique, telle action est soit prohibée, obligatoire ou facultative, le système épuise les possibilités de régulation. En revanche, les solutions minimales n'épuisent pas la manière dont un UA est régulé par la norme. Si à un cas générique de l'UC, j'attache la solution $\sim Fp$, il demeure non déterminé de savoir si p est obligatoire ou interdit ; de même si à un cas générique de l'UC j'attache la solution Pp , il demeure non déterminé de savoir si p est simplement permis ou s'il est également obligatoire (ici, on suppose à titre d'axiome que tout ce qui est obligatoire est permis, mais que la réciproque n'est pas vraie). Pour le dire autrement, alors que les solutions maximales régulent à la fois p et $\sim p$, les solutions minimales ne portent que sur p ou $\sim p$, et ne peuvent par conséquent donner une réponse complète à la question du statut déontique de p ¹¹⁶.

Soient Us_{max} et Us_{min} les ensembles respectifs de solutions maximales et minimales relatives à un UA donné. Une norme se définit ainsi : tout énoncé qui associe à un ou plusieurs éléments d'un UC au moins un élément de l' Us_{min} . Un système d'énoncés a est normatif dès lors qu'il est composé d'énoncés associant au moins un élément d'un UC à un élément de l' Us_{min} . Un système normatif est complet dès lors que l'ensemble des énoncés qui le composent ainsi que leurs conséquences logiques associent à chaque élément d'un UC un élément de l' Us_{max} de l'UA correspondant¹¹⁷.

II. LA NOTION DE RÈGLE JURIDIQUE

Dans cette perspective, toute norme est par définition conditionnelle. Qu'il s'agisse d'une norme primaire ou secondaire (au sens kelsénien)¹¹⁸, on a affaire exactement au même type de conditionnalité : un cas générique et une solution normative prescrivant une action. Ainsi la norme secondaire : « il est interdit de tuer » définit une solution normative qui s'attache à une classe de cas extrêmement large. Et puisque les propriétés qui définissent l'univers des cas définissent également les conditions auxquelles une solution normative est applicable, les exceptions ne font, dans cette optique

115 Les solutions maximales et minimales sont toujours interdéfinissables. Ainsi $Prp = P \sim p \wedge \sim Fp$; $Pp = Fp \vee Op$. Pour la preuve complète, voir Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 42.

116 Que Pp soit une solution minimale peut sembler surprenant, surtout si on a en tête des permissions fortes. Lorsque je dis : « il est permis de p », je n'implique pas (normalement) qu'il soit également obligatoire de p . Mais il est toujours possible que p soit, par ailleurs, obligatoire (tandis que pour la solution maximale Op , il est nécessaire que p soit par ailleurs permis). Si la permission forte s'accompagne de l'assurance que p n'est, par ailleurs obligatoire, alors la solution est maximale, mais ce n'est plus, dans les termes d'Alchourrón et Bulygin, Pp , mais Fp (il est facultatif de p).

117 Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 41 et pp. 54-56.

118 Ou, selon le vocabulaire d'Alchourrón et Bulygin, d'une norme appartenant au système primaire (le système du citoyen) ou au système secondaire (le système du juge) – voir Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 148.

que restreindre la classe des cas dans lesquels il n'est pas permis de tuer. De même, la norme primaire : « si x tue, il faut le punir de la sanction S » attache à un cas générique donné (le fait qu'un meurtre ait eu lieu) une solution normative prescrivant une action (au juge). Ainsi, la plupart des ambiguïtés du propos kelsénien se trouvent résolues : que le cas soit le produit ou non d'une action humaine (une condition-événement ou une condition-action) est absolument indifférent, puisque seules comptent les propriétés normativement pertinentes d'un cas générique ; les normes primaires et secondaires suivent exactement le même modèle, de sorte que les deux arguments conceptuels AC_1 et AC_2 sont structurellement identiques ; l'argument empirique AE_2 ne prouve pas que certaines normes sont éminemment ou particulièrement conditionnelles, mais seulement que certaines classes de cas sont plus ou moins restreintes en fonction des systèmes positifs juridiques, et il vaut aussi bien pour les normes primaires. Ici encore la fusion entre les deux concepts benthamiens de « circonstances » permet de fournir une notion unitaire de ce qu'est une condition : les propriétés pertinentes définissent les cas auxquels s'applique la norme ; elles conditionnent, ce faisant, l'applicabilité de la norme¹¹⁹. Enfin, il est possible d'envisager des normes individuelles conditionnelles, attachant à un cas individuel (une classe de cas composée d'un seul élément) une solution normative.

Cependant, Alchourrón et Bulygin ignorent la possibilité de normes qui, sans être réductibles à de simples « solutions normatives » ne sont pas conditionnelles au sens où ils l'envisagent. Un certain nombre de standards normatifs, *e.g.* de « principes », sont bien applicables à des cas, mais sans que l'occurrence de ces cas conditionne – soit une condition suffisante de – leur applicabilité. En ce sens (si l'on met de côté les normes individuelles conditionnelles), seules certaines normes sont des normes générales conditionnelles du type de celles qu'Alchourrón et Bulygin envisage ; ces normes sont généralement appelées *règles*, pour les distinguer d'autres standards normatifs.

Dans la suite de ce travail, on appellera *règle juridique* toute norme générale proprement individuée a) revêtant une structure conditionnelle attachant à un ou plusieurs cas génériques une solution normative ; b) appartenant à un système juridique identifié au moyen de critères formels (de sources) ; c) dont, au moins dans certains cas, l'applicabilité est stricte (ou « mécanique »)¹²⁰. Les critères a)¹²¹ et b)¹²² ne posent en principe aucun problème. Il n'en va pas de même de c).

119 Voir Navarro et Moreso, 1997, pp. 202-204.

120 Ce qui n'implique nullement que l'*application* des règles soit *toujours* stricte ou mécanique.

121 La structure conditionnelle des règles juridiques fait l'objet d'un large consensus dans la littérature contemporaine : voir par exemple Alexy, 1989, p. 222 *sq.* ; Bayón, 1991, p. 322 *sq.* ; Bayón, 2003b, p. 165 *sq.* ; Burton, 2007, pp. 44-48 ; Lyons, 1965, p. 21 (sur le concept de règle en général) ; McCormick, 1994, pp. 43-45 ; Morawski, 1999, p. 466 ; Moreso, 1998, pp. 22-23 ; Schauer, 1991b, p. 23 ; Twining et Miers, 1999, p. 131 *sq.* ; Urbina, 2002, p. 16 ; Wahlgren, 2000, p. 205. Comme le font remarquer de nombreux auteurs, la structure conditionnelle des règles explique qu'on puisse les utiliser dans un raisonnement de *modus ponens* (voir Vasconcellos, 2009, p. 54). Une norme non conditionnelle rend impossible le raisonnement normatif (après tout l'exemple classique de Jørgensen : « Tiens tes promesses » doit se comprendre comme une norme conditionnelle : « si tu fais une promesse, tiens-la »).

122 Que la validité des règles juridiques (en un sens strict), c'est-à-dire leur appartenance à un système juridique, dépende de critères formels n'est nié par personne ; si débat il y a, il porte classiquement sur

Ce que le critère c) signifie, c'est uniquement qu'une règle se distingue d'autres propositions générales à valeur normative par le fait qu'elle spécifie une classe de cas (ou, si l'on veut, un cas générique) dont l'occurrence la rend applicable ; par conséquent, il faut supposer que l'applicabilité de la règle dépend de l'occurrence d'un cas individuel subsumable intégralement sous le cas générique. Si on met à part les cas d'indétermination normative (qui affectent tous les types de normes, règles comprises), ce qui *prima facie* distingue une règle *e.g.* d'un principe est que les conditions d'application d'un principe sont par définition ouvertes¹²³. Le point ici n'est pas que les principes sont plus vagues ou plus susceptibles de « texture ouverte » que les règles. La question de savoir si la « solution normative » prévue par le principe peut être dérivée ou non ne peut pas être résolue sur le seul fondement de la présence d'un cas « subsumable » sous une hypothétique classe de cas régulée par le principe. La raison en est que la détermination de la subsumabilité du cas individuel sous la « classe de cas » régulée par le principe (et, par conséquent, de l'applicabilité du principe) ne peut être effectuée sur le seul fondement de la considération du principe lui-même, mais elle résulte d'une décision de l'interprète (c'est le modèle de la pesée, opposé à celui de la subsumption)¹²⁴. Le caractère ouvert du champ d'application des principes suppose en réalité que les principes ne *sont pas* des normes conditionnelles, si du moins on admet que, dans les normes conditionnelles, la réalisation de l'antécédent conditionne l'applicabilité de la norme. Par contraste, toute norme conditionnelle générale peut être provisoirement définie comme une règle. – On entend ici « applicabilité » en un sens particulier (*d'applicabilité conceptuelle*) qui sera explicité dans l'Appendice de cette première partie : une norme est conceptuellement applicable à un cas individuel lorsqu'il est possible de dériver la solution normative attachée par le droit au cas générique subsumant le cas individuel.

Il faut noter cependant que la distinction entre règles et principes ne porte pas sur la force normative de l'un et l'autre type de normes : le caractère plus ou moins ouvert de l'applicabilité des normes n'entraîne nulle conséquence quant à l'*obligation* d'appliquer la norme. Ce n'est pas parce qu'une règle est applicable qu'elle doit toujours (en droit) être appliquée. C'est pourquoi le critère c) signifie seulement qu'il entre dans la définition d'une règle qu'elle *puisse* être mécaniquement applicable, c'est-à-dire qu'il soit possible de dériver de l'énoncé de la règle et de la subsumption du cas

la question de savoir s'il n'y a pas dans le système juridique d'autres normes (*i.e.* des normes d'un autre type) que des règles identifiables par un test de *pedigree* spécifiant les sources du droit. John Gardner a cependant sévèrement critiqué l'identification du couple sources/mérite au couple forme/contenu (voir Gardner, 2001, pp. 208-210), au motif que la validité d'une règle de droit peut dépendre de son contenu, tout en étant identifiable par une source.

123 C'est précisément le point que Dworkin tente de mettre en évidence lorsqu'il oppose le caractère de « tout ou rien des règles » et le caractère de poids relatif des principes (voir Dworkin, 1977, p. 22 *sq.*). Manuel Atienza et Juan Ruiz Manero font du caractère ouvert des conditions d'application le trait distinctif des principes opposés aux règles (voir Atienza et Ruiz Manero, 2001, p. 27 *sq.*). On reviendra sur la distinction entre règles et principes dans la suite de ce travail. La distinction effectuée ici n'est que provisoire, d'autant que le terme de principe est polysémique, et que le concept de principe est sans nul doute essentiellement contesté, et contestable.

124 Voir Alexy, 2002a, p. 44 *sq.* ; Alexy, 2003, *passim*.

individuel sous le cas générique la solution normative correspondante. En ce sens le « syllogisme judiciaire » est possible pour toute règle (cas d'indétermination normative mis à part), mais cela ne veut nullement dire que toutes les règles soient appliquées, ni qu'elles doivent être appliquées (on en donnera une raison dans l'Appendice de cette partie).

Enfin, la caractérisation des règles comme normes conditionnelles générales ne doit pas être prise pour une thèse selon laquelle les règles sont les seules normes dont est composé un système juridique. Le système juridique, pris comme ordre normatif, comprend d'autres types de normes que des règles (c'est un fait observationnel d'ailleurs qu'une position théorique robuste) : le raisonnement juridique fait appel à toutes sortes de normes (y compris des normes individuelles), de standards, de principes qui ne sont pas des règles et auxquelles on n'a aucune raison de dénier l'étiquette de « juridiques ». En revanche, les règles jouent un rôle central en droit, dans la mesure où les autres types de normes juridiques sont intérieurement reliées à des règles¹²⁵. En tout état de cause, l'accent mis sur les règles a une valeur instrumentale pour une théorie de l'exception (puisque seule une règle, et non *e.g.* une norme individuelle ou un principe, peut *conceptuellement* recevoir une exception).

SECTION 4. STRUCTURE ET INDIVIDUATION DES RÈGLES JURIDIQUES

En définissant la règle comme norme conditionnelle générale, on indique que certaines normes générales peuvent n'être pas conditionnelles, dès lors que l'occurrence de cas individuels subsumables sous le cas génériques (ou la classe de cas) défini dans l'antécédent n'entraîne pas nécessairement l'*applicabilité* de la norme au cas en question. En distinguant *applicabilité* et *force normative*, (distinction que le reconceptualisera dans l'appendice au moyen des concepts d'applicabilité conceptuelle et normative) on peut répondre à la question qui a occupé le début de ce chapitre. La réalisation de l'état de fait défini par l'antécédent n'est ni la condition de la *norme* elle-même ni celle de l'action : elle est la condition de la dérivabilité de la solution normative eu égard à un cas individuel. D'autres raisons (y compris d'autres règles juridiques) peuvent conduire l'organe chargé d'application de la règle à ne pas l'appliquer ; de même, un principe peut être normativement beaucoup plus fort qu'une règle, c'est-à-dire qu'alors que la simple occurrence d'un cas régulé par le principe n'entraîne pas son applicabilité, la force normative de ce dernier peut outrepasser toute « pesée » normative (*i.e.* toute pesée des raisons).

125 Voir par exemple la théorie du « premier » MacCormick sur les principes comme outils de rationalisation d'ensembles de règles (MacCormick, 1994, p. 232).

La règle se définit donc comme une norme conditionnelle générale où la réalisation de l'antécédent constitue une raison suffisante pour que la solution normative soit dérivable dans le cas d'espèce (*i.e.* pour qu'il soit conceptuellement *possible*, indépendamment de toute autre considération de raisons d'appliquer la règle au cas). Une telle règle peut avoir une force normative très faible et peut être surpassée par des raisons plus puissantes.

Cette définition permet de mettre en évidence la *structure* des règles juridiques ; elle demeure agnostique quant au(x) principe(s) d'individuation de ces règles. Comme l'a noté remarquer Joseph Raz, « le problème de la structure d'une règle de droit est partie du problème d'individuation. Il est cependant important de réaliser que les deux problèmes ne sont pas identiques¹²⁶ ». En effet, la reconnaissance d'une structure identique à toutes les règles de droit (par exemple, le fait que toutes les règles de droit soient des normes juridiques conditionnelles générales) est tout à fait compatible avec des principes concurrents d'individuation, c'est-à-dire des principes spécifiant ce qui compte comme une norme complète et autonome, et ce qui compte comme un fragment de norme.

I. RÈGLES DE CONDUITE, RÈGLES DE DÉCISION

Une manière simple d'individuer les règles juridiques est de retenir pour critère le *destinataire* de la règle. Certains auteurs soutiennent qu'il est possible de réduire tout système juridique (ou tout au moins une certaine branche du droit) à deux ensembles de règles adressées à deux publics différents. C'est un aspect important de la doctrine de l'individuation de Bentham, qui se donne pour objectif de rédiger un code complet des règles de droit (des *laws*), qui ne comprendrait que des règles complètes¹²⁷. En dépit de fluctuations terminologiques¹²⁸, Bentham retient *in fine* un double principe d'individuation¹²⁹ : une « règle de droit (*law*) qui se limite à créer une infraction et une règle de droit qui ordonne qu'une punition soit administrée dans l'hypothèse où une telle infraction est commise sont deux règles distinctes. Elles ne constituent pas (...) des parties d'une même règle. Les actes qu'elles prescrivent ne sont pas les mêmes et les personnes auxquelles elles s'adressent sont totalement différentes »¹³⁰. Cependant Bentham poursuit ainsi : « Par une *implication* nécessaire, la règle punitive induit et inclut nécessairement le sens de la règle impérative simple à laquelle elle est associée. Dire au juge "fais pendre toute personne (...) convaincue de vol" constitue une manière de signifier aux individus en général qu'ils ne doivent pas voler. Bien qu'indirect, ce procédé est tout aussi intelligible que si on leur disait directement : "Ne volez pas". Et cha-

126 Raz, 1980, p. 73.

127 Voir Bentham, 1970a, p. 158.

128 Bentham (1970a, p. 167) parle de *partie* directive et de *partie* comminative, comme s'il s'agissait de deux fragments d'une même règle.

129 Voir là-dessus, James, 1973, p. 365 ; Raz, 1980, p. 86.

130 Bentham, 1970b, p. 302.

cun comprend combien il peut s'avérer plus efficace. »¹³¹ Il faut donc, selon Bentham, distinguer la question du principe d'individuation du problème de l'efficacité de la règle (le fait qu'une règle de décision, bien qu'adressée à une certaine catégorie d'individus (les juges), puisse guider néanmoins le comportement des « simples citoyens »). Certes, une double individuation est possible, mais il faut distinguer la faculté pour une règle de s'adresser à un destinataire (qui guide le principe d'individuation) et la capacité d'une règle à guider le comportement¹³².

L'auteur contemporain à avoir poussé le double principe d'individuation le plus loin est Meir Dan-Cohen¹³³, qui, dans un article célèbre, effectue une distinction entre les règles adressées aux citoyens (ou aux sujets de droit) et celles qui sont adressées aux juges. Selon Dan-Cohen, tout système juridique (ou tout au moins tout code pénal) est susceptible de posséder, un *double* principe d'individuation : d'un côté, les règles s'adressant aux citoyens, aux sujets de droit, leur indiquant quelle conduite adopter dans quel type de situations ; de l'autre, des règles s'adressant aux juges, comme juges, leur indiquant quelle décision rendre dans tel ou tel cas. Chacun des deux types de règles doit être compris comme une unité normative complète et irréductible. Autrement dit, il n'est pas possible de concevoir la règle de conduite comme un *fragment* de règle, comme le fait Kelsen, dans la mesure où il est possible de concevoir une expérience de pensée où chaque groupe serait tenu séparé l'un de l'autre et se verrait communiquer uniquement les règles qui lui sont adressées. Comme l'écrit Dan-Cohen, « Dans le monde réel, les autorités (*officials*) ont connaissance des règles de conduite et peuvent les prendre en compte pour prendre leur décision. De même, parce que les individus ont quelque familiarité avec les règles de décision, ils peuvent les prendre en considération lorsqu'ils adoptent leur conduite »¹³⁴. En ce sens, chaque règle peut avoir un « effet secondaire » sur un membre du groupe auquel elle n'est pas destinée. Mais il demeure possible d'envisager par une expérience de pensée un monde où les individus n'auraient pas connaissance, ou à tout le moins pas une connaissance complète, des règles de décision, et où les juges ne connaîtraient pas les règles de conduite. C'est ce que Dan-Cohen appelle un principe de séparation acoustique. Un monde où chaque

131 Bentham, 1970b, p. 303. Voir aussi, dans le *Commentaire sur les commentaires*, la discussion de la distinction effectuée par Blackstone entre partie directive et partie sanctionnelle d'une règle. Selon Bentham, il est absurde d'en faire deux parties d'une même règle : la « partie directive » tient très bien sans l'adjonction d'une punition. Ce n'est donc pas un fragment de règle. En revanche, « la partie sanctionnelle n'est rien sans la partie directive. "Ne volez pas" est quelque chose d'intelligible. (...) Mais "Vous serez obligatoirement pendus si..." ne fait aucun sens » (Bentham, 1977, p. 77).

132 Cette idée est partagée par L. Duarte d'Almeida, qui soutient, contrairement à Bentham, que les règles de droit pénal ne sont pas adressées aux sujets de droit, mais aux juges ; toutefois, elles peuvent indirectement ou obliquement guider le comportement des sujets de droit. (Voir L. Duarte d'Almeida, 2007b, p. 30).

133 Dan-Cohen, 1984. Voir aussi Robinson, 1990, pp. 730-733 ; Hruschka, 1991, pp. 450-458 ; Post, 1994, p. 492 ; Sunstein, 1995, pp. 1006-1008 ; Gardner, 2010, pp. 5-7. Il faut noter que l'article de Meir Dan-Cohen porte avant tout sur le droit pénal, et c'est également ainsi que l'entendent ceux qui reprennent ses thèses principales (voir par exemple, Robinson, 1990) ; cependant, Meir Dan-Cohen prend à l'appui de sa distinction des arguments tirés, entre autres, de Bentham, Hart et Raz (donc de la théorie générale du droit), ce qui permet une généralisation de son argument.

134 Dan-Cohen, 1984, p. 632.

type de règle serait adressé à ses destinataires respectifs et ne serait que sélectivement transmis aux destinataires de l'autre type de règle serait un monde où les « effets secondaires » de chaque type de règle seraient minorés : ainsi, le fait qu'une règle de décision comprenne une exception de légitime défense peut avoir pour « effet secondaire » de rendre les individus moins attentifs à la règle de conduite qui les invite à ne pas tuer : il est donc utile de laisser les seuls juges apprécier l'existence ou non d'un état de légitime défense¹³⁵.

L'hypothèse contrefactuelle de la séparation acoustique est étayée par le principe d'individuation retenu par Dan-Cohen, qui repose sur la détermination du destinataire de la norme. Une même règle ne peut pas s'adresser à deux publics différents, et requérir d'eux deux choses différentes. Qu'une règle puisse par ailleurs guider le comportement d'un public auquel elle n'est pas adressée est un phénomène possible, mais parasitaire. Par conséquent, on pourrait concevoir deux codes adressés à deux publics différents (les citoyens d'un côté, les juges de l'autre), et qui, complets ou non, pourraient guider l'action des uns et des autres sans que chaque public ait besoin, pour agir, de connaître le code s'appliquant à l'autre. En ce sens, les règles de décision comme les règles de conduite sont des règles imposant des obligations : le juge qui condamne le délinquant ne fait que suivre une règle de décision qui lui est adressée.

II. SANCTION ET HABILITATION : HART V. KELSEN

À première vue, Hart semble adopter un double principe, analogue à celui de Bentham, ou, *mutatis mutandis*, de Dan-Cohen : dans les « Prolégomènes aux principes de la peine », Hart indique en effet qu'il s'oppose aux « théories qui, en vue de la simplicité, obscurcissent la distinction entre les règles de droit primaires (*primary laws*) qui établissent des modèles de comportement et les règles de droit secondaires qui spécifient ce que les autorités doivent ou peuvent faire lorsqu'elles sont violées »¹³⁶. De même, dans le *Concept de droit*, introduisant l'une des variétés de règles secondaires, les « règles de décision juridictionnelle » (*rules of adjudication*)¹³⁷, il indique que les systèmes juridiques complètent « le système des règles primaires d'obligation par

135 Dan-Cohen, 1984, pp. 637-648. Robinson reprend la distinction justification v. excuse en droit pénal et attribue à la justification le caractère de règle de conduite et à l'excuse celui de règles de décision (voir Robinson, 1990, p. 756 ; voir aussi Hruschka, 1991). Ainsi, l'exception de légitime défense (qui constitue une justification) fait partie de la règle de conduite elle-même (il est interdit de tuer, sauf en cas de légitime défense), mais le caractère contraint (la *duress*, qui constitue une excuse) n'est pris en compte que dans le principe de décision. La distinction entre excuse et justification est propre aux théories du droit pénal de *common law* mais elle se retrouve très souvent formulée en doctrine dans les systèmes de droit continental, notamment à travers la distinction entre causes objectives et subjectives de non-responsabilité, même si les deux ensembles de catégorie ne se recoupent pas (voir Pradel, 2008, p. 134-135).

136 Hart, 2008, p. 7.

137 Le professeur Michel van de Kerchove traduit par « règles de décision ». Je choisis de développer la traduction à de pures fins terminologiques afin de marquer la différence entre *decision rules* (Dan-Cohen) et *rules of adjudication* (Hart).

d'autres règles secondaires qui déterminent, ou tout au moins limitent, les sanctions applicables en cas de transgression, et ils ont conféré aux juges qui auraient établi le fait de la violation le pouvoir exclusif d'ordonner l'application de sanctions par d'autres autorités »¹³⁸.

Il ne fait aucun doute que les règles primaires chez Hart sont des règles de conduite au sens de Dan-Cohen. En revanche, en dépit d'un flottement dans les « Pro-légomènes » (« ce que les autorités *doivent* ou *peuvent* faire... »), le *Concept de droit*, lui, est très clair : les règles de décision juridictionnelle sont des règles d'habilitation (*power-conferring rules*)¹³⁹. Les juges sont habilités par les règles de décision juridictionnelle à ordonner l'exécution de sanctions. Stephen Perry a d'ailleurs souligné que « les règles de changement et de décision juridictionnelles sont par nature des règles conférant des pouvoirs »¹⁴⁰. Non seulement les règles qui prévoient les sanctions n'épuisent pas les règles de décision juridictionnelle, puisque Hart indique que ces dernières confèrent de manière plus générale le pouvoir de résoudre les litiges et de déterminer si une règle primaire a été transgressée¹⁴¹, mais le juge qui prononce la culpabilité et la peine¹⁴² ne suit pas en cela une règle qui l'enjoint de le faire, mais fait usage d'un pouvoir juridique qui lui est conféré par la règle. Certes, le juge a bien, *par ailleurs*, l'obligation d'appliquer les règles valides, mais cette obligation ne provient pas de règles d'obligation qui, dédoublant chacune des règles primaires, pourraient être décrites comme des « règles de conduite du juge », mais essentiellement de la règle de reconnaissance¹⁴³.

Cette reconnaissance va permettre à Hart de promouvoir un double principe d'individuation fondé non sur le destinataire de la norme, mais sur la fonction de la norme (obligation *versus* habilitation). Ainsi, Hart se démarque à la fois des principes dualistes d'individuation évoqués plus haut, mais également des théories monistes selon lesquelles la sanction fournit un principe unique d'individuation des règles juridiques.

138 Hart, 2005, p. 117.

139 Sur les flottements conceptuels de la théorie hartienne de la règle d'habilitation, voir Tapper, 1973, pp. 248-268 ; Bayles, 1992, pp. 58-62 ; Tusseau, 2006, pp. 213-221.

140 Perry, 2006, p. 1183.

141 Hart, 2005, p. 116.

142 Il faut d'ailleurs noter que le prononcé de la condamnation peut ne pas coïncider avec celui de la peine, au sens où ils peuvent être confiés à deux instances différentes. C'est le cas dans un grand nombre de tribunaux de premier ressort du système juridique américain (tant au niveau fédéral que des États), où le jury prononce la culpabilité (c'est le *verdict*) et le juge la peine (c'est la *sentence*).

143 Le système juridique peut également comporter un certain nombre de règles primaires (au sens hartien) adressées aux juges. Par exemple, l'article 434-7-1 du Code pénal (plus utile que le fort imprécis article 4 du Code civil) prévoit que « le fait par un magistrat (...) de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni (...) est puni de 7 500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans ». Enfin, le droit peut comporter des règles primaires adressées aux juges *qua* juges, mais ne portant pas directement sur leur fonction d'organe d'application des règles primaires (en général), mais, par exemple, sur leur qualité d'agents publics. Ainsi article 43 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature énonce que « Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire ». Aucune de ces deux règles ne peut être caractérisée comme une règle de décision juridictionnelle (au sens hartien).

A. Austin, Kelsen et la norme prescrivant la sanction

Le modèle théorique contre lequel se prononce Hart est celui selon lequel toute règle juridique prévoit une sanction¹⁴⁴. Or, ce faisant, Hart a en vue non pas un mais deux adversaires.

Le premier adversaire est la théorie impérativiste selon laquelle les règles juridiques sont des commandements appuyés de sanction. Ainsi chez Austin, la sanction entre dans la définition même du commandement (« un commandement est distingué d'autres expressions de désir par cette particularité que la partie auquel il est adressé est susceptible de se voir infliger un mal au cas où il n'obéirait au désir exprimé »¹⁴⁵), de sorte que, dès lors que l'on définit la règle de droit comme un commandement, toute règle de droit ne prévoyant pas de sanction est une *lex imperfecta*¹⁴⁶.

Le second adversaire est la thèse kelsénienne (ou plutôt la thèse attribuée sans doute à tort par Hart à Kelsen) selon laquelle seul le juge peut désobéir au droit, puisque les règles de droit sont au premier chef des règles de sanction *adressées* aux juges dont on peut inférer, à titre de fragment, une règle de conduite adressée aux individus (c'est la distinction que l'on a évoquée plus haut entre normes primaires et secondaires)¹⁴⁷.

Or ces deux adversaires, dont Hart discute des thèses successivement dans le *Concept de droit*¹⁴⁸, sont loin d'adopter des positions identiques. Les commandements d'Austin sont adressés aux individus. Ceux-ci y désobéissent lorsqu'ils ne satisfont pas le désir exprimé par le souverain ; la sanction n'est rien d'autre que le procédé qui transforme la simple expression du désir en commandement, auquel il est possible ou non d'obéir¹⁴⁹. Les juges ne jouent dans cette hypothèse qu'un rôle auxiliaire, dans la mesure où à travers eux, c'est le souverain lui-même qui impose la sanction¹⁵⁰— et en ce sens il n'est pas nécessaire d'envisager des règles expressément destinées aux juges.

Pour Kelsen au contraire, les normes juridiques sont adressées de manière primaire aux juges. En effet, s'il retient d'Austin le principe d'individuation fondé sur

144 Voir Hart, 2005, pp. 57-60.

145 Austin, 1995, pp. 21-22. Cette contrainte conceptuelle oblige d'ailleurs Austin à expliciter l'expression de loi divine (*divine law*), conçue comme un commandement, par le postulat selon lequel il existe des sanctions divines (Austin, 1995, p. 38).

146 Austin, 1995, p. 32.

147 Kelsen, 1997, pp. 111-112. Voir Garcia Maynez, 1978, p. 51 *sq.*

148 Voir, respectivement Hart, 2005, pp. 40-44 et pp. 54-57.

149 Il faut noter cependant qu'Austin modifie quelque peu sa position dans les *Lectures on Jurisprudence* (voir Austin, 1885, pp. 89-96).

150 Austin retient de Hobbes la théorie du juge comme ministre du souverain (voir Austin, 1995, p. 35). Il faut noter cependant qu'Austin, contrairement à Hobbes ou à Bentham, n'en déduit pas que les pouvoirs du juge, quoique délégués, soient limités ou doivent l'être. « Nonobstant ma grande admiration pour M. Bentham, je ne peux m'empêcher de penser qu'au lieu de blâmer les juges pour avoir légiféré, il faudrait les blâmer d'avoir légiféré de manière trop timide, étriquée et fragmentaire » (Austin, 1995, p. 163). Voir sur la différence Austin-Bentham à ce sujet, D'Amato, 1984, pp. 124-127.

la sanction, il demeure que l'acte de contrainte ou de coercition en lui-même n'est nullement normatif, et ne crée nul devoir-être. La contrainte, quoique essentielle au droit¹⁵¹, est une détermination purement factuelle : de ce que si je ϕ je serai très probablement sanctionné, on ne saurait déduire aucune obligation de ϕ ¹⁵². C'est parce qu'il est possible d'extraire, de la norme « si x ϕ , alors y doit le sanctionner », le fragment de norme (ou norme secondaire, ou dans la terminologie employée dans la *Théorie pure du droit*, norme non indépendante) « il est interdit pour x de ϕ » que l'on peut dire que l'individu a l'obligation de ne pas ϕ . En revanche, les normes sont de manière primaire adressées aux juges¹⁵³, qui seuls peuvent véritablement désobéir à la norme¹⁵⁴.

Hart accorde à Austin que le droit a pour fonction première d'être un instrument de contrôle social, et que, ce faisant, les règles juridiques sont de manière primaire dirigées vers les individus¹⁵⁵. Mais il nie que ce soit l'existence de sanctions qui rende les règles obligatoires, dans la mesure où une telle thèse suppose une confusion conceptuelle relative au concept même d'obligation, ce que Hart illustre au moyen de son opposition célèbre entre les expressions « avoir l'obligation de » et « être obligé de »¹⁵⁶. Quant à Kelsen, Hart lui reproche de minorer l'importance des obligations que le droit impose aux individus, et de ne pas rendre compte de la fonction de *contrôle social* que le droit revêt.

Or Kelsen ne nie nullement que le droit soit un outil de contrôle social¹⁵⁷, et il reconnaît même que ce contrôle social n'est que très partiellement effectué au moyen des sanctions¹⁵⁸. En ce sens, les sanctions permettent d'asseoir jusqu'à un certain point l'efficacité de la norme, mais elles n'en expliquent pas la *normativité*. En faisant des juges les destinataires primaires des normes juridiques, Kelsen n'entend de toute évi-

151 Il est important de noter que, chez Austin, la contrainte, ou la sanction, n'est pas essentielle au droit, mais au commandement.

152 « Le caractère obligatoire de la sanction inclut en soi la prohibition de la conduite qui est la condition spécifique de la sanction (...). Ce qui "doit être", ce n'est pas la conduite ordonnée, mais la sanction » (Kelsen, 1962a, p. 35). Voir aussi Kelsen, 1962a, p. 143 et p. 152 *sq.* : l'acte illicite n'est pas la négation du droit, mais la condition du droit.

153 C'est la théorie défendue dans la *Théorie générale du droit et de l'Etat*, mais qui n'est pas reprise explicitement dans la *Théorie pure du droit*. C'est avant tout au Kelsen de la *Théorie générale du droit et de l'Etat*, seul texte majeur de Kelsen accessible en anglais à l'époque, que Hart répond dans le *Concept de droit*.

154 On trouve une théorie assez similaire sous la plume d'Alf Ross (à ceci près que ce dernier n'envisage pas l'obligation qui incombe au juge de la même manière que Kelsen) : « Nous n'avons pas deux normes différentes, mais deux aspects de la même norme. Elle est adressée aux juges, et (...) donne lieu à un effet réflexe : elle crée un motif pour [l'individu] d'éviter le comportement qui donnera lieu à l'usage de la force » (Ross, 1958, p. 52 ; voir aussi Ross, 1968, pp. 91-92). Pour résumer, on pourrait dire que Ross et Kelsen sont d'accord sur le principe d'individuation des normes, mais non sur la nature de leur normativité.

155 C'est précisément ce que Kelsen lui-même reproche à Austin, voir Kelsen 1997, pp. 113-115.

156 Hart, 2005, pp. 102-107.

157 Bien au contraire il l'indique expressément, voir Kelsen, 1962a, p. 35 *sq.* ; Kelsen, 1997, p. 66 *sq.*

158 Kelsen indique très clairement que la sanction n'épuise pas les motivations des individus à se conformer le droit : « les motivations de la conduite licite ne se résument pas à la peur des sanctions » (Kelsen, 1997, p. 75).

dence nullement affirmer que le droit a pour vocation le contrôle social des seuls juges. On pourrait fort bien imaginer un système juridique où les normes seraient tellement efficaces que tous les juges seraient au chômage. En revanche, Kelsen affirme que la *normativité* du droit, à savoir ce qui est « *gesollt* » selon le droit, s'adresse avant tout aux juges, et *indirectement* aux citoyens, puisque de la norme primaire on peut inférer, à titre de fragment, la norme secondaire qui interdit aux citoyens d'accomplir ce qui est susceptible de sanctions.

Autrement dit, contrairement à ce qu'affirme Hart¹⁵⁹, le désaccord entre Kelsen et lui-même ne *porte pas* sur la fonction du droit. Kelsen comme Hart s'accordent pour reconnaître que la fonction première du droit est de guider le comportement des individus. Le désaccord porte en revanche sur l'identité du destinataire de la *norme*, de ce qui est « *gesollt* ». C'est ce qu'illustre particulièrement bien la comparaison entre la peine et l'impôt¹⁶⁰. Selon Hart, la peine (par exemple une amende) s'attache à un comportement qui est considéré comme la violation d'une obligation, ce qui n'est pas le cas d'un impôt : alors que dans le premier cas, l'individu avait l'obligation de ne pas commettre le comportement, dans le second cas, effectuer ou non le comportement est indifférent, dans la mesure où aucune règle ne l'interdit ni ne le rend obligatoire. Même lorsque l'impôt est levé pour décourager le comportement (par exemple les taxes sur la commercialisation de cigarettes, qui, faisant augmenter leur prix, les rendent moins abordables), il demeure que le comportement en question (par exemple, fumer des cigarettes) n'est pas interdit.

Or l'argument de la distinction de l'impôt et de la peine n'atteint pas réellement Kelsen. Ce dernier reconnaîtrait également que le parallélisme entre l'amende et l'impôt est incorrect, mais formaliserait les choses d'une manière différente, en ce qu'alors que la peine est le *conséquent* de la norme, le *non-paiement* de l'impôt est l'*antécédent* de la norme : « si x ne paie pas ses impôts, alors telle sanction doit être »¹⁶¹.

De fait Kelsen insiste très nettement pour conditionner l'existence d'une sanction à celle d'un délit, c'est-à-dire d'un acte illicite¹⁶². Il n'y a pas de sanction *stricto sensu* sans délit, et tout acte de contrainte prévu par le droit ne peut être décrit comme une sanction que *lato sensu*¹⁶³.

159 Voir Hart, 2005, p. 58.

160 Pour quelqu'un qui nie toute normativité au droit (et qui est à ce titre l'adversaire commun de Hart et de Kelsen), il n'y a aucune différence entre l'impôt et l'amende (voir Holmes, 1897, p. 461).

161 Voir là-dessus Christie, 1964, 1053 ; Duarte d'Almeida, 2007b, p. 14. On peut prendre pour exemple l'article 1741 du Code général des impôts qui prévoit que la soustraction frauduleuse du contribuable au paiement de son impôt est passible d'une amende de 50 000 euros et d'une peine de cinq ans d'emprisonnement. Il est certes le cas que bien souvent le simple non-paiement (non frauduleux) de l'impôt n'expose pas à des sanctions pénales, mais à une sanction fiscale, par exemple un redressement. Il demeure que pour Kelsen le redressement peut en un sens large être envisagé comme une sanction, dès lors que le non-paiement s'apparente à un délit (au sens général, non technique, d'acte illicite).

162 Voir Kelsen, 1962a, p. 57. Il faut prendre délit au sens de : tout acte interdit par une norme secondaire (et non au sens technique du droit pénal français).

163 Il semble cependant que le lien entre sanction et délit chez Kelsen soit entaché de circularité. En effet, Kelsen affirme d'une part qu'il n'y a pas de *mala in se* mais seulement des *mala prohibita*, et

A ce stade, il est permis de se demander si le désaccord de Hart avec Kelsen ne réside pas sur une lecture hâtive par le premier de la formule « la norme primaire est celle qui institue la sanction » du second¹⁶⁴. En effet, si Hart insiste sur le fait que les règles destinées aux juges sont au moins *prima facie* des règles d'habilitation, alors il n'indique rien que Kelsen trouve véritablement à réfuter. Hart semble assimiler deux catégories non coextensives chez Kelsen, celui de la norme et de l'obligation : si la norme est destinée principalement aux juges, alors seuls les juges ont l'obligation juridique de faire quelque chose. Or Kelsen prend au contraire beaucoup de peine à distinguer la notion de norme de celle d'obligation juridique¹⁶⁵, tant dans la *Théorie générale du droit et de l'Etat* que dans la *Théorie pure du droit*. Pour Kelsen, il est en effet évident que la notion d'acte illicite suppose que l'individu a bien l'obligation de s'abstenir de le commettre. « Le concept d'obligation juridique diffère de l'obligation morale dans la mesure où il ne représente pas la conduite exigée par la norme, la conduite qui “devrait être” observée. L'obligation juridique, c'est une conduite qui, lorsqu'elle est observée permet d'éviter le délit (...). Seule la sanction « doit » être exécutée »¹⁶⁶. Par conséquent Kelsen ne nie nullement que la norme, bien que *destinée* principalement au juge, crée une *obligation* pour le sujet¹⁶⁷.

Bien davantage il ne nie pas que la norme juridique : « si délit alors la sanction doit être » puisse être lue comme une *norme d'habilitation* : dans une telle formule « on n'attache pas au mot “doit” le sens d'une obligation juridique ; on n'entend absolument

par conséquent qu'il n'y a de délit que dès lors que le droit attache à un certain acte une sanction, mais il affirme d'autre part que la sanction *stricto sensu* se distingue de tout autre acte de contrainte prévu par le droit par le fait qu'elle s'attache à un délit, et non pas à tout « comportement socialement indésiré » (voir Kelsen, 1962a, p. 56). Une lecture charitable permet toutefois de lever le soupçon de circularité. Pour Kelsen, la simple contrainte, même autorisée par le droit, n'est pas une sanction pour des raisons essentiellement procédurales : l'existence d'un délit suppose que ce dernier a été « établi juridiquement » (voir Kelsen, 1962a, p. 56) par une instance habilitée à le faire (par exemple, en cas de sanction pénale, le juge pénal). Ainsi (pour reprendre les exemples de Kelsen), la garde à vue, quoique contraignante, ne peut être assimilée à une sanction, puisque, par hypothèse, le délit n'a pas été établi ; de même, le fait pour un Etat totalitaire d'envoyer un individu en camp de concentration en raison de son appartenance ethnique ou religieuse n'est pas l'application d'une sanction. Du reste, dans ce dernier cas, on ne peut parler de sanction que *latissimo sensu* dans la mesure où ce qui est « sanctionné » n'est pas un acte. Sur l'importance d'un acte préalable à la sanction dans la conception kelsénienne des normes juridiques, voir Raz, 1980, p. 80.

164 Il est certain que la position de Kelsen a évolué entre la parution de la *Théorie générale du droit et de l'Etat* et la parution de la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, que Hart n'avait vraisemblablement pas lue lorsqu'il a rédigé le *Concept de droit*. Il demeure que la distinction norme/obligation est présente dès la *Théorie générale du droit et de l'Etat* (Kelsen, 1997, p. 109).

165 Kelsen utilise certes parfois des formules malheureuses, par exemple lorsqu'il écrit que « l'obligation juridique, qui ordonne cette conduite, est cette norme juridique même » (Kelsen, 1962a, p. 158), mais ce que Kelsen veut dire par là, c'est qu'il n'y a pas d'obligation juridique sans norme, ce qui va de soi (du moins dans une perspective kelsénienne).

166 Kelsen, 1997, p. 111.

167 Kelsen reformulera ce point dans la *Théorie générale des normes* en distinguant, de manière plus générale, le destinataire immédiat et médiate des normes (Kelsen, 1996, pp. 65-68) : le juge est le destinataire immédiat de la norme législative et réglementaire ; l'organe d'exécution (e.g. l'administration pénitentiaire ou l'huissier de justice) est le destinataire immédiat de la norme individuelle juridictionnelle, etc.

pas préciser si l'acte de contrainte est le contenu d'une obligation juridique, d'une permission positive ou d'une pure habilitation »¹⁶⁸. Que la norme soit adressée au juge ne signifie pas nécessairement qu'elle crée à son endroit une obligation. L'obligation juridique supposant, selon Kelsen, la sanction en cas de non accomplissement de l'action obligatoire, alors le juge est obligé d'imposer la sanction si et seulement si la non application de la sanction le rend lui-même passible de sanction. D'où le problème de la régression à l'infini des sanctions¹⁶⁹, qui ne peut trouver son aboutissement que dans l'existence d'une norme d'habilitation. Or, sauf à faire de l'annulation en appel une sanction contre le juge de première instance, il n'est pas certain que l'on puisse trouver dans les systèmes juridiques de règles prévoyant une sanction en cas de non application de la sanction.

Il faut d'autre part distinguer la fonction habilitante d'une norme (telle que la norme primaire, ou la norme indépendante) et la norme d'habilitation au sens étroit (tel organe est habilité à créer des normes). Sur ce point, la seconde édition de la *Théorie pure du droit* est bien plus satisfaisante que les écrits antérieurs de Kelsen. La norme d'habilitation au sens étroit est bien une norme non indépendante (un fragment de norme) selon Kelsen¹⁷⁰ : la norme d'habilitation (le Parlement est habilité à voter des lois) est un fragment de toute norme proprement individuée instituant une sanction (le fait qu'une loi créant un délit ait été adoptée selon la procédure requise par le Parlement est une condition, au même titre¹⁷¹ que le délit lui-même, pour que la sanction soit applicable). De même, la norme qui institue la sanction comporte à titre de fragment une norme d'habilitation en ce que c'est tel juge et non tel autre qui a compétence pour ordonner la sanction (le fait que ce soit le juge compétent qui est saisi est également une condition de la sanction). En revanche, la norme proprement individuée (la norme indépendante) : « si $x \neq \emptyset$, alors la sanction est *gesollt* » n'est pas une *norme d'habilitation* au sens strict. Mais elle a une fonction habilitante, dès lors que la non-imposition de la sanction n'entraîne pas de sanction pour le juge. Ici, il convient de citer un passage un peu long de la *Théorie pure du droit* :

168 Kelsen, 1962a, p. 162. Voir aussi, Kelsen, 1997, p. 110 : « Un organe qui "doit" édicter une sanction sera ou ne sera pas juridiquement obligé de le faire. » Autrement dit, dès la *Théorie générale du droit et de l'Etat*, l'idée que le *Sollen* puisse avoir une fonction habilitante est esquissée, à défaut d'être complètement thématisée (il ne s'agit donc pas d'une innovation pure et simple de la seconde édition de la *Théorie pure du droit*).

169 « La dernière sanction dans cette série ne saurait être ordonnée ; elle ne peut être qu'habilitée » (Kelsen, 1962a, p. 36 ; voir aussi Kelsen, 1997, p. 79 et p. 110 ; voir sur ce point Moore, 1973, p. 154).

170 Le dernier Kelsen abandonne la théorie des normes d'habilitation comme fragments de normes ou normes non indépendantes, au profit d'une conception les assimilant à des prescriptions indirectes (voir Kelsen, 1996, p. 135). Pour un commentaire, voir Tusseau, 2006, p. 106.

171 On simplifie ici à dessein : le fait que le Parlement ait voté la loi créant le délit n'est évidemment pas, prise *simpliciter*, une condition de la sanction *au même titre* que le délit lui-même. Le fait que le Parlement ait voté la loi est une condition (*dynamiquement* prévue par la Constitution) pour que la norme soit valide, et par conséquent que lorsque le délit est commis, la sanction soit juridiquement *gesollt*. En revanche, le fait que le Parlement ait voté la loi est, *du point de vue de l'individuation de la norme concernée*, une condition pour que la sanction soit *gesollt au même titre* que le délit lui-même.

La création conforme à la constitution des normes générales à appliquer par les organes d'application du droit, et la création conforme à la loi des normes individuelles où ces organes ont à appliquer les normes générales sont des conditions de l'accomplissement des actes de contrainte, de même ordre que l'établissement du fait du délit. (...) Mais les normes générales qui, sous toutes ces conditions, instituent des actes de contrainte sont, elles, des normes juridiques indépendantes, même si l'acte de contrainte n'est pas ordonné ou prescrit, faute qu'un autre acte de contrainte soit attaché à son non-accomplissement¹⁷².

Autrement dit, il faut distinguer les normes d'habilitation au sens étroit, qui habilitent tel organe, et non tel autre, à énoncer des normes (générales dans le cas du législateur, individuelles dans le cas du juge), et qui sont, sinon des fragments de normes, du moins des normes non indépendantes ; et la norme complète, proprement individuée (la norme qui institue la sanction) qui peut avoir (et a, dans la plupart des cas), une fonction habilitante. Evidemment, elle ne peut avoir une telle fonction que si elle comporte, à titre de fragment, une norme d'habilitation déterminant quel organe (à la différence de tout autre) est habilité à imposer la sanction ; mais il en irait de même si elle avait une fonction prescriptive et non d'habilitation¹⁷³.

Pour résumer : le désaccord de Hart (dont il faut encore caractériser la position) avec Kelsen ne porte *ni* sur la fonction de contrôle social des règles juridiques, *ni* sur le fait que les règles juridiques créent des obligations pour les sujets de droit, *ni enfin* sur le fait que les règles destinées aux juges soient essentiellement des règles d'habilitation (ou, tout au moins, à fonction habilitante). Le désaccord porte *exclusivement* sur le critère d'individuation : Kelsen soutient qu'il ne peut y avoir en droit (contrairement, par exemple, à la morale) d'obligation que si une norme prévoit l'application de la sanction en cas de violation de l'obligation ; Hart soutient au contraire que le concept d'obligation juridique ne suppose pas essentiellement la sanction, et que le principe d'individuation des normes juridiques n'est pas la sanction. Cependant, si le principe d'individuation retenu par Kelsen est critiquable¹⁷⁴, en particulier parce qu'il n'est pas guidé par les considérations pragmatiques qui sont à l'arrière-plan de la réflexion originale sur l'individuation, celle de Bentham¹⁷⁵, il a le mérite d'être cohérent ; à l'inverse

172 Kelsen, 1962a, p. 77.

173 Si l'on cherche à assurer l'unité doctrinale de la *Théorie pure du droit* et de la *Théorie générale du droit et de l'Etat* (où figure la formule « seul l'organe peut désobéir au droit »), il s'en déduit que l'on peut désobéir à une norme dotée d'une fonction habilitante, où le *Sollen* s'interprète comme « habilité ». La particularité d'une telle désobéissance est que nulle sanction ne s'ensuit.

174 Voir pour une critique de la théorie kelsénienne des fragments de normes Tusseau, 2006, p. 79-80 et p. 91-98.

175 Raz souligne le caractère hautement impraticable de la théorie kelsénienne de l'individuation, en particulier lorsqu'elle indique que la Constitution (qui est une norme d'habilitation) est un fragment de toutes les normes complètes. (Raz, 1980, p. 77). A vrai dire, dans le passage de la *Théorie générale du droit et de l'Etat* que Raz cite à l'appui de son propos (Kelsen, 1997, pp. 197-198), Kelsen soutient une thèse bien plus nuancée selon laquelle la Constitution est dynamiquement indépendante des normes inférieures, mais fait statiquement partie d'elles. Il demeure que les considérations pragmatiques sont étrangères à l'entreprise de Kelsen, et on envisage mal un code rédigé à l'aide des critères d'individuation kelséniens (voir, sur les impératifs pragmatiques de la doctrine de l'individuation, Tusseau, 2006, p. 45, *sq.*).

le principe d'individuation de Hart, quoique plus raisonnable d'un point de vue pragmatique, n'en est pas moins entaché d'incohérence, comme on va tenter de le montrer.

B. Existe-t-il un principe d'individuation hartien ?

Joseph Raz a soutenu que Hart faisait partie des rares auteurs (avec Bentham, Kelsen, Dworkin et lui-même) à s'intéresser au problème de l'individuation des normes¹⁷⁶. En réalité on peut se demander si Hart propose un principe d'individuation cohérent.

Hart, de manière célèbre, envisage au chapitre 2 du *Concept de droit*, un principe dualiste d'individuation fondé sur deux critères principaux¹⁷⁷ : 1° un critère négatif, selon lequel la norme complète n'est pas celle qui prévoit la sanction ; 2° un critère positif, selon lequel les règles d'obligation et les règles d'habilitation ne sont pas réductibles l'une à l'autre (ou l'une à un fragment de l'autre). Hart partage avec Kelsen l'idée que la nature du destinataire de la règle (celui à laquelle la règle s'adresse) n'est pas un *critère* d'individuation à lui seul¹⁷⁸ : ainsi des règles d'habilitation peuvent d'adresser aux mêmes personnes que des règles d'obligation, cela n'implique nullement qu'il s'agisse de règles de type identique (par exemple le « public » visé par les règles de conduite du droit pénal est *grosso modo* le même que celui visé par les « règles de changement » qui constituent le droit des contrats). Ce qui fait que, par exemple, les règles de « décision juridictionnelle » sont des règles irréductibles à des fragments de règles d'obligation n'est pas qu'elles s'adressent à un autre « public » que les règles d'obligation (les juges *qua* juges, et non les simples citoyens), mais qu'elles ont une fonction différente et autonome (celle d'habiliter et non d'obliger). De fait, la critique de la théorie de la souveraineté de Hart permet d'envisager deux types de règles qu'Austin n'avait pas (selon Hart) pris en compte : les règles de changement, en particulier les règles créant un pouvoir normatif *public* (par exemple les règles qui organisent la succession de Rex I à Rex II)¹⁷⁹ ; les règles de décision juridictionnelle, qui supposent que le juge n'est pas un simple exécuter du souverain, mais est le support d'un pouvoir juridique et l'objet de règles spécifiques, non réductibles à des fragments des règles destinées à guider le comportement des individus.

La dualité règle d'obligation/règle d'habilitation est progressivement remplacée dans le *Concept de droit* par une autre distinction, qui ne lui est pas coextensive : celles des règles primaires et secondaires. Hart reprend en effet cette distinction classique,

176 Voir Raz, 1980, p. 220. Il est assez ironique que Dworkin figure dans cette liste ; antérieurement, Raz (1972, p. 825) a accusé Dworkin de ne pas prêter suffisamment attention au problème de l'individuation ; ce à quoi Dworkin répond que « Raz est trop généreux, dans la mesure où il serait plus correct de dire que je ne prête aucune attention à ce problème » (Dworkin, 1977, p. 74).

177 Hart, 2005, pp. 54-57.

178 Sur la critique de l'idée que les règles « s'adressent » à quelqu'un, voir Hart, 2005, p. 41.

179 Voir Hart, 2005, pp. 70-80. Les règles conférant des pouvoirs *privés* sont plus aisément réductibles selon les critères d'individuation austiniens ou kelsénien (ainsi la règle sur les contrats est celle qui prévoit que l'inexécution des contrats entraîne versement de dommages et intérêts).

mais il en modifie considérablement le sens. Il ne reprend *ni* le sens proposé par la doctrine classique des règles primaires et secondaires (celle proposée par Nawiasky¹⁸⁰) et qui correspond à une distinction entre, respectivement, règles de conduite et règles de sanction (distinction que Hart reprenait à son compte dans le passage des « Prolégomènes... » cité plus haut, mais qui est clairement dépassé par la doctrine défendue dans le *Concept de droit*) ; *ni* l'inversion proposée par Kelsen, qui non seulement attribue la qualité de norme primaire aux normes de sanction, mais fait des normes secondaires des fragments de normes primaires (là où, dans la doctrine classique, la distinction primaire/secondaire implique un double principe d'individuation, *alla* Bentham ou *alla* Dan-Cohen). Chez Hart, les règles de conduite sont les règles primaires, elles sont à destination des individus, et les règles secondaires sont relatives aux règles primaires, et n'existent pas sans elles¹⁸¹ ; et d'autre part, *certaines* règles secondaires (les règles de changement, les règles de décision juridictionnelle) sont des règles d'habilitation et non d'obligation. Ainsi au sujet des règles de décision juridictionnelle, Hart écrit que « bien qu'elles puissent se voir renforcer par d'autres règles imposant aux juges le devoir de juger, elles n'imposent pas des devoirs mais confèrent des pouvoirs judiciaires et un statut particulier aux constatations judiciaires de la violation d'obligations »¹⁸².

Il est important de noter que la distinction entre règles primaires et secondaires ne passe pas (ou, tout au moins, ne devrait pas passer) essentiellement par une distinction entre règles d'obligation et règles d'habilitation : si *toutes* les règles primaires sont des règles d'obligation, *seules* les règles secondaires sont des règles d'habilitation – aussi bien certaines règles secondaires ne sont pas des règles d'habilitation, à commencer par la règle de reconnaissance¹⁸³. En revanche, *toutes* les règles secondaires portent sur

180 Nawiasky, 1948, pp. 13-14.

181 Ce point a été souligné par Bobbio, 1998, p. 164.

182 Hart, 2005, p. 116 (c'est moi qui souligne). Peter Hacker fait remarquer que les « règles secondaires ne guident pas moins le comportement que les règles primaires » (Hacker, 1977, p. 20). Cela est formellement exact, même s'il faut souligner que des règles d'habilitation peuvent guider (et guident habituellement le comportement (voir Raz, 1999, p. 97 *sq.*), et que par conséquent, la capacité de guider le comportement n'est pas l'apanage des seules règles d'obligation.

183 La question de savoir si la règle de reconnaissance est une règle imposant des obligations est débattue dans la philosophie contemporaine du droit. Certains auteurs, comme Michael Bayles, vont jusqu'à soutenir que Hart lui-même ne la concevait pas comme une règle imposant des obligations : « Les règles de reconnaissance n'ont pas les caractéristiques des règles d'obligation. On ne peut y obéir ou y désobéir. De surcroît, nulle sanction n'est fournie » (Bayles, 1992, p. 66 ; voir aussi, dans une optique similaire, Greenawalt, 1987, p. 625). Il s'agit cependant d'un clair contresens du point de vue de l'exégèse hartienne en tout cas, puisque non seulement la sanction n'est pas nécessaire à l'obligation, mais de surcroît, la règle de reconnaissance *peut* être transgressée (voir Hart, 2005, p. 134). Contrairement aux règles de décision juridictionnelle et aux règles de changement, la règle de reconnaissance n'est pas une règle d'habilitation (Waluchow, 1985, p. 43, soutient le contraire ; Pino, 2011, p. 282, soutient que la règle de reconnaissance est à la fois une règle d'habilitation et une règle d'obligation ; pour une réfutation par avance, voir Raz, 2009a, p. 93). Elle énonce des critères de validité dont il est nécessaire qu'ils soient tenus pour obligatoires au moins par les *officials* pour qu'il y ait un système juridique (en ce sens, dans un système juridique, seule la règle de reconnaissance a nécessairement un aspect interne, l'*obligatorité* des règles primaires dérivant de leur validation par la règle de reconnaissance). Indépendamment de l'exégèse hartienne, le débat porte (généralement chez des auteurs s'accordant pour rejeter la conception des règles fondée sur la pratique) sur la question de savoir si la règle de reconnaissance (si elle existe) impose des obligations ou constitue seulement

d'autres règles, et c'est en ce sens qu'elles sont secondaires¹⁸⁴ : Hart demeure cependant indécis sur la question de savoir si les règles secondaires portent uniquement sur les règles primaires, ou si elles peuvent également porter sur les règles secondaires¹⁸⁵. Il semble que la deuxième branche de l'alternative soit descriptivement plus séduisante, dans la mesure où une règle de changement peut déterminer à quelles conditions d'autres règles de changement peuvent être introduites, et où il est évident que la règle de reconnaissance « valide » également les règles de changement et de décision juridictionnelle. On aurait donc *in fine* la distinction suivante : les règles primaires sont des règles d'obligation ; les règles secondaires portent sur d'autres règles. – Hart se rend parfois coupable d'une identification hâtive entre d'un côté le couple primaire/secondaire et de l'autre le couple obligation/habilitation¹⁸⁶, en dépit de l'écueil évident que constitue cette confusion (ne serait-ce que parce que la règle de reconnaissance n'est pas une règle d'habilitation).

Le double principe d'individuation dégagé au chapitre 2 du *Concept de droit* a pour objectif premier de réfuter les théories qui font de la sanction le principe ultime d'individuation : si la règle complète est celle qui prévoit la sanction, alors les règles d'habilitation ne peuvent être que des fragments de règle. Or ce genre de théorie est d'autant plus éloigné d'une description adéquate du système juridique que, comme Hart l'indique au chapitre 5, les sanctions elles-mêmes font l'objet de règles d'habilitation (de règles de « décision juridictionnelle »). Les sanctions ont donc clairement une fonction ancillaire par rapport à la fonction principale des règles, qui est de créer une obligation. En inversant le rapport « d'ancillaire à principal »¹⁸⁷, Hart est également obligé d'inverser le rapport de dépendance entre les règles : la règle secondaire qui prévoit la sanction (qui habilite le juge à prononcer la sanction en cas de violation de règles primaires) est dépendante logiquement de l'existence d'une règle primaire qui rend obligatoire ou prohibe tel ou tel comportement. Autrement dit, si l'enjeu est de montrer, contre Kelsen, que les règles d'obligation (les normes secondaires kelsénienne) sont des règles indépendantes (au sens kelsénien), il semble qu'au moins certaines règles d'habilitation (les règles de décision juridictionnelles) ne puissent être envisagées de manière cohérente comme étant indépendantes. Les règles primaires

un ensemble de critères conceptuels de validité. Parmi ceux qui soutiennent la première thèse, on trouve Raz, 1980, p. 197 *sq.* ; Raz, 2009a, p. 93 ; Shapiro, 2009, p. 240 ; Perry, 2006, p. 1183 ; McCormick, 2008a, p. 109 ; Coleman, 2001, p. 86 *sq.* ; Ruiz Manero, 1990, p. 133 ; Ruiz Manero, 1991, p. 291 ; parmi ceux qui soutiennent la seconde thèse, voir Bulygin, 1991a, *passim* ; 1991b, *passim* ; Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 73. – Andrei Marmor a soutenu une thèse différente et en quelque sorte intermédiaire selon laquelle la règle de reconnaissance est une convention constitutive (Marmor, 2009, p. 168).

184 Hart, 2005, pp. 113-114.

185 Voir là-dessus, Tusseau, 2006, p. 218.

186 On trouve un exemple d'une telle confusion dans Hart, 2005, pp. 100-101. Bobbio a sévèrement, encore qu'allusivement, critiqué Hart sur ce point (Bobbio, 1998, p. 165).

187 Hart, 2005, p. 59. Il est à noter que non seulement la sanction est ancillaire par rapport à la fonction principale des règles primaires (qui est de créer des obligations), mais elle l'est également par rapport à la fonction principale des règles de décision juridictionnelle elle-même (qui est la reconnaissance de la violation de la règle primaire, et pas nécessairement l'imposition d'une sanction, bien que les deux aillent souvent de pair).

existent indépendamment de toute règle secondaire (puisque, dans les sociétés pré-juridiques, ainsi que dans la morale sociétaire¹⁸⁸, on a affaire à un régime exclusif de règles primaires), mais l'inverse n'est pas vrai. Par conséquent, le simple fait qu'une règle est habilitante ne suffit pas à faire un critère d'individuation autonome.

En ce sens, le principe d'individuation retenu au chapitre 2 du *Concept de droit* est jusqu'à un certain point incompatible avec l'objectif que se fixe Hart : soutenir que la règle primaire est la règle d'obligation suppose de faire de la « règle de sanction » une règle non indépendante – et empêche dès lors de faire du seul fait que la règle habilite un agent une raison pour en faire une règle indépendante. Si d'autre part les *règles secondaires* sont définies comme des règles d'habilitation, elles ne peuvent elles-mêmes plus être présumées indépendantes du seul fait qu'elles habilitent ; si elles sont définies comme étant secondaires, il apparaît qu'elles sont logiquement dépendantes de l'existence d'autres règles (en particulier de règles primaires).

Pour résumer : si on envisage les règles d'habilitation en elles-mêmes (indépendamment de leur caractère secondaire ou non), il est incompatible avec l'objectif de réfuter les théories qui retiennent un principe d'individuation fondé sur la seule sanction de faire du seul fait qu'une règle est une règle d'habilitation un critère autonome d'individuation ; si on les envisage comme des règles *secondaires*, alors, de surcroît, elles ne sont pas indépendantes des règles primaires (ou secondaires) sur lesquelles elles portent.

Quel principe d'individuation, par conséquent, attribuer à Hart ? Il est possible de formuler une reconstruction des chapitres 2 et 5 du *Concept de droit* qui permette d'apporter une réponse nuancée à cette question et de sauver la cohérence de l'ensemble. Ici, il convient d'effectuer une distinction entre les règles de changement et les règles de décision juridictionnelle : toutes deux sont dépendantes des règles primaires, mais à des titres différents. Lorsque Hart met en avant, au chapitre 2, la nécessaire irréductibilité des règles d'habilitation aux règles d'obligation, c'est avant tout aux règles de *changement* (règles d'habilitation par excellence) qu'il fait référence. En effet ces dernières ne sont que très faiblement dépendantes de règles primaires. On peut fort bien envisager un individu ou un organe habilité à édicter des règles primaires, mais qui s'en abstiendrait (on pourrait fort bien imaginer que, pour une raison ou une autre, plus personne ne contracte, ou que le législateur reste inactif) : les règles de changement sont par nature dépendantes de règles logiquement postérieures à leur propre entrée en vigueur (même si le rapport d'antériorité peut être inversé d'un point de vue chronologique : on peut envisager des habilitations rétroactives, telle que par exemple la pratique courante sous la III^e République de ratification *ex post* par le Parlement de décrets illégaux). Par contraste, les règles de décision juridictionnelle supposent que les règles primaires sont logiquement antérieures à l'acte que l'organe est habilité à prendre (même si, chronologiquement, le juge naturellement est habilité à appliquer des règles primaires édictées postérieurement à la règle de décision juridictionnelle qui

188 Voir, là-dessus, Hart, 2005, p. 189.

l'habilité à le faire). Il s'agit d'un truisme : la création du droit est prospective (ou si l'on veut *forward-looking*) ; son application rétrospective (*backward-looking*)¹⁸⁹.

Selon cette interprétation, le principe d'individuation dualiste retenu au chapitre 2 du *Concept de droit* vaut avant tout pour les règles de changement, qui sont irréductibles à des fragments de règles primaires ; en revanche, rien ne permet d'exclure que les règles de décision juridictionnelle puissent être conçues, sinon comme des fragments, du moins comme des « normes non indépendantes » (au sens kelsénien). En effet, ce sont ces règles mêmes qui, entre autres choses, prévoient la sanction (et non pas les règles primaires), et cette dernière a clairement une fonction auxiliaire ou ancillaire ; il est donc possible de faire des règles de décision juridictionnelle des règles non indépendantes des règles primaires d'obligation (même s'il serait possible de les isoler jusqu'à un certain point dans un code séparé, mais jusqu'à un certain point seulement).

III. UNE THÉORIE NEUTRE QUANT À L'INDIVIDUATION DES NORMES

Dans la suite de ce travail on ne retiendra aucun principe canonique d'individuation¹⁹⁰. La formalisation des règles empruntera à tel ou tel principe selon les nécessités de l'exposition, sans que l'on puisse prétendre à une cohérence autre que minimale. Ainsi, si la structure générale des règles juridique (des *laws* qui sont des *rules*) est de la forme *cas générique* → *solution normative*, il est tout à fait possible d'interpréter la solution normative (ou conséquence juridique) comme incluant une obligation ou une habilitation, comme spécifiant une sanction (obligatoire ou habilitée) ou un comportement (obligatoire ou habilité). Selon le contexte on retiendra l'une de ces quatre solutions.

Trois raisons principales¹⁹¹ concourent à demeurer agnostique quant au principe d'individuation des règles de droit. La première est qu'aucun principe ne peut remplir les objectifs qu'on assigne habituellement à l'individuation¹⁹² : demeurer aussi proche que possible du langage juridique ; ne pas occasionner des répétitions inutiles de règles ou de fragments de règles ; ne pas occasionner des règles tellement longues qu'elles en deviennent impraticables ; ne pas occasionner des conflits de règles, etc.

189 Il va de soi que, dans de la plupart des systèmes juridiques, les juges (en particulier les cours de dernière instance) ont à la fois une fonction d'application et de création de droit.

190 Raz lui-même qui, dans *The Concept of a Legal System*, indiquait que « le problème de l'individuation est le lien entre l'analyse d'une règle de droit (*a law*) et celle d'un système juridique, et, de ce fait, est d'une importance immense pour la philosophie du droit » (Raz, 1980, p. 70) reconnaît quelques années plus tard dans *The Authority of Law* que « le problème de l'individuation... est l'un des plus controversés dans la théorie du droit. Il serait donc désirable de séparer le problème de l'identité des systèmes juridiques de celui de l'individuation des règles de droit. Cela peut se faire assez aisément... » (Raz, 2009a, p. 80).

191 Voir pour des arguments supplémentaires, Bayón, 2000, p. 337.

192 Voir e.g. Raz, 1972, p. 831 ; Raz, 1980, p. 88 ; Tusseau, 2006, p. 45-52

Un principe d'individuation trop simple occasionnera des règles beaucoup trop complexes et éloignées de l'expérience juridique ; un principe d'individuation complexe¹⁹³ (comprenant divers critères *ad hoc*) occasionnera un grand nombre règles de types variés, et son gain théorique face au chaos des codes, textes et recueils de précédents s'amenuisera. Prenons un exemple : les exceptions peuvent être *prima facie* décrites comme des conditions négatives, et en ce sens sont des fragments de la règle complète (c'est ainsi que les comprend, par exemple, Dworkin¹⁹⁴). Le problème est que si la règle complète comporte l'ensemble des exceptions (et des exceptions aux exceptions, etc.), elle devient tellement longue qu'elle en devient impraticable. Si, au contraire, on retient un principe d'individuation qui permette d'en faire des règles séparées, alors on obtient un conflit de normes (par exemple « si meurtre alors punition » ; « si meurtre commis par mineur, alors non-punition »).

La deuxième raison vient de ce que l'individuation est une construction (souvent inconsciente) du juriste qui a à exposer le chaos des textes et des jurisprudences sous la forme précise et concise d'un manuel ; deux professeurs de droit retiendront deux principes différents d'individuation *e.g.* des règles de la responsabilité civile délictuelle. Si la tâche du théoricien est de préciser et rendre visible ces principes d'individuation, il lui est impossible d'en retenir un en particulier, parce que son adéquation à la description correcte du système juridique est très largement conditionnée à l'usage, tout à fait contingent, que les juristes et les praticiens du droit en font.

La troisième raison est que, quand bien même il y aurait accord des juristes sur ce que sont les règles complètes, il est très probable que le principe d'individuation le plus praticable varie en fonction des diverses branches du droit. Ici encore, il y a une dimension de contingence qu'il faut se garder de sous-estimer. Ainsi, l'individuation la plus praticable des règles du droit pénal est celle qui en fait des règles adressées aux juges, les habilitant (et parfois les obligeant) à prononcer la sanction (laquelle doit être comprise comme la conviction, *i.e.* la déclaration de culpabilité, et non pas la fixation de la *peine* ; que la peine ne soit pas appliquée – par exemple en cas de dispense ou d'aménagement de peine, ou bien de condamnation avec sursis – n'empêche pas que l'auteur de l'infraction ait été sanctionné) ; les règles en question ne seraient

193 Tony Honoré a ainsi retenu un principe d'individuation complexe retenant six catégories de *laws* (Honoré, 1977, p. 112) : des règles d'existence (qui créent et détruisent des entités), des règles d'inférence (qui seraient plus proprement décrites comme des règles de *preuve*, au sens procédural du terme), des règles de catégorisation (qui classifient des faits), des règles de scope (qui déterminent le scope d'autres règles), des règles spécifiant des positions (telles que les règles conférant des droits, des titres, des statuts) et des règles directement normatives (qui dirigent la conduite du citoyen). Cette sextuple partition est intellectuellement stimulante, mais si l'on devait envisager six codes rassemblant, à partir du chaos des textes, toutes les règles du même type, il n'est pas douteux que ces codes seraient à la fois répétitifs et impraticables, puisqu'un même point de droit peut être déterminé et par des règles de types différents. Pour résoudre un unique point de droit, et même le plus simple (par exemple : « les fonctionnaires sont-ils personnellement responsables pour les actes non détachables de leur fonction ? »), il faudrait sans cesse recourir aux informations contenues dans des codes différents, ce qui est d'une utilité limitée pour le juriste.

194 Dworkin, 1977, p. 25. Sur le problème important que posent les exceptions à la théorie de l'individuation voir Moreso et Navarro, 1997, p. 207 ; Bayón, 2001, p. 336-337.

qu'obliquement ou indirectement adressées aux sujets de droit, aux simples citoyens. La raison en est principalement qu'à de nombreuses exceptions près¹⁹⁵, le droit pénal comprend avant tout des *prohibitions* ; il est donc courant que l'on obéisse à des règles de droit pénal sans s'en rendre compte, ou pour d'autres raisons que l'existence des règles pénales elles-mêmes – et, comme le fait remarquer Bentham lui-même, l'existence d'une règle de sanction suffit assez à asseoir l'efficacité de la prohibition indirecte que l'on peut en inférer. Du reste les règles pénales sont éminemment justiciables : leur application passe typiquement par la médiation d'un juge (y compris lorsque, comme c'est le cas dans certains systèmes juridiques, la fixation de la qualification juridique et de la peine fait préalablement l'objet d'un accord amiable entre le ministère public et l'accusé). Les raisons en sont diverses (garanties procédurales, droit à un procès équitable, souci d'éviter les vendettas individuelles, etc.), et il n'est pas nécessaire de les détailler plus avant.

En revanche, les règles de droit civil prescrivent typiquement des obligations directes à l'endroit des individus, et seulement en second lieu des juges (ou d'autres organes d'application du droit). Ainsi, l'article 1382 du Code civil (qui est un exemple de règle à peu près correctement individuée) prévoit que *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*. On retrouve la structure conditionnelle de la règle juridique : une classe de cas constituée par les propriétés : (dommage, cause, homme, faute) et une conséquence (ou « solution ») normative (une obligation de réparation). Etant donné le nombre de litiges relatifs au droit de la responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle qui se règlent à l'amiable sans aucune intervention judiciaire, il serait peu raisonnable d'individualiser cette règle à l'aune d'une règle de droit pénal, par exemple en l'interprétant comme une règle selon laquelle il est interdit de causer par sa faute un dommage à autrui sous peine de sanction (l'indemnisation). En réalité, cette règle n'interdit nullement de causer par sa faute un dommage à autrui, mais elle oblige l'individu, lorsque ce dernier cause un tel dommage, à le réparer (c'est-à-dire à indemniser la victime). Il s'agit donc d'une règle primaire au sens hartien de l'expression. – Que le juge soit, dans un grand nombre de cas, amené à appliquer cette règle – c'est-à-dire à sanctionner l'individu qui n'a pas respecté son obligation de réparation – n'empêche nullement que le droit crée une obligation de réparation, quand bien même celle-ci n'aurait pas au préalable été reconnue par un juge.

195 Par exemple, le devoir d'assistance à personne en danger, prévu à l'article 223-1 du Code pénal.

Appendice

Sur l'applicabilité des normes juridiques

I. APPLICATION ET APPLICABILITÉ

A. Suivre une règle, appliquer une règle

Selon la définition que l'on a retenue des règles juridiques, ces dernières sont des normes conditionnelles générales, dont la réalisation factuelle de l'antécédent conditionne l'a dérivation de la solution normative, et par la même, l'applicabilité de la règle. Cette notion d'applicabilité a été définie jusqu'ici purement négativement (comme distincte de la force normative), et il convient d'y apporter quelques précisions.

L'applicabilité d'une norme quelconque doit en premier lieu se distinguer de son application. La différence spécifique du système juridique¹ vis-à-vis d'autres systèmes normatifs réside assurément dans l'existence d'organes d'application de ses normes (surtout les organes juridictionnels : cours, tribunaux). On considère généralement que le fait d'appliquer une norme diffère considérablement du fait de suivre² (observer, obéir à) une norme, en ce que non seulement les sujets ne sont pas les mêmes (dans le second cas, tout sujet de droit *en tant que* sujet de droit ; dans le second cas un organe spécialisé), mais les opérations intellectuelles impliquées ne sont pas les

1 Selon Raz, c'est ce trait qui fait du droit un système normatif institutionnel ; voir Raz, 1999, p. 132 *sq.* ; Raz, 2009a, p. 103 *sq.*

2 Dans le passage de la *Théorie générale du droit et de l'Etat* évoqué plus haut (Kelsen, 1997, p. 112), Kelsen souligne que si l'idée que seuls les juges (et plus généralement les organes d'application du droit) obéissent au droit répugne aux intuitions communes, il est possible de l'explicitier à travers une distinction plus commune entre obéir au droit et appliquer le droit ; l'obéissance au droit (le fait de s'abstenir de commettre un acte illicite) est conditionné à l'existence d'une norme prévoyant l'application du droit (chez Kelsen, l'imposition de la sanction). Dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, Kelsen adopte définitivement l'opposition obéissance/application (voir, 1962a, p. 159 et p. 317).

mêmes : après tout, comme l'écrit Giorgio Pino, « l'application du droit ne peut être qu'une activité consciente, tandis que les citoyens peuvent bien observer le droit sans en être conscients »³. Ainsi l'application est un acte, différent de l'acte d'obéissance : si obéir à la règle qui m'interdit de pénétrer avec mon véhicule dans le parc consiste à m'abstenir de pénétrer dans le parc avec mon véhicule, appliquer la règle, pour un juge en tant que juge, ne peut pas consister en le même acte (même si le juge, en tant que citoyen⁴, s'abstient également de pénétrer dans le parc avec son véhicule). Cet acte normatif consiste en la dérivation de la solution normative, ou plutôt d'une instance de la solution normative, attachée par le système juridique au cas que l'organe d'application a à résoudre. Par « instance », on entend ici, comme dans la suite de ce travail, une expression sans variables : si la solution normative est $OF(x)$, où $F(x)$ est expression quelconque de la logique des prédicats telle que F est un prédicat et x une variable quelconque, libre ou liée, une instance de la solution normative est $OF(a)$, où a est une constante. Appliquer une norme contenant la solution normative $OF(x)$, c'est donc dériver $OF(a)$.

L'application du droit suppose donc un acte normatif que n'est pas la simple obéissance, qui est un pur fait, observable d'un point de vue externe. Cela implique à la fois une certaine configuration institutionnelle (l'idée d'application ne fait aucun sens pour des systèmes normatifs non structurés institutionnellement ; on ne parle pas d'*appliquer* la loi morale) et une certaine configuration du raisonnement juridique : c'est-à-dire à la fois l'identification de certains acteurs spécialisés dotés d'une fonction bien précise et l'identification d'une procédure rationnelle et/ou argumentative particulière. En ce sens, la distinction entre suivre et appliquer une norme met en jeu deux séries de raisons pour l'action bien distinctes. Lorsque je suis (j'obéis à) une norme, je prends cette norme pour raison de mon action ; en ce sens la prétention de la norme à guider mon action est couronnée de succès. Or il est évident que souvent d'*autres raisons* pourraient me déterminer à agir de la même manière : c'est en ce sens que Raz a pu montrer que les normes, entendues comme directives dotées d'autorité, déplacent (ou préemptent) des raisons qui s'appliquent déjà à mon action (c'est que Raz a appelé la « *dependence thesis* »⁵) – ou, tout au moins, prétendent le faire. Si la prétention de la norme à préempter ces raisons échoue, alors une conformité extérieure à ce que la norme requiert est encore possible sur la base des raisons dépendantes (par exemple, je m'abstiens de tuer non parce que l'art. 221-1 du Code pénal me l'interdit, encore qu'obliquement, mais parce qu'il est immoral de tuer). Certes, dans de nombreux cas, le droit crée de toutes pièces des raisons pour l'action – ce que Raz conteste – mais bien souvent il remplace des raisons déjà existantes, que Raz appelle des raisons dépendantes⁶.

3 Pino, 2011, p. 805. Pino déploie d'ailleurs un certain nombre de critères sur la différence entre appliquer et observer une règle.

4 Voir là-dessus, Hart, 2005, p. 135.

5 Raz, 1986, p. 42-53 ; Raz, 1994, p. 98.

6 La « *dependence thesis* » de Raz est ici prise comme simple critère démarcation des raisons pour l'action et des raisons pour l'application ; ce n'est évidemment pas à cette fin que l'entend Raz lui-même. Raz en fait un trait essentiel du concept d'autorité légitime. Or prise ainsi, cette thèse est très contestable,

En revanche, le juge qui applique une norme quelconque (par exemple la règle sur les véhicules dans le parc) agit bien pour une raison ; il considère que la règle sur les véhicules est valide et que le défendeur ou l'accusé ne *devait* pas faire entrer sa grosse cylindrée dans le parc ; la règle sur les véhicules constitue donc une raison pour son action, *i.e.* une raison pour l'application. Or en l'absence de cette règle, le juge n'a plus aucune raison de condamner l'accusé ou le défendeur, tout simplement parce qu'il n'y a plus de règle applicable. Autrement dit les règles, au moment de leur application, ne déplacent pas des raisons s'appliquant déjà à l'action du juge. Certes, si le juge prend la règle sur les véhicules dans le parc comme une raison pour condamner l'accusé, c'est parce qu'existent des règles secondaires qui habilitent et/ou obligent le juge à *appliquer* les normes applicables : en ce sens, en appliquant les règles en question, le juge *suit* les règles secondaires. Mais ces règles sont au moins partiellement des règles constitutives⁷ : elles créent la possibilité de l'acte d'application lui-même tout autant qu'elles le régulent. Or l'*acte* d'application est impossible s'il n'y a aucune règle à appliquer, alors qu'il est tout à fait possible (et il arrive fréquemment) que l'acte correspondant au fait de suivre une règle soit possible indépendamment de toute règle le régulant.

dans la mesure où le droit crée souvent des raisons pour l'action de toutes pièces, et, ce faisant, il prétend bien à l'autorité légitime (et il arrive que cette autorité soit légitime eu égard aux autres critères de la légitimité de l'autorité selon Raz). Raz conteste explicitement cette idée dans sa défense de la « *dependence thesis* ». Raz prend l'exemple d'une règle instituant un impôt. Il semble bien que cette règle crée une raison de toute pièce : sans cette règle, je n'ai aucune raison de payer un impôt, pour la simple raison que l'impôt n'existe pas sans la règle qui l'institue. Pour Raz, cela est faux : on aurait toujours une raison de payer un impôt (par exemple : contribuer au développement des services publics), même si aucune règle juridique n'instituait aucun impôt. Ce sont ces raisons que le législateur prend en compte pour fixer, par exemple, le taux le plus juste, et ce sont ces raisons (dépendantes) qu'il préempte par sa directive dotée d'autorité. Si en l'absence d'une règle instituant tout impôt je ne peux pas payer mes impôts, ce n'est pas parce que je n'ai aucune raison de payer un impôt, mais parce qu'il est matériellement impossible de le faire, il n'y a pas de machinerie de levée de fonds (Raz, 1986, pp. 45-46). Or c'est cet argument qui est contestable. De ce que j'ai une raison de payer une certaine somme à l'Etat, il ne s'ensuit pas de ce que j'ai une raison de payer un *impôt*. Après tout, si je suis par exemple condamné à une amende, je peux très bien considérer qu'une raison pour moi de payer cette amende est qu'elle servira au développement des services publics (je suis un délinquant mû par de rares sentiments civiques). Dans les deux cas, j'ai une raison (dépendante) de payer une certaine somme à l'Etat. Mais je n'ai pas nécessairement de raison de payer un *impôt*. Cela suppose que la règle qui institue un impôt ne se contente pas de réguler un comportement susceptible d'être déterminé par d'autres raisons pour l'action, mais crée la possibilité de ce comportement en tant que tel. C'est ce que Raz refuse d'admettre, dès lors qu'il refuse l'idée de règles constitutives (Raz, 1999, p. 109) : selon Raz, la règle qui crée un impôt ne crée pas la possibilité d'un comportement (lequel, évidemment, étant créé par la règle ne peut être déterminé par d'autres raisons), mais crée la possibilité d'une certaine *description* d'un comportement, lequel peut fort bien être déterminé au préalable par d'autres raisons. Ainsi, je peux avoir une raison de donner une certaine somme à l'Etat, raison que la norme m'obligeant à payer l'impôt viendra préempter tout en créant la possibilité de décrire mon action par l'expression « payer ses impôts ».

- 7 Sur la distinction règles constitutives/règles régulatrices voir Searle, 1969, p. 33, à partir d'une intuition d'Anscombe, 1958. On en trouve une préfiguration dans Ross, 1968, pp. 57-61. Sur les enjeux de la distinction pour la théorie du droit, voir Carcaterra, 1974 ; McCormick et Weinberger, 1986, p. 22 *sq.* ; Guastini, 1986, pp. 261-269 ; Atria, 2001, pp. 14-60. Pour une critique, voir, outre J. Raz cité dans la note précédente, Warnock, 1971, p. 37, Giddens, 1984, p. 20 ; Schauer, 1991b, pp. 6-7.

Suivre une règle juridique ne veut pas nécessairement dire être guidé par la règle, mais simplement s'abstenir d'enfreindre la règle. On a donc un modèle très minimal de la notion de suivre une règle juridique. Bien entendu, ce modèle ne vaut pas en matière de règle morales (on n'a pas besoin de rebattre la distinction entre for interne et for externe pour le comprendre) : si j'ai une raison morale de ϕ , alors je ne peux suivre cette raison sans être guidée par elle. Mais on peut suivre une règle juridique bien que celle-ci échoue à guider notre action, et accomplir l'action que la règle prescrit sur le fondement d'autres raisons normatives ; si c'est le cas la règle ne peut pas fournir une raison explicative de mon action⁸. En ce sens j'ai bien une raison qui prétend être normative (e.g. je *dois* juridiquement m'abstenir de tuer), et qui prétend guider mon action, mais cette raison n'explique pas nécessairement pourquoi j'agis ainsi ; ce qui explique que j'agisse ainsi est ma *croissance* que j'ai une raison (autre que la règle) d'agir ainsi⁹. De fait si « toute raison normative peut figurer dans l'explication de l'action pour laquelle elle est une raison »¹⁰, il n'est pas nécessaire qu'il en aille ainsi en droit, dès lors que le droit *prétend* seulement fournir des raisons pour l'action¹¹.

En revanche, je ne peux *appliquer* une règle sans être guidé par elle¹². Bien entendu, le simple fait que je croie qu'une règle est une raison pour mon action n'est pas à soi seul une raison pour agir (je peux croire que j'ai une raison de manger des petits enfants, cela n'implique pas que j'aie une raison de manger des petits enfants) ; cependant il est *conceptuellement* nécessaire, pour que la règle soit appliquée, que l'organe chargé de le faire *croie* qu'elle est une raison, et de ce fait elle explique son action. On ne peut pas dire que le juge applique la règle interdisant l'entrée des véhicules dans le parc s'il n'y a pas une telle règle, parce qu'en l'absence d'une telle règle il n'y aurait rien à appliquer – ce qui n'empêche pas que le juge parvienne alors à la même décision sur d'autres fondements. Alors que je peux expliquer le fait que je m'abstienne de tuer mon prochain sans faire référence à la règle juridique qui me l'interdit, on ne peut expliquer que le juge applique la règle sans qu'il soit fait référence à cette dernière, même si naturellement d'autres facteurs explicatifs, *i.e.* non-normatifs, (qui constituent le « contexte de la découverte » de la décision juridictionnelle) entrent naturellement en ligne de compte.

-
- 8 La distinction entre raisons normatives et raisons explicatives est courante en philosophie morale. Voir Smith, 1994, pp. 94-98 ; Dancy, 2000, p. 6 et, pour une nuance, pp. 98-137 ; Scanlon, 1998, pp. 33-55 ; Coleman, 2001, pp. 71-72 ; McCormick, 2005, p. 98-99 ; Raz, 2011, pp. 26-35. Cette distinction se rapproche de celle effectuée, en philosophie du droit (sur une analogie avec la philosophie des sciences) entre contexte de la découverte et contexte de la justification, sur laquelle on reviendra par la suite. Voir Wasserstrom, 1961, pp. 27-31 ; McCormick, 1994, p. 15 ; Alexy, 1989, p. 222 ; Aarnio, 1987, pp. 78-79 ; Lyons, 1985, pp. 162-167 ; Golding, 1984, pp. 295-305.
- 9 Voir Raz, 1999 p. 19. Le fait que je croie que j'ai une raison de ϕ n'est pas une raison de ϕ .
- 10 Raz, 2011, p. 28. C'est ce que Raz appelle le « *normative/explanatory nexus* ».
- 11 Le droit prétend faire une différence pratique. Il n'y réussit pas toujours ; mais le fait qu'il y échoue ne veut pas dire qu'on ne puisse agir en conformité avec lui.
- 12 Voir Hart, 2005, p. 124.

B. Applicabilité conceptuelle et normative

L'applicabilité désigne, comme le suffixe l'indique, la *possibilité* de l'application d'une norme, c'est-à-dire de la dérivation par le juge de la solution normative¹³. Une norme est applicable dès lors que les conditions de son application sont réunies. Cependant cette « possibilité » peut s'entendre en deux sens : en un sens modal aléthique et en un sens déontique. Selon la première acception de l'applicabilité, une norme est applicable lorsqu'il est matériellement ou conceptuellement possible de dériver la solution normative. Selon la seconde acception de l'applicabilité, une norme est applicable lorsqu'il est déontiquement possible (par exemple, il est permis, voire obligatoire) de dériver la solution normative.

Considérons la première acception de l'applicabilité, que l'on va appeler applicabilité conceptuelle. Une solution normative est dérivable selon les modalités prévues par la norme elle-même ; les conditions d'applicabilité conceptuelle des normes dépendent donc du type de norme dont il s'agit. Dans le cas d'une règle juridique, c'est la réalisation de l'antécédent de la norme, c'est-à-dire l'occurrence d'un cas individuel *subsumable* sous le cas générique régulé par la norme, qui conditionne, *i.e.* qui constitue une condition suffisante pour, l'applicabilité conceptuelle de la norme. Qu'en est-il des autres normes ? Une norme individuelle n'est par définition pas applicable, puisque l'expression de la solution normative ne comprend aucune variable (mais une constante) ; un acte administratif individuel peut être *exécuté* (doté d'effectivité factuelle), il ne fait aucun sens de dire qu'il peut être appliqué, du moins selon ce premier sens. Quant aux *principes* – s'ils existent, ce que l'on continue à supposer *arguendo* – la réalisation de leur antécédent, *i.e.* la subsumption éventuelle d'un cas individuel sous un hypothétique cas générique n'est pas la condition suffisante de leur applicabilité. L'applicabilité conceptuelle d'un principe résulte d'une décision prise à la suite d'une pesée normative qui est à chaque fois différente selon le cas considéré¹⁴. En effet, c'est à l'occasion de cas individuels, réels ou hypothétiques, que les principes entrent en conflit et nécessitent une pesée ; mais si la décision d'appliquer le principe est une décision normative, alors l'applicabilité conceptuelle et l'applicabilité normative du principe ne peuvent être distinguées : c'est par une même opération que le juge détermine si le principe s'applique au cas et s'il *doit* l'appliquer.

13 Lorsque dans la suite de cet appendice on parlera de dérivation de la solution normative, il faudra entendre « dérivation d'une instance de la solution normative ».

14 Le résultat de la pesée normative peut éventuellement être généralisé à d'autres cas individuels semblables (au moyen, par exemple, d'un usage strict du précédent), auquel cas on assistera à l'émergence d'une règle, préemptant toute pesée normative ultérieure pour les cas semblables à celui qui a fait l'objet de la pesée initiale. Il demeure que la pesée normative elle-même ne fait sens qu'en égard à un cas individuel, car c'est à l'occasion de cas individuels que les principes entrent en conflit. Cependant, il n'est pas nécessaire que ce cas individuel soit réel. Il peut s'agir d'un cas individuel hypothétique, pris comme paradigme au sein d'une pesée normative non-juridictionnelle, et généralisé à l'issue de la pesée (par exemple lorsque le législateur pèse des principes concurrents pour aboutir à la règle la plus juste).

Il en résulte que la question de l'applicabilité conceptuelle se pose avant tout au sujet des *règles* juridiques, et la réponse à cette question proviendra d'une subsumption effective du cas individuel sous le cas générique. En matière de règles, l'applicabilité conceptuelle suppose la subsumabilité.

Selon la seconde acception d'applicabilité, que l'on appelle « normative », une norme est applicable si l'organe d'application est habilité et/ou a l'obligation d'appliquer la norme. Les normes applicables sont celles que le juge (ou tout autre organe d'application du droit) a l'obligation d'appliquer et/ou est habilité à appliquer. Cette applicabilité normative peut résulter d'une norme du système juridique, que l'on appellera *norme d'applicabilité*, ou, plus largement de *raisons pour l'application* qui peuvent être le cas échéant déterminées par le juge lui-même (dans le cas de principes par exemple). On va ici avant tout se concentrer sur le rôle des normes d'applicabilité.

En droit, si seules les règles conceptuellement applicables peuvent être normativement applicables, toutes les règles applicables conceptuellement à un cas X ne sont pas normativement (en l'espèce juridiquement) applicables. Prenons un exemple, qui fera ressortir le caractère trivial de cette assertion. Soit une règle quelconque prohibant, comme c'est le cas dans certains systèmes juridiques, les relations homosexuelles en privé entre adultes même consenties. Une telle règle est conceptuellement applicable au cas d'un couple de Français homosexuels ; mais il va de soi que cette règle n'est pas normativement (ici, juridiquement) applicable, dans la mesure où une telle règle ne fait pas (ou plus) partie de notre système juridique – en revanche si notre couple se rend en Arabie Saoudite, la règle sera non seulement conceptuellement, mais, hélas, également juridiquement applicable.

Ainsi, lorsqu'on se demande si une règle est applicable, on se pose typiquement deux questions : la première est de savoir si le cas individuel est subsumable sous l'antécédent de la règle ; la seconde de savoir si un juge serait habilité (ou obligé) à appliquer la règle audit cas¹⁵. En ce sens, il est souvent nécessaire, lorsqu'on veut *suivre* une règle juridique, et plus généralement se *conformer* au droit, de se poser la question de l'applicabilité de la règle¹⁶. Cette dernière peut être douteuse, pour des raisons qui tiennent

15 Cela veut dire que l'on se pose la question de l'applicabilité *conceptuelle* des normes d'applicabilité qui elles-mêmes rendent normativement applicables les règles juridiques « substantielles ».

16 On trouve chez certains auteurs l'idée que le sujet de droit est le premier « applicateur » des règles juridiques. Ainsi, Henry Hart et Albert Sacks distinguent *self-application* et *authoritative application*, le premier étant la caractéristique du sujet de droit respectueux des lois, et le second étant le propre des cours et autres organes spécialisés (Hart et Sacks, 1994, pp. 120-122). Cette idée d'auto-application a été reprise récemment par Jeremy Waldron dans divers contextes (voir Waldron, 2011a, p. 126 ; Waldron, 2011b, p. 65 ; Waldron, 2012, pp. 52-57). Selon Waldron, le sujet de droit est le premier applicateur : il applique le droit à lui-même et n'attend pas qu'une sanction officielle (*i.e.* l'*authoritative application* de Hart et Sacks) vienne l'y contraindre – ou le contraindre à réparation ; c'est pour cette raison qu'une règle vague peut néanmoins guider l'action : elle laisse au sujet de droit une marge de décision quant à la conduite à adopter, c'est-à-dire quant à la manière d'auto-appliquer la règle. Cette notion d'auto-application est cependant confuse, car elle ne distingue pas application et applicabilité. D'un côté, elle repose sur l'idée correcte selon laquelle le sujet de droit qui désire suivre la règle est souvent amené à déterminer l'applicabilité de la règle lors de sa délibération ; lorsque la règle est indéterminée, le sujet, qui doit agir, prendra une décision relativement à l'applicabilité de la règle et

soit à l'indétermination de la règle elle-même (problème d'applicabilité conceptuelle), soit d'indétermination des normes d'applicabilité (problème d'applicabilité normative) ; lorsque c'est le cas, alors l'applicabilité de la règle ne peut que faire l'objet d'une *décision* de l'organe d'application lui-même. Il demeure que dans les cas clairs, la détermination de l'applicabilité de la règle par les sujets de droit (aidés de leurs conseils) est souvent¹⁷ une considération préalable à l'action : si je veux conclure un contrat, établir un testament, entrer au capital d'une société ou encore embaucher un salarié à domicile, je dois suivre un certain nombre de règles, dont je dois parfois me demander si elles sont applicables, et, pour le savoir, avoir recours aux conseils d'un expert. Aussi bien la détermination de l'applicabilité des règles (et plus largement des normes) n'est pas la tâche exclusive des organes d'application, même si, en cas de doute, leur décision à ce sujet est la seule qui soit dotée d'autorité.

II. APPLICABILITÉ ET VALIDITÉ

A. Normes valides, normes applicables : deux ensembles non coextensifs

En évoquant le concept d'applicabilité normative, on a supposé qu'il était en quelque sorte identique à celui de validité¹⁸ entendu comme *appartenance*. Si la règle

agira en conséquence. D'un autre côté, la notion de *self-application*, si elle n'est pas redondante, doit être distincte de la simple idée d'obéissance (voir Waldron, 1999b, p. 184) ; elle semble supposer que la règle soit la raison explicative, causale opératoire pour l'action. Que la conformité *in foro interno* à la règle soit conceptuellement distincte de la simple conformité *in foro externo* (qui est la condition minimale d'efficacité du droit, et, par conséquence, d'existence du système juridique) n'implique pas que la première soit une forme d'*application* de la règle. Il semble en effet que selon Hart et Sacks et selon Waldron, la distinction entre auto-application et *authoritative application* tiennent simplement au fait que ce sont deux personnes ou organes différents qui les effectuent et que la deuxième soit définitive (ou terminale), là où la première est essentiellement provisoire. Mais cela manque complètement le fait que les actes en jeu sont différents : l'acte d'auto-application (qui est identique à l'acte de suivre la règle, mais qui est effectué pour d'autres raisons que la simple obéissance) n'est pas identique à l'acte d'application (qui est un acte normatif, ou si l'on veut, un acte créateur de norme). Il est donc trompeur, voire erroné, de parler d'auto-application, même s'il demeure exact que celui qui suit une règle en prenant cette dernière pour raison (motivationnelle) de son action sera nécessairement amené à prendre des décisions (non définitives et provisoires) sur l'*applicabilité* de la règle.

- 17 Souvent, et non toujours, puisque l'on peut suivre une règle sans en avoir conscience (cf. *supra*). De manière schématique, on peut faire la différence entre les règles prescrivant (directement ou obliquement) une abstention ou une omission (comme la majorité des règles de droit pénal) auxquelles on obéit inconsciemment, et celles prescrivant une action positive, pour lesquelles se poser la question de leur applicabilité (« suis-je concerné par cette règle ? ») est un préalable. Mais il s'agit encore d'une dichotomie trop schématique.
- 18 Dans la suite de cet appendice, on emploiera de manière général le terme « validité » au sens de « validité-appartenance » : une norme valide dans le système NS est une norme appartenant à NS. On suit ici assez strictement la définition qu'en donne Hart : « dire qu'une règle est valide, c'est reconnaître qu'elle satisfait à tous les critères fournis par la règle de reconnaissance et qu'elle constitue ainsi une règle du système » (Hart, 2005, p. 122). Lorsque le contexte l'exigera, on emploiera cependant

anti-sodomie d'Arabie Saoudite ne peut s'appliquer à un couple d'homosexuels français, c'est parce que cette règle n'appartient au système juridique français ; de même si une règle de droit prohibant le meurtre, telle qu'on en trouve *e.g.* en droit allemand, est applicable en France c'est parce que le système juridique français comprend une telle règle : bien que la règle allemande et la règle française soient identiques, lorsqu'un juge condamne un meurtrier, on ne dit pas qu'il applique une règle de droit allemande. Il semble donc qu'une règle soit (normativement) applicable si et seulement si elle est une règle valide du système juridique, c'est-à-dire une règle qui appartient au système juridique selon les critères formels (les sources) d'identification propres au système en question.

Une telle présentation des choses implique toutefois une simplification regrettable des choses. En effet, non seulement toutes les règles valides ne sont pas (normativement) applicables, mais toutes les règles normativement applicables ne sont pas généralement des règles valides du système juridique. Pour le dire autrement, la validité n'est pas une condition suffisante de l'applicabilité ; elle n'en est pas davantage une condition nécessaire.

On peut commencer par montrer que la validité n'est pas une condition suffisante de l'applicabilité des normes. De nombreuses normes valides, appartenant pleinement au système juridique, sont inapplicables. Ainsi en cas de *vacatio legis*, une norme adoptée en t_1 ne devient applicable qu'en t_2 : par exemple, le nouveau Code pénal français, qui résulte de plusieurs lois promulguées le 22 juillet 1992 est devenu applicable à compter du 1^{er} mars 1994. Dans de tel cas, on dit, improprement, que la norme « entre en vigueur » en t_2 , mais il est évident que la norme est une norme valide du système juridique dès t_1 pour la simple raison que c'est une règle qui peut être abrogée ou modifiée (par son auteur) dès t_1 ¹⁹.

D'autre part, en reprenant, et modifiant quelque peu, une distinction effectuée par Alf Ross, on peut remarquer que la validité s'entend à la fois comme appartenance et comme conformité²⁰. Dans le premier sens, dire d'une norme qu'elle est valide est dire qu'elle est en vigueur dans le système ; dans le second sens, une norme (ou plus généralement, un acte juridique) est valide si elle est conforme²¹ à une norme supé-

« validité-appartenance » pour la distinguer d'autres acceptions de « validité » (en particulier la *conformité*, et la *force normative*).

19 Voir là-dessus Bulygin, 1982b, p. 67 ; Bulygin, « Tiempo y Validez » in Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 200 ; Moreso et Navarro, 1998, p. 286 ; Moreso, 1998, p. 102 ; Navarro, Orunesu, Rodriguez et Sucar, 2001, p. 137 ; Navarro, Orunesu, Rodriguez et Sucar, 2004, p. 349 *sq.*

20 Ross, 2004, p. 160. On trouve une distinction très proche dans Rodriguez et Vicente, 2009, pp. 188-189.

21 Cette conformité peut être « dynamique » ou « statique » au sens kelsénien (voir Kelsen, 1962a, pp. 258-261). Il est vrai cependant que l'idée de validité « dynamique » est de nature à prêter à confusion, puisqu'elle recouvre en réalité les deux concepts de validité que l'on cherche à distinguer. En effet, elle fournit à la fois des critères de validité-appartenance (la norme fondamentale fait de la Constitution et des normes qui en dérivent dynamiquement des sources de droit) et des critères de validité-conformité (des règles de compétence, qui, si elles ne sont pas respectées rendent l'acte invalide) : ainsi Kelsen écrit : « L'appartenance d'une norme à tel ou tel ordre [normatif] a sa source

rieure dans la hiérarchie des normes. Dans la plupart des cas, les normes valides le sont aux deux sens du terme (soit que la norme ait été déclarée conforme, soit qu'elle n'ait fait l'objet d'aucun contrôle de conformité) ; mais il peut arriver qu'une norme en vigueur, dûment identifiée par la source indiquée dans la règle de reconnaissance, soit non conforme à une norme supérieure et « invalide » en ce sens, mais continue d'appartenir au système juridique considéré. Dans certains de ces cas, la déclaration d'invalidité (de non-conformité) entraîne l'inapplicabilité, qui ne peut pas découler de la non-appartenance au système juridique (puisque par hypothèse, ces règles sont toujours en vigueur). Ainsi, un petit nombre d'États américains ont encore des lois anti-sodomie ; elles appartiennent bien au système juridique de ces États, même si, après la décision *Lawrence v. Texas*²² de la Cour suprême, elles ne sont plus²³ conformes à la Constitution américaine. En ce sens, elles demeurent valides, mais sont inapplicables. Un système juridique peut contenir des normes *ad hoc* visant à prévenir une telle situation (en privant de validité-appartenance, y compris rétroactivement, toute loi non conforme à la Constitution, qui, à l'instar d'une clause contractuelle, est alors réputée non écrite) ; mais il n'y a là nulle nécessité conceptuelle.

On pourrait en déduire que l'applicabilité ne se confond pas avec la validité-appartenance, mais découle de la validité-conformité : toute norme déclarée non conforme cesserait d'être applicable. Or il n'en va pas ainsi. Dans certains cas, non seulement la déclaration de non-conformité n'empêche pas que la norme soit maintenue

dans le fait que le fondement ultime de sa validité est la norme fondamentale de cet ordre » (Kelsen, 1962a, p. 257), thèse qui découle de l'idée selon laquelle « la validité est le mode d'existence spécifique des normes » (Kelsen, 1962a, p. 13). Si une norme invalide n'existe pas, alors on comprend mal que Kelsen souscrive à l'idée correcte et juste selon laquelle il n'y a pas de nullité sans annulation (Kelsen, 1962a, pp. 367-369), en particulier lorsque l'acte est nul pour des raisons « dynamiques ». La tension ne peut être levée que si on distingue entre appartenance (ou « existence ») et conformité, ce que Kelsen ne fait pas explicitement. La norme fondamentale fait de la Constitution une source de droit (qui, par la suite, détaille et hiérarchise les autres sources), de telle sorte que, par exemple, une norme qui n'est pas votée par le Parlement n'est pas une loi valide du système (là où toute norme votée par le Parlement et promulguée au Journal Officiel est une loi). Mais elle prescrit également des critères de conformité statique (par exemple le Préambule de la Constitution de 1946) ou dynamique (par exemple l'article 34 de la Constitution). Par conséquent, tout norme votée par le Parlement et promulguée au Journal Officiel est valide, appartient bien au système juridique – même si elle peut faire l'objet d'une décision de non-conformité à la Constitution. Le modèle kelsénien de contrôle de conformité *ex ante* (ou tout au moins de stricte prescription de l'action en inconstitutionnalité *ex post*, voir Kelsen, 1928, p. 242) permet d'éviter des hiatus trop considérables entre conformité et validité, même s'il est peu aisément transposable aux normes de rang inférieur (on envisage mal un contrôle *ex ante* de légalité des actes de l'administration).

22 539 U.S. 558 (2003).

23 Il faut noter qu'elles étaient bien conformes à la Constitution *avant* la décision *Lawrence*, puisque cette dernière a renversé une décision précédente – *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. (1986) – qui avait déclaré ce type de législation *conforme* à la Constitution. Une des raisons pour lesquelles il convient très soigneusement de distinguer la validité-appartenance de la conformité est que l'appartenance est déterminable par la considération des *sources*, alors que la conformité ou non d'une règle à une règle supérieure dépend souvent d'une décision discrétionnaire de l'organe chargé de sa détermination (en raison, par exemple, du caractère vague, imprécis, ambigu de la Constitution, et ainsi de suite). – Certes, l'organe peut par ailleurs avoir le pouvoir d'abroger une règle, *i.e.* de la priver d'appartenance au système – c'est le cas du Conseil constitutionnel français –, mais il n'y a là nulle nécessité.

en vigueur, mais elle n'empêche pas que la norme soit toujours applicable. Une norme déclarée non conforme par une juridiction dotée d'un double pouvoir de contrôle de validité et d'annulation des normes invalides²⁴ peut, sur stipulation de cette juridiction, demeurer en vigueur le temps que législateur la modifie pour la rendre conforme, et, bien davantage, demeurer applicable, l'invalidité ne prenant effet qu'après expiration du délai²⁵ : dans la période de temps qui sépare la déclaration de non-conformité de la date d'expiration du délai, la norme frappée d'invalidité demeure applicable.

Par conséquent, l'applicabilité n'est nécessairement supposée ni par la validité-appartenance, ni par la validité-conformité ; et le jeu entre les deux types de validité peut entraîner un décalage entre validité et applicabilité. Une norme déclarée non conforme peut demeurer en vigueur (*i.e.* valide), et, cependant, être privée d'applicabilité ; une norme déclarée non conforme peut demeurer en vigueur, et conserver son applicabilité, en dépit de son invalidité (*i.e.* de sa non-conformité). Pour toutes ces raisons, la validité, prise comme appartenance ou comme conformité²⁶, ne peut être une condition suffisante de l'applicabilité normative.

Elle n'en est pas davantage une condition nécessaire²⁷. Joseph Raz a fait remarquer que les cours étaient parfois tenues d'appliquer des normes n'appartenant pas au système juridique dont elles sont des organes d'application²⁸ : ainsi, en droit international privé, les règles de conflit de lois (et d'ailleurs également de conflit de juridictions) obligent²⁹ souvent les juges à appliquer des normes juridiques étrangères à leur propre système juridique. Cette norme n'en est pour autant pas incorporée au sein du système juridique considéré³⁰. Ce constat amène Raz à distinguer entre appartenance

24 Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité a le pouvoir d'*abroger* la disposition législative déclarée non-conforme (art. 62 al. 2 de la Constitution). Il va de soi que le Conseil saisi d'un recours au titre de l'article 61 al. 2, c'est-à-dire contrôlant *ex ante* la conformité à la Constitution d'une loi avant sa promulgation, n'a pas le pouvoir d'abroger une telle loi qui, par hypothèse, ne fait pas encore partie du système juridique. On parle alors d'annulation, même si l'emploi de ce vocable est quelque peu impropre.

25 C'est le principe de modulation dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité (voir par exemple les fameuses décisions du Conseil constitutionnel CC, 28 mai 2010, déc. n° 2010-1 QPC, *Cristallisation des pensions*, et CC, 30 juillet 2010, déc. n° 2010-14/33 QPC, *Garde à vue*) inspiré d'un principe identique du droit administratif (célèbre arrêt CE Ass., 11 mai 2014, *AC ! et autres*).

26 On se penchera ci-après surtout sur les questions de validité-appartenance.

27 Par contraste, Frederick Schauer écrit : « La validité, elle-même fonction d'autres règles, est une condition nécessaire de l'applicabilité » (Schauer, 1991b, p. 119). Cela suppose qu'une loi *e.g.* américaine ne peut être applicable à des cas dont l'occurrence intervient *e.g.* en France, ce qui est empiriquement faux.

28 Raz, 1980, pp. 196-197 ; Raz, 2009a, p. 149.

29 Sauf en cas d'exception d'ordre public, naturellement.

30 John Gardner a insisté sur l'existence de « sources permissives », c'est-à-dire de normes qui, tout en n'étant pas partie du système juridique, *peuvent* être appliquées à l'occasion d'un cas donné (par exemple, lorsqu'un juge fait directement référence à un point de doctrine, ou qu'il cite une décision d'une cour étrangère). Voir Gardner, 1988, p. 458. Bien que ces cas soient différents de l'exemple du conflit de lois évoqué ci-dessus, le principe est néanmoins le même : la norme N n'appartenant pas au système S est néanmoins *normativement* applicable au cas, quelle que soit la modalité déontique dont cette applicabilité est revêtue.

et validité, ce par quoi il entend, on l'a vu dans la première partie, force normative³¹. Selon Raz, les normes appartenant à un système juridique S donné sont toutes des normes valides de S, mais il existe des « normes valides selon S » qui n'appartiennent cependant pas à S (par exemple les normes étrangères applicables en cas de conflit de lois). En ce sens la validité est, selon Raz, plus large que l'appartenance. Or il est certain que les normes qui appartiennent à S sont des normes valides de S, mais les normes éventuellement applicables qui n'appartiennent pas à S ne sont pas des normes valides de S, ce pourquoi Raz indique qu'elles sont « valides selon S ».

Par valide, Raz entend donc quelque chose de très proche de ce qu'on a appelé applicabilité normative. On a vu plus haut que Raz partage avec Kelsen l'idée que par valide, il faut entendre « doté de force obligatoire » (*binding*) : une règle juridiquement valide est une règle dotée de force obligatoire selon un certain système juridique³². Cela occasionne une certaine confusion conceptuelle³³ : en effet, il résulte de cette définition que l'appartenance est une condition suffisante pour qu'une norme soit « valide », au sens de Raz, et la « validité », la force obligatoire de la norme est une condition nécessaire de l'appartenance. Selon Raz, en effet, la « validité » implique l'appartenance, mais est « plus large » que l'appartenance³⁴ ; il en résulte qu'à la fois la « validité » (au sens de Raz) et l'appartenance sont conceptuellement distincts, mais que l'une est un élément de définition de l'autre³⁵.

Si on interprète la « validité » razienne comme applicabilité, et que l'on emploie « appartenance » pour désigner ce que jusqu'ici on a appelé « validité » (ou « validité-appartenance »), alors la thèse de Raz peut être reformulée ainsi : les normes appartenant à un système juridique S sont toutes des normes applicables (*i.e. binding*) dans S, mais il existe des normes applicables dans S qui n'appartiennent cependant pas à S. Or si la deuxième partie de cette proposition est exacte, en ce qu'elle signifie que la validité-appartenance n'est pas une condition nécessaire de l'applicabilité, il demeure que la première branche est fautive, puisqu'elle signifie que la validité (l'appartenance) est une condition suffisante de l'applicabilité³⁶.

31 Voir par exemple Raz, 2009a, p. 149 qui fait équivaloir valide et *binding* (doté de force obligatoire).

32 Si, d'autre part, on fait équivaloir, comme le fait Raz, le fait pour une norme d'appartenir au système juridique et le fait pour les juges d'être tenus d'appliquer la norme, alors il apparaît que les normes appartenant au système juridique sont une sous-classe des normes dotées de force obligatoire pour les juges, autrement dit les normes valides (au sens retenu jusqu'ici, et non au sens de Raz, à savoir les normes appartenant au système) sont une sous classe des normes applicables. Raz fait ainsi parfois de l'applicabilité un élément de définition (*i.e.* une condition nécessaire) de l'appartenance. Selon Raz, un système juridique « momentané » (*i.e.* le stock des normes juridiques disponibles à un moment *t*) « se compose uniquement des règles qu'un certain système de cours doit appliquer » (Raz, 1980, p. 211 ; voir aussi Raz, 1980, pp. 190-192 ; Raz, 1999, p. 138).

33 A cette première confusion conceptuelle s'ajoute celle qui consiste à fondre appartenance et conformité en un seul concept (voir Raz, 2009a, p. 146).

34 Raz, 2009a, p. 149 : « *validity is broader than membership* ».

35 A cette première confusion conceptuelle s'ajoute celle qui consiste à fondre appartenance et conformité en un seul concept (voir Raz, 2009a, p. 146).

36 La critique que l'on adresse à Raz (à savoir la confusion du valide et du *binding*) n'est pas identique à la critique classique effectuée par Ross à l'endroit de Kelsen (Ross, 2004, pp. 161-163). Selon Ross,

B. Applicabilité « interne » et « externe » : une critique

José Juan Moreso et Pablo Navarro ont, tantôt conjointement³⁷, tantôt séparément³⁸, fourni des outils conceptuels à même de formaliser de manière plus rigoureuse les liens entre applicabilité et validité. Leur point de départ est un article d'Eugenio Bulygin³⁹ qui introduit dans la littérature la distinction conceptuelle entre appartenance et applicabilité. Suivant une dichotomie déjà proposée par Raz⁴⁰, Bulygin commence par distinguer « système juridique » et « ordre juridique »⁴¹. Le système juridique (ce que Raz appelle système juridique momentané) est l'ensemble des normes valides (selon des critères d'appartenance) à un moment *t*. Lorsqu'une norme est abrogée, on passe d'un système juridique *S*₁ à un système *S*₂. L'ordre juridique (dans la terminologie de Raz, système juridique non-momentané) se définit comme la séquence cohérente de plusieurs systèmes juridiques. Cet ordre juridique est doté d'une identité propre (qui

l'idée de force obligatoire de la norme juridique traduit une confusion entre ce qu'il est obligatoire de faire selon la norme (payer ses impôts, s'abstenir de tuer, voler, etc.) et l'idée d'obligation d'obéissance à la norme : le « devoir d'obéir au droit ne peut signifier un devoir juridique », mais un devoir moral (Ross, 2004, p. 155). On ne discutera pas ici du bien-fondé de cette critique (pour une défense vigoureuse de Kelsen, voir Troper, 2001, pp. 22-30) ; on souligne simplement qu'elle est inopérante en matière d'application du droit (pour autant qu'elle diffère de l'obéissance au droit). En effet, l'obligation (et/ou l'habilitation) des juges à appliquer le droit *fait l'objet* de normes juridiques – que l'on peut appeler normes secondaires ; que l'obligation des juges d'obéir à ces *normes secondaires* (distincte de l'obligation juridique d'appliquer les normes juridiques primaires, obligation qui découle de l'existence de ces normes secondaires) soit morale ou non, à supposer qu'elle existe, n'importe pas ici, puisque l'obligation d'appliquer le droit (et non l'obligation d'obéir à la norme qui y oblige) est l'analogue de l'obligation que le citoyen a, selon le droit, de *e.g.* payer ses impôts – Ross reconnaît lui-même que nous avons l'obligation juridique de payer nos impôts indépendamment de toute obligation (morale ou autre) d'obéir au droit. – La critique que l'on adresse à Raz ici est donc autre : elle porte uniquement sur le fait que Raz fasse des normes appartenant au système une sous-classe des normes applicables par les juges.

37 Navarro et Moreso, 1997 ; Moreso et Navarro, 1998.

38 Moreso, 1998, pp. 101-115 ; Navarro, 2001, pp. 258-273 ; Navarro, Orunesu, Rodriguez et Sucar, 2001 ; Navarro, Orunesu, Rodriguez et Sucar, 2004. Pour un commentaire, voir Bayón, 2003a, p. 35.

39 Bulygin, 1982b ; Bulygin, « Tiempo y validez » in Alchourrón et Bulygin, 1991. Voir pour un commentaire, Gascon Abellan, 1994, p. 487 *sq.* et Grabowski, 2013, p. 256 *sq.*

40 Raz, 1980, p. 187 *sq.*

41 Cette distinction a été formulée par Alchourrón et Bulygin, 1976, p. 8 – il est très curieux de voir Michel Troper écrire que « chez la plupart des auteurs, Kelsen, Raz, Alchourrón et Bulygin, les deux expressions “système juridique” et “ordre juridique” sont synonymes » (Troper, 1986, p. 30). En dépit de différences importantes, la distinction faite par Alchourrón et Bulygin est très proche de celle de Raz – Alchourrón et Bulygin adoptent d'ailleurs parfois la terminologie de Raz (Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 89). Sur les différences entre la dichotomie de Raz et celle de Bulygin, voir Bulygin, « Tiempo y validez » in Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 197 ; Moreso et Navarro, 1998, p. 277 ; Moreso, 1998, p. 103-105. En particulier Moreso et Navarro soulignent que chez Raz les systèmes momentanés sont *inclus* dans les systèmes non-momentanés : comme l'inclusion est transitive, les normes qui appartiennent à un système momentané appartiennent de ce fait à un système non-momentané ; en revanche, chez Bulygin ainsi que chez Navarro et Moreso, les systèmes juridiques ne sont pas *inclus* dans, mais *appartiennent* à, l'ordre juridique. La relation d'appartenance étant non-transitive, les normes appartenant aux systèmes juridiques n'appartiennent pas à l'ordre juridique ; seuls des systèmes juridiques appartiennent à l'ordre juridique. Ce point, qui est très important pour l'identification des ordres juridiques, est néanmoins secondaire ici.

s'identifie, par exemple, mais non exclusivement, à une forme de continuité constitutionnelle⁴²). Une même norme peut appartenir à plusieurs systèmes juridiques consécutifs ou non, l'important est que, par définition, deux systèmes juridiques consécutifs ne peuvent être identiques (contenir exactement les mêmes normes). Une norme N appartenant à S_1 puis abrogée n'appartient pas à S_2 (par définition) ; or il se peut que N demeure applicable en même temps que les normes de S_2 , au moins pour un certain temps. Par conséquent, si on appelle temps externe la période dans laquelle une norme appartient à un système juridique et temps interne la période dans laquelle la norme demeure applicable dans l'ordre juridique, on doit remarquer que le temps externe et le temps interne d'une norme ne coïncident pas nécessairement. « La conjonction des normes applicables à un cas peut être et est fréquemment, une *sélection* à partir des différents systèmes qui correspondent à des moments différents du temps externe d'un ordre juridique⁴³ » (voire, comme l'exemple du conflit de lois le montre à des systèmes juridiques appartenant à d'autres ordres juridiques). Par conséquent, l'applicabilité est conceptuellement distincte de l'appartenance, à ceci près que l'applicabilité suppose que la norme applicable appartienne, ait appartenu ou appartiendra à un système normatif présent, passé ou futur d'un ordre juridique donné. Evidemment, cette sélection dont parle Bulygin n'est pas arbitraire⁴⁴ ; généralement, les normes appartenant aux systèmes en vigueur sont également celles qui sont sélectionnées par les critères d'applicabilité ; mais l'ensemble des normes en vigueur et l'ensemble des normes applicables ne sont pas nécessairement coextensifs, comme le montre le possible décalage entre temps interne et temps externe.

Moreso et Navarro, tout en maintenant la distinction entre appartenance et applicabilité, modifient considérablement l'appareil conceptuel de Bulygin⁴⁵. Ils distinguent l'applicabilité externe de l'applicabilité interne. La première est identique au concept bulyginien d'applicabilité : une norme N_1 est extérieurement applicable à un cas c instance du cas générique C si et seulement si une norme N_2 prescrit (rend

42 Ce qui ne veut pas dire que tout changement de Constitution entraîne un passage d'un ordre juridique à un autre. On pourrait se demander si 1958 (ou 1962) a marqué le remplacement d'un ordre juridique par un autre en France. De manière générale, l'identification et la différenciation des ordres juridiques (ou systèmes juridiques non-momentanés) constituent un point aveugle de la théorie du droit, et aucun critère précis n'a été offert, celui de la continuité constitutionnelle étant clairement défectueux. Raz écrit ainsi que « l'identité des systèmes juridiques [non-momentanés] dépend de l'identité des formes sociales auxquelles ils appartiennent » (Raz, 1980, p. 189), ce qui n'avance pas tellement le lecteur. Voir pour un examen critique du problème de la continuité des ordres juridiques, Finnis, 1973, p. 65 *sq.* : Finnis soutient que la question de l'identité des ordres juridiques ne peut pas être résolue en tant que telle et appelle davantage une délibération morale portant sur la question de savoir « où se situe notre allégeance et notre devoir » (Finnis, 1973, p. 75).

43 Bulygin, « *Tiempo y validez* » in Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 211.

44 Bulygin parle de « privilège » accordé aux normes appartenant au système en vigueur (Bulygin, « *Tiempo y validez* » in Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 200).

45 Selon Jorge Luis Rodriguez et Daniel Vicente, cette modification met au jour une ambiguïté dans la notion bulyginienne d'applicabilité, qui recouvre en apparence à la fois ce que Moreso et Navarro appellent l'applicabilité externe et ce qu'ils appellent l'applicabilité interne (Rodriguez et Vicente, 2009, p. 190). En réalité, le concept bulyginien d'applicabilité n'est pas ambigu ; il recouvre uniquement ce que l'on a appelé ici applicabilité normative.

obligatoire ou habilité) l'application de N_1 à tous les cas qui sont des instances de C^{46} . Et, de même que chez Bulygin, l'applicabilité externe est distincte de l'appartenance au système juridique auquel N_1 appartient⁴⁷. L'applicabilité interne, par contraste s'entend de la manière suivante : une norme N_1 est intérieurement applicable à un cas individuel c si et seulement si c est une instance du cas générique C et si C est défini par les sphères de validité (spatiale, temporelle, matérielle et personnelle) de N_1 ⁴⁸. Pour qu'une norme soit intérieurement applicable, il ne suffit pas qu'elle soit conceptuellement applicable, *i.e.* que le cas individuel c soit une instance du cas générique C , sinon une norme d'Arabie Saoudite serait intérieurement applicable en France⁴⁹ : il faut aussi supposer qu'elles sont applicables sur un certain espace donné, dans une certaine période de temps, pour certaines personnes, etc. (ce que les auteurs, suivant Kelsen⁵⁰, appellent des sphères de validité). Une norme est intérieurement applicable dans un système juridique donné si et seulement si les cas auxquels la norme s'applique interviennent sur un certain territoire, dans une certaine période, etc. Les sphères de validité sont donc des propriétés des cas génériques régulés par les normes⁵¹. La différence entre applicabilité interne et externe peut donc être formulée ainsi : « L'applicabilité interne fournit une réponse à la question : c est-il régulé par N ? Par contraste, quand N est extérieurement applicable à c , cela répond à une autre question, celle de savoir si les juges doivent appliquer N à un certain cas individuel »⁵². Il faut noter que l'applicabilité interne de N_1 n'est pas une condition de l'applicabilité externe de cette même norme N_1 , puisque les juges doivent parfois appliquer des normes à des cas qui ne sont pas dans la sphère de validité spatiale de cette norme. En revanche, l'applicabilité interne de N_2 qui prescrit d'appliquer N_1 est une condition nécessaire de l'applicabilité externe de N_1 .

Des critiques peuvent néanmoins être adressées à cette construction théorique, et en particulier à la notion d'applicabilité interne⁵³. Problématique, en effet, est l'idée de sphère de validité, y compris dans son acception kelsénienne. Comme Moreso et Navarro le reconnaissent eux-mêmes⁵⁴, faire des sphères de validité des propriétés des cas pose un immense problème d'individuation des normes : toute norme proprement individualisée devrait mentionner, en plus des propriétés pertinentes qui permettent de distinguer un cas générique C_1 (par exemple le fait pour x de tuer y volontairement)

46 Voir Navarro et Moreso, 1997, p. 203.

47 Moreso et Navarro, 1998, p. 286.

48 Navarro et Moreso, 1997, p. 206.

49 Voir là-dessus Navarro, Orunesu, Rodriguez, Sucar, 2004, p. 338.

50 Kelsen parle de *Geltungsbereich* (Kelsen, 1983, p. 9), que Ch. Eisenmann traduit par « domaine de validité » (Kelsen, 1962a, p. 13).

51 Sur ce point, Navarro et Moreso sont strictement kelséniens : « Le domaine de validité des normes est un élément de leur contenu » (Kelsen, 1962a, p. 17). Cependant Kelsen emploie parfois l'expression « domaine de validité » comme se rapportant aux ordres juridiques eux-mêmes (voir Kelsen, 1962a, p. 381).

52 Navarro et Moreso, 1997, p. 209.

53 Une critique différente de celle effectuée ici a été formulée par Paolo Comanducci du point de vue d'une théorie réaliste de l'interprétation ; voir Comanducci, 2010, p. 128 *sq.*

54 Navarro et Moreso, 1997, pp. 207-208.

d'un cas générique C_2 (le fait pour x de tuer y involontairement) des propriétés identiques : si x tue y volontairement, et s'il le fait en France, et s'il le fait durant une certaine période, et si... etc., alors telle conséquence normative. C'est évidemment très impraticable.

De plus, il y a des raisons de douter que, même à supposer que les problèmes d'individuation soient réglés, les sphères de validité puissent être décrites comme des propriétés de cas. En réalité, ce que l'on appelle les « sphères de validité » (tout au moins les sphères de validité spatiale et temporelle⁵⁵) naissent de l'intersection entre des *propriétés des systèmes juridiques* auxquelles les normes appartiennent, et l'applicabilité externe de celles-ci, comme on va tenter de le montrer.

Commençons par la sphère de validité temporelle⁵⁶. On a vu que les systèmes juridiques au sens de Bulygin (ou, si l'on veut, les systèmes momentanés de Raz) sont différenciés temporellement. Par conséquent, une norme valide dans un système NS_1 existant de t_i à t_j a vocation à être extérieurement ou normativement⁵⁷ applicable entre t_i et t_j – et si elle continue d'appartenir au système NS_2 existant de t_j à t_k elle aura vocation à être extérieurement applicable entre t_j et t_k et ainsi de suite. Par l'expression imprécise « a vocation à » on entend indiquer que, bien que les concepts d'applicabilité normative et de validité-appartenance soient conceptuellement distincts, l'introduction de normes dans un système juridique se fait généralement dans l'espoir qu'elles seront applicables un jour⁵⁸ ! On peut donc dire qu'une norme appartenant à NS_1 est *prima facie* normativement applicable dans NS_1 , même si ce lien entre appartenance et applicabilité n'est pas conceptuel ou logique (il résulte davantage d'un réquisit de rationalité pratique).

Par conséquent les normes appartenant à NS_1 font généralement l'objet d'une norme d'applicabilité indiquant qu'elles doivent être appliquées à l'ensemble des cas survenus entre t_i et t_j . Bien entendu, les cas de *vacatio legis* montrent que d'autres normes d'applicabilité peuvent restreindre l'applicabilité normative de ces normes à des cas survenus à partir de t_{i+1} , et d'autres normes d'applicabilité pourront rétablir l'applicabilité dès t_j , par exemple lorsque la nouvelle norme pénale est plus douce que la précédente. De même une norme d'applicabilité supplémentaire pourra rendre les

55 L'argument présenté ici vaut surtout pour les sphères de validité spatiale et temporelle. La sphère de validité matérielle est évidemment une propriété des cas. On laisse de côté le problème de la sphère de validité personnelle qui présente des difficultés supplémentaires. Il semble en effet raisonnable d'envisager la sphère de validité personnelle comme une propriété de cas, ce qui met en danger la notion d'applicabilité conceptuelle. Il me semble cependant que l'on peut reformuler la sphère de validité personnelle comme une propriété de normes d'applicabilité, même si la place manque pour effectuer une démonstration complète.

56 Afin de lever un possible malentendu, précisons que la « sphère de validité temporelle » des cas ne dénote pas la totalité des paramètres temporels du cas (par exemple : « le tapage nocturne est interdit » ; « il est interdit de stationner le dimanche »), mais uniquement la *période continue* durant laquelle la totalité des cas régulés par la règle interviennent.

57 Comme on l'a vu l'applicabilité externe de Navarro et Moreso correspond à ce qu'on a appelé applicabilité normative.

58 On insistera sur ce point plus bas lorsqu'on évoquera la fonction duale de la règle de reconnaissance.

normes introduites dans NS_1 applicables en t_{i-1} : on aura alors une applicabilité rétroactive de ces norme.

Ce qu'on appelle « sphère de validité temporelle » des cas ne correspond donc pas intégralement à la durée de l'existence d'un système normatif, mais elle lui correspond *prima facie* ; à cette correspondance *prima facie* d'autres normes d'applicabilité peuvent venir déroger soit en cas de *vacatio legis*, soit en cas de rétroactivité. La « sphère de validité temporelle » des cas résulte donc de leur appartenance à un système normatif doté d'un certain paramètre temporel (qui est sa durée d'existence – étant entendu, ce que personne ne conteste, qu'une norme non abrogée est tacitement reconduite d'un système normatif sur l'autre) et de la présence éventuelle de normes d'applicabilité supplémentaire venant placer le début de la période d'occurrence du cas pertinente pour l'applicabilité de la norme avant ou après le début de l'existence du système juridique auquel la norme appartient.

La même analyse vaut pour la « sphère de validité spatiale » des cas⁵⁹. Pour le montrer on doit supposer que les systèmes juridiques ne sont pas seulement différenciés *temporellement* (i.e. se succèdent dans le temps au gré des promulgations et des abrogations), mais également dans l'espace. Les systèmes juridiques sont déterminés par des paramètres spatiaux et non seulement temporels. De même qu'une norme non promulguée ou abrogée n'appartient pas, ou plus, à un système juridique du point de vue de son paramètre temporel, une norme promulguée en dehors de France n'appartient pas davantage au système juridique français. Chaque système juridique a donc à la fois des paramètres temporels, qui définissent la durée d'existence du système, et des paramètres spatiaux, qui définissent la portion de territoire sur lequel existe le système juridique. La détermination plus précise de ces paramètres spatiaux est relativement difficile dans la mesure où ils sont d'une grande diversité selon l'échelon territorial où l'on se place. Le cas paradigmatique d'un système juridique national (le système juridique français, italien, allemand...) peut être défini au moyen de la considération de règles de droit international, par exemple des traités qui déterminent les frontières de l'Etat. – Il faut noter qu'un système juridique pourra changer du point de vue temporel et demeurer le même du point de vue spatial, ce qui se passe le plus souvent. L'inverse, quoique plus rare, est également possible.

Plus encore que pour le paramètre temporel, une norme appartenant à un système normatif considéré *du point de vue spatial* « aura vocation à » s'appliquer sur l'ensemble du territoire, c'est-à-dire qu'elle sera *prima facie* normativement applicable aux cas dont l'occurrence spatiale correspond au paramètre spatial du système normatif auxquels la norme appartient. Le fait qu'un meurtre soit commis sur le territoire français entraîne *prima facie* l'applicabilité normative de l'article 221-1 du Code pénal. Cependant, de même que pour la « sphère de validité temporelle », des normes

59 Précisons ici encore que tout paramètre spatial d'un cas n'est pas nécessairement constitutif de sa « sphère de validité spatiale », mais peut constituer une propriété « classique » du cas en question. Par exemple dans « il est interdit de tourner à droite », le paramètre spatial du cas (« à droite ») en est une propriété. Mais ce n'est pas ce que l'on entend par sphère de validité spatiale des cas.

d'applicabilité supplémentaires peuvent venir rendre les normes applicables à des faits survenus en dehors du système juridique considéré d'un point de vue spatial (lorsqu'un Français ayant commis un meurtre à l'étranger est jugé en France, par exemple) – c'est l'équivalent spatial de la rétroactivité. De même elles peuvent soustraire certaines portions du territoire⁶⁰ à l'applicabilité normative de certaines normes : la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat fait partie du système juridique français, mais elle n'est pas applicable sur certaines portions du territoire – c'est l'équivalent spatial de la *vacatio legis*.

Les systèmes juridiques sont donc non seulement différenciés dans le temps (comme le soutient à juste titre Bulygin), mais également dans l'espace. Cependant, alors que les systèmes juridiques se succèdent dans le temps, ils sont juxtaposés ou superposés dans l'espace⁶¹. Les pseudo-sphères de validité spatiale et temporelle des cas

60 De même les dispositions des Codes applicables uniquement à Mayotte ou à Wallis et Futuna sont des normes appartenant au système juridique français, mais dont la quasi-totalité du territoire est soustraite à l'applicabilité normative.

61 La juxtaposition, équivalent spatial de la succession dans le temps, ne pose aucun problème : le système juridique français « est juxtaposé » avec le système juridique allemand. En revanche il n'en va pas de même de la superposition qui affecte des systèmes juridiques subordonnés les uns aux autres. Il y a en effet deux manières de considérer, dans l'explication qui est la nôtre de la « sphère de validité spatiale » des cas, un arrêté municipal pris par le maire de Morsang-sur-Orge (par exemple). Selon la première manière, l'arrêté municipal appartient au système juridique français, mais n'est applicable que sur la portion de territoire « Morsang-sur-Orge ». De ce point de vue, cet arrêté municipal a les mêmes caractéristiques qu'un arrêté préfectoral pris par le préfet de l'Essonne relatif à la seule commune de Morsang-sur-Orge, voire même qu'un décret applicable à cette seule commune (par exemple un décret en conseil des ministres déclarant l'état d'urgence sur le territoire de cette commune suite aux émeutes fomentées par des personnes de petite taille en mal d'emploi), la seule différence entre les trois actes étant leur degré dans la hiérarchie des normes. Selon une seconde explication – qui demanderait un développement beaucoup plus conséquent et que l'on ne peut qu'esquisser ici – l'arrêté municipal appartient au système juridique de Morsang-sur-Orge, l'arrêté préfectoral au système juridique de l'Essonne et le décret appartient au système juridique français, tous trois n'étant extérieurement applicables qu'aux cas survenant dans les limites territoriales de Morsang-sur-Orge. Dans les cas du système juridique de la commune, les normes qui y sont valides « ont vocation à » y être extérieurement applicables. Evidemment, on ne peut placer ces systèmes juridiques sur un pied d'égalité (contrairement aux systèmes juridiques envisagés du point de vue temporel). Une hiérarchie de systèmes juridiques *spatialement considérés* suppose non seulement une hiérarchie des normes, mais un lien de subordination entre les systèmes juridiques eux-mêmes. La hiérarchisation spatiale des systèmes juridiques est fonction des normes de compétence habilitant les autorités normatives du système considéré. Un système juridique S_1 (spatialement considéré) est subordonné à un autre système S_2 si au moins une des normes d'habilitation relatives aux autorités normatives de S_1 appartient à S_2 ; un système juridique S_1 (spatialement considéré) est strictement subordonné à un autre système S_2 si *toutes* les normes d'habilitation relatives aux autorités normatives de S_1 appartiennent à S_2 . En droit français par exemple, l'ensemble des systèmes juridiques spatialement considérés – communes, départements, etc. – sont strictement subordonnés au système juridique national. La nature et le degré de la subordination dépendra d'une part des caractéristiques – *ratione loci* et surtout *ratione materiae* – des normes d'habilitation en question, et d'autre part, de l'exigence ou non de conformité matérielle (totale ou partielle) des normes de S_1 aux normes de S_2 (par exemple, une telle exigence se trouve dans la *Supremacy clause* de l'article 6 de la Constitution américaine) – en l'absence d'une telle exigence de conformité matérielle au moins partielle, on peut se demander si S_1 est bien subordonné à S_2 . – L'intérêt de cette seconde explication, qui hiérarchise non pas seulement les normes au sein d'un système juridique donné, mais les systèmes juridiques eux-mêmes, est double. En premier lieu, il permet d'éviter que les systèmes juridiques considérés *temporellement* changent

ne sont pas des propriétés de ces derniers, mais découlent de leur appartenance et de leur applicabilité externe dans les systèmes juridiques spatialement et temporellement considérés.

Il n'y a donc que deux concepts d'applicabilité : l'applicabilité conceptuelle (qui suppose, dans le cas des règles, la subsumabilité), qui est tout à fait indifférente à l'appartenance de la norme à un quelconque système juridique, et l'applicabilité externe, qui est la même chose que ce que l'on a appelé applicabilité normative. Il faut noter, en partie pour des raisons mentionnées ci-dessus, que l'applicabilité normative n'est pas indifférente à l'appartenance de la norme à un système juridique, même si elle est conceptuellement distincte d'elle. La première raison est que les normes (de niveau 2) prescrivant d'appliquer ou de ne pas appliquer d'autres normes (de niveau 1) doivent elles-mêmes être des normes appartenant au système juridique⁶² ; et si ce ne sont pas des normes appartenant au système juridique, alors il faut au moins supposer qu'elles sont applicables (normativement) dans le système juridique en question ; or si elles le sont, c'est parce que d'autres normes encore (de niveau 3) prescrivent d'appliquer ces normes. Ces normes de niveau 3, il faut supposer qu'elles appartiennent au système juridique, et ainsi de suite. La deuxième raison de la non-indifférence de l'applicabilité normative à l'appartenance est la suivante : bien que l'ensemble des normes appartenant au système juridique et l'ensemble des normes applicables ne soient pas nécessairement coextensifs, il demeure qu'ils entrent nécessairement en intersection. La majorité des normes sont à la fois valides (*i.e.* appartiennent au système) et applicables – et on voit mal ce que serait un système juridique dont aucune norme lui appartenant serait applicable. Les normes valides dans un système juridique ont vocation à être applicables dans ce système, *i.e.* sont *prima facie* applicables, là où les normes non valides ne le sont pas.

La distinction entre validité-appartenance et applicabilité, et la reconnaissance d'une non-indifférence de celle-ci à celle-là, a donc des conséquences pour la règle de reconnaissance. On a indiqué plus haut que la règle de reconnaissance devait s'entendre comme une règle d'obligation, et non comme une règle d'habilitation. Eugenio Bulygin a soutenu, lors d'un débat au long cours avec Juan Ruiz Manero⁶³, que la règle de reconnaissance n'était pas une règle imposant des obligations, mais une règle conceptuelle détaillant des critères de validité. Les raisons en sont simples :

quasiment chaque jour. Si en effet l'ensemble des arrêtés municipaux (par exemple) appartiennent au système juridique national, alors celui-ci change (*i.e.* on passe d'un système à un autre) à chaque fois qu'un arrêté municipal est abrogé ou promulgué. Ce n'est pas le cas, si on considère que les normes des systèmes juridiques municipaux n'appartiennent pas au système juridique national, mais uniquement que le système juridique municipal est subordonné au système juridique national. Le second intérêt de cette explication est qu'elle permet, davantage que le modèle strict de la hiérarchie des normes, de faire davantage sens du phénomène que l'on a coutume d'appeler pluralisme des ordres juridiques (voir Delmas-Marty, 2006 ; Brunet, 2010), et en particulier de la subordination mutuelle (ou intégration partielle) qui caractérise, par exemple, les rapports entre l'Union Européenne et les systèmes juridiques nationaux.

62 Voir Bulygin, 1982, p. 65 ; Peña Freire, 2002, p. 205.

63 Voir Ruiz Manero, 1990, p. 133 ; Ruiz Manero, 1991, p. 291 ; Bulygin, 1991a ; Bulygin, 1991b, *passim*. Sur le débat Bulygin-Ruiz Manero, voir Caracciolo, 1991 ; Guibourg, 1993.

les obligations pesant sur le juge relèvent de l'applicabilité des normes, qui dépend de normes propres ; ces dernières sont distinctes des critères purement conceptuels de validité (d'appartenance), qui, en tant que tels, ne peuvent créer aucune obligation, sauf à confondre validité-appartenance et applicabilité. Or on peut tout à fait soutenir de front que la règle de reconnaissance (ou tout autre équivalent fonctionnel) crée des obligations pour les autorités chargées d'appliquer le droit et, cependant, que la validité et l'applicabilité sont deux choses distinctes. Les normes valides, dont l'appartenance au système juridique dépend de leurs sources, sont celles que les cours sont dans l'obligation d'appliquer selon la règle de reconnaissance. L'inapplicabilité d'une norme valide (validée par la règle de reconnaissance) ou l'applicabilité d'une norme non valide (non validée par la règle de reconnaissance) dépend de *normes positives* du système juridique lui-même. Ces normes permettent de renverser la présomption de validité des normes applicables et d'applicabilité des normes valides qui caractérise la notion d'une règle de reconnaissance comme règle imposant des obligations. Cela permet d'expliquer pourquoi *prima facie* (et *prima facie* seulement) l'ensemble des normes valides et celui des normes applicables sont coextensifs, même s'il arrive souvent qu'ils soient seulement en intersection, et que, par conséquent, la validité et l'applicabilité doivent être maintenues conceptuellement distinctes. C'est pourquoi on peut souscrire à la thèse soutenue par Stephen Munzer, selon laquelle les juges ont l'obligation d'appliquer *toutes* les règles valides d'un système juridique et *seulement* les règles valides, mais que cette obligation ne vaut que *prima facie*, c'est-à-dire qu'elle peut être défaite par une autre raison (qui peut être une norme du système)⁶⁴. Par conséquent, une norme valide peut n'être pas applicable, et une norme non valide (n'appartenant pas au système juridique) peut être applicable : dans les deux cas on a une exception à la règle de reconnaissance qui prévoit que les normes valides, et seulement elles, sont applicables.

Pour conclure sur ce point, il convient d'insister sur l'importance de la distinction entre applicabilité conceptuelle et applicabilité normative, ce qui a un impact pour une théorie des *règles juridiques*. Si une règle juridique est une norme générale conditionnelle telle que l'occurrence d'un cas *c* subsumable sous le cas générique *C* conditionne la dérivabilité de la solution normative, et par conséquent l'applicabilité de la règle, on ne peut entendre ici l'applicabilité qu'en un sens conceptuel : seule une autre norme peut conditionner l'applicabilité normative d'une norme. Par conséquent, la distinction entre les règles et les autres normes générales (par exemple les principes) ne peut pas résider dans le fait que les premières *doivent* toujours être appliquées tandis que les dernières peuvent ne pas l'être. Le caractère normativement applicable d'une

64 Voir Munzer, 1973, pp. 1049-1050. Munzer emploie une terminologie légèrement différente (il emploie « applicable » pour désigner ce qu'on appelle ici « applicabilité conceptuelle » et « devant être appliqué » pour désigner ce qu'on appelle « applicabilité normative ») mais l'idée est globalement la même. Il est à noter que Navarro, Orunesu, Rodriguez et Sucar (2004, pp. 341-342) font preuve d'une mauvaise foi étonnante dans leur lecture de ce passage de Munzer, puisqu'ils retiennent uniquement l'idée que les normes appartenant au système et conceptuellement (ou, selon eux, internalement) applicables sont nécessairement et suffisamment applicables normativement (externalement), et ils passent sous silence le fait que pour Munzer cette applicabilité est clairement *prima facie*.

norme ne provient de ce qu'une norme est de tel ou tel type, mais de ce qu'une autre norme rend obligatoire son application, ou qu'à tout le moins une *raison* rend cette application justifiée en droit : le fait qu'une règle doive toujours être appliquée ne peut découler du simple fait qu'elle est une règle.

Wil Waluchow a ainsi montré que Dworkin confondait la validité et l'applicabilité (que Waluchow appelle « force institutionnelle »⁶⁵) : le fait qu'une règle soit valide selon un test de pedigree n'entraîne nullement qu'elle doive toujours être appliquée : si le fait d'avoir un pedigree est constitutif de ce qu'est une règle, alors le fait d'être une règle (valide) n'est nullement la raison de la force institutionnelle de la règle. Dworkin confond également, et plus fondamentalement, l'applicabilité conceptuelle et l'applicabilité normative. La distinction entre règles et principes, si elle existe (on verra dans la suite de ce travail qu'on a des raisons d'avoir des doutes), ne peut porter sur le fait que les règles (parce que valides) seraient nécessairement normativement applicables (*i.e.* que le système juridique rendrait obligatoire de les appliquer), puisqu'il arrive très souvent que le système juridique rende obligatoire de ne pas appliquer des règles valides. Dans les termes mêmes de Dworkin, il ne peut s'agir d'une différence entre « tout-ou-rien » et pesée normative. La différence vient de ce que les règles sont toujours *conceptuellement* applicables, tandis que l'applicabilité *conceptuelle* d'un principe (est-ce que le cas c est bien régulé par le principe ?) est toujours l'objet d'une décision, qui suit bien d'une « pesée normative » : de ce fait, l'applicabilité conceptuelle et l'applicabilité normative d'un principe font l'objet d'une même décision. C'est la raison pour laquelle Robert Alexy⁶⁶, à juste titre, oppose pesée normative (*balancing*) à *subsumption* : lorsqu'on applique un principe, on ne subsume pas un cas individuel sous un cas générique – c'est d'ailleurs pourquoi il ne fait, en fin de compte, aucun sens de parler d'applicabilité conceptuelle *stricto sensu* au sujet des principes.

III. APPLICABILITÉ, JUSTIFICATION, EXCEPTION

Comme Navarro et d'autres l'ont fait remarquer⁶⁷, l'applicabilité ne fait sens que dans une perspective de justification des décisions juridictionnelles : les juges doivent justifier leurs décisions, et pour ce faire ils doivent (entre autres) arguer de ce que les normes qu'ils appliquent sont bien conceptuellement applicables au cas individuel, et que de surcroît ils sont bien habilités (voire obligés) à appliquer cette norme. En ce sens, les normes doivent constituer non pas, ou non seulement, des raisons causales (explicatives ou motivationnelles), mais également des raisons normatives pour l'application. Pour le dire autrement, la structure de la justification juridique ne reflète

65 Waluchow, 1994, p. 168 *sq.* Voir pour un argument analogue Navarro, Orunesu, Rodriguez, Sucar, 2004, p. 342.

66 Alexy, 2002, p. 44 *sq.* et Alexy, 2003, p. 433 *sq.* ; voir aussi Alexy, 1985 ; Alexy, 2000b ; Alexy, 2003.

67 Navarro, Orunesu, Rodriguez, Sucar, 2004, pp. 337-338.

pas, ou en tout cas, pas nécessairement le « contexte de la découverte » par lequel le juge arrive effectivement à cette solution⁶⁸.

De nombreux auteurs ont distingué entre justification interne et justification externe (ou de second-ordre)⁶⁹. Pour résumer, et sans préjudice des différences massives entre les diverses approches, la justification interne s'entend comme une justification de la conclusion du raisonnement juridique, *i.e.* de la décision juridictionnelle, réelle ou hypothétique, entendue non comme le processus de décision, mais comme le résultat de ce processus. En un sens, la justification interne s'entend comme la justification de la norme individuelle posée par le juge : une norme individuelle N_i est internelement justifiée si et seulement si elle suit déductivement d'une norme générale N_j (ainsi que d'une série d'énoncés de fait). Le modèle de la justification interne est par conséquent celui du « syllogisme judiciaire »⁷⁰. Par contraste, la justification externe s'entend comme justification des prémisses de la décision (entendue cette fois-ci comme processus de décision). Alors que la « justification interne » porte sur la validité de l'inférence⁷¹, la justification externe porte sur le bien-fondé des prémisses⁷².

Il ya néanmoins une grande imprécision parmi les auteurs sur ce qui est exactement justifié par la justification externe. Pour MacCormick, la justification « de second-ordre » intervient dès lors que deux décisions sont également possibles ; afin d'effectuer un choix entre ces décisions, le juge doit justifier la sélection des prémisses qu'il effectue⁷³. Il semble donc que ce qui est justifié extérieurement soit bien la décision-résultat elle-même, à la lumière de prémisses *autres* que les normes générales formant usuellement la majeure du raisonnement, soit que celles-ci soit absentes, soit qu'elles prêtent lieu à différentes interprétations, soit qu'elles ne puissent être conjoin-

68 Voir MacCormick, 1994, p. 15 ; Bulgin, « El concepto de vigencia en Alf Ross » in Alchourrón et Bulgin, 1991, p. 349 *et sq.* ; Atienza, 1993, p. 125 ; Redondo, 1999b, pp. 152-153.

69 Wroblewski, 1971, *passim* ; Wroblewski, 1974, p. 39 ; Alexy, 1989, p. 221 *sq.* ; Aarnio, 1992, pp. 148-149 ; MacCormick, 1994, p. 100, *sq.* ; Atienza, 1993, pp. 25-26.

70 Il est évidemment possible d'effectuer une critique du modèle du syllogisme judiciaire, la plus célèbre étant celle de Chaïm Perelman (Perelman, 1960 ; Perelman, 1990, p. 561 *sq.* ; Perelman, 1999, p. 135 *sq.*). Il faut noter cependant que le débat relatif à la nature de la logique juridique a assez peu de portée ici, dans la mesure où la justification interne n'est décrite par ces auteurs que comme l'un des moments, ou aspects, de la justification juridique, et Perelman reconnaît lui-même que « rien ne s'oppose à ce que le raisonnement judiciaire soit présenté, en fin de compte, comme un syllogisme, mais cette forme ne garantit nullement la valeur de la conclusion. Si celle-ci est socialement inacceptable, c'est que les prémisses ont été acceptées à la légère » (Perelman, 1999, p. 176). C'est ce processus de justification des prémisses sur lequel Perelman insiste qui est généralement appelé « justification externe ».

71 José Juan Moreso a montré que la justification interne ne pouvait fonctionner sans une théorie sous-jacente de la pertinence (Moreso, 1996, *passim* ; Moreso, 1998, pp. 32-45) : d'un même stock de prémisses peut être dérivé un grand nombre de conclusions, dont, bien souvent, la quasi-totalité (sauf une) sera non pertinente. Ainsi, de la norme « si x est un voleur, x doit être puni » et de la prémisse factuelle « A est un voleur », je peux non seulement déduire valablement « x doit être puni », mais également « x doit être puni ou x doit être récompensé » ou bien « s'il fait beau, alors x doit être puni », et ainsi de suite. Pourquoi seule la première conclusion serait-elle internelement justifiée dès lors que la justification interne se présente sous la forme d'une inférence logique valide ?

72 Wroblewski, 1971, p. 412.

73 MacCormick, 1994, p. 101 *sq.*

tement appliquées de manière consistante. Il semble donc que la justification externe soit par nature différente de la justification interne et n'intervienne que lorsque celle-ci a échoué. Robert Alexy, quant à lui, présente les choses de manière plus nuancée. En effet, trois types d'énoncés sont susceptibles d'être justifiés : les règles de droit positif (*i.e.* la majeure) ; des énoncés empiriques (*i.e.* la mineure) ; et des prémisses qui ne sont ni des énoncés empiriques ni des règles de droit positif⁷⁴. La justification des premières est relativement aisée : il suffit de montrer « qu'elles sont bien valides selon les critères de validité de l'ordre juridique »⁷⁵ ; la justification des seconds procède à la fois au moyen de l'invocation des règles propres d'admission de la preuve et de répartition de la charge de la preuve et au moyen d'énoncés empiriques (par exemple : expertises, témoignages, etc.). Il semble au premier abord que la justification externe soit, selon Alexy, requise *tout le temps*, puisqu'elle permet de justifier les prémisses de la justification interne, là où ces dernières, chez MacCormick, apparaissent davantage comme auto-évidentes – ou comme n'ayant pas besoin de justification.

Cependant Alexy concentre son attention sur le troisième groupe de prémisses : les juges et la doctrine ont l'habitude de faire entrer en ligne de compte des prémisses qui ne sont ni des règles de droit positif, ni des énoncés empiriques. Ces prémisses doivent être justifiées, et elles peuvent l'être de plusieurs manières : par exemple, une prémisse nouvelle sera définie comme une « interprétation » de la règle positive et justifiée par l'emploi d'un « canon d'interprétation »⁷⁶ ; ou encore l'insertion d'une nouvelle prémisse se justifiera par l'emploi d'un argument *a fortiori* à partir d'une autre règle du système juridique⁷⁷.

Par justification externe, Alexy entend donc à la fois la justification des prémisses habituelles de la justification interne et la justification de l'insertion de nouvelles prémisses (dont la conclusion, si elle en suit déductivement sera alors internalement justifiée).

La notion de justification externe est ambiguë, tout comme la répartition des tâches entre celle-ci et la justification interne. Ces deux justifications apparaissent soit comme deux moments distincts d'une même justification (on justifie les prémisses, puis on déduit, c'est-à-dire qu'on infère de manière internalement justifiée, la conclusion), soit comme deux modes distincts de justification, correspondant à deux types de décisions différentes. Cristina Redondo a insisté sur certaines de ces ambiguïtés. Elle distingue deux critères possibles permettant d'isoler quelque chose comme une « justification externe » : le critère de l'externalité des prémisses et le critère de la difficulté du cas. Selon le premier critère, la justification est externe dès lors que la prémisse justifiée est externe soit à la décision (c'est le cas lorsqu'on fait intervenir au moyen d'un argument par analogie une autre norme du système juridique) soit au système

74 Alexy, 1989, p. 230.

75 Alexy, *ibid.* Ici déjà pointe une confusion entre validité et applicabilité.

76 Alexy, 1989, pp. 234-250.

77 Alexy, 1989, pp. 279-284. Alexy retient en tout six grands modes de justification externe des prémisses du troisième type.

juridique lui-même (lorsqu'on fait intervenir des raisons extra-juridiques, politiques, morales, etc.)⁷⁸. Selon le second critère, la justification interne est celle qui caractérise les cas clairs (les *easy cases*), tandis que dans les cas difficiles, où il faut choisir un stock de prémisses plutôt qu'un autre, il convient de recourir à la justification externe⁷⁹.

La notion d'applicabilité, telle qu'on l'a analysée ci-dessus, permet de lever un certain nombre des ambiguïtés de la distinction entre justifications interne et externe. La justification interne recouvre en réalité deux processus conceptuellement et logiquement distincts : la subsomption et la déduction. On trouve cette ambiguïté chez Alexy, dès lors que celui-ci écrit que « la structure formelle de la subsomption peut être exprimé par un schéma déductif »⁸⁰ et, par la suite, indique que cette procédure correspond à ce qu'il appelle justification interne⁸¹. La notion de subsomption est présumée par l'idée d'applicabilité conceptuelle des normes : une règle R est conceptuellement applicable à un cas individuel c si et seulement si c est subsumable sous le cas générique C régulé par R. Mais le caractère déductif de la procédure logique ne se confond conceptuellement pas avec la subsumabilité du cas. Certes, *c'est parce que le cas* est subsumable que l'instance de la solution normative peut être *dérivée* (déduite), mais cette connexion est causale, et non conceptuelle. La confusion d'Alexy tient à ce que par subsomption, il n'entend pas le fait de « classifier » un cas individuel sous un cas générique, mais l'ensemble du processus qui mène de la prémisse majeure à la dérivation du conséquent. Or ce processus, s'il est correctement décrit, n'en est pas moins incorrectement conceptualisé, car la nécessité de la connexion causale elle-même peut être remise en cause. En effet la subsumabilité entraîne le caractère déductif de l'inférence si et seulement si la relation de conséquence logique associée à l'opérateur conditionnel qui relie le cas générique à la solution normative est monotone⁸².

La notion de justification interne recouvre donc deux processus distincts : le processus par lequel on subsume un cas individuel sous le cas générique régulé par la règle ; le processus par lequel on déduit à partir des prémisses (la norme ; la description et la qualification juridique du cas) la solution normative que constitue la décision. A elle seule, la « justification interne » ne peut cependant justifier aucune décision juridictionnelle : encore faut-il que la norme soit normativement applicable au cas. Si l'inapplicabilité conceptuelle est une condition suffisante de la justification de la non-application de la norme au cas (encore qu'elle doive souvent être elle-même justifiée), elle n'est (par contraposition) qu'une condition *nécessaire* de la justification de l'application de la norme au cas. Par conséquent, la « justification externe » doit toujours précéder logiquement la justification interne. Une décision est justifiée si et seulement si une norme conceptuellement applicable au cas individuel lui est également normativement applicable. Dans de très nombreux cas, cette justification est très aisée : il suffit

78 Redondo, 1999b, p. 149.

79 Redondo, 1999b, p. 150. C'est un critère qui a été mis en avant par Atienza, 1993, pp. 25-26 et qui semble correspondre à ce que MacCormick a également en tête.

80 Alexy, 2003, p. 433.

81 Alexy, 2003, p. 435.

82 On reviendra dans le quatrième chapitre sur la notion de monotonie.

par exemple de faire figurer les normes applicables dans les visas de la décision (si on est un juge français). Dans d'autres cas, l'applicabilité normative de la norme fera l'objet d'une justification beaucoup plus étendue, en raison, par exemple de l'existence d'une norme soustrayant certains cas au champ d'applicabilité de la norme (*e.g.* une norme prévoyant une immunité diplomatique). Ou bien, le juge devra justifier l'application d'une norme qui n'est *prima facie* pas normativement applicable (par exemple une norme morale ; une norme appartenant à un système juridique étranger ; une opinion doctrinale *de lege ferenda*). Ou encore, en cas de conflits de normes (également applicables), le juge devra justifier le choix de l'une sur l'autre. A toutes ces fins, le droit prévoit des procédures et critères de justification particuliers et variables d'un système juridique à l'autre.

Par conséquent la décision d'appliquer la norme N au cas c est complètement justifiée si et seulement si N est conceptuellement *et* normativement applicable. Or *l'une et l'autre applicabilités* doivent être justifiées : ainsi, tous problèmes d'applicabilité normative mis à part, l'*interprétation* (entendue comme processus de détermination des propriétés pertinentes du cas générique) permet de déterminer si une règle est conceptuellement applicable au cas ; en revanche, la *pesée normative* permet de déterminer si un principe est conceptuellement *et* normativement applicable au cas. En revanche, la décision de ne pas appliquer la norme N au cas est complètement justifiée si et seulement si N est conceptuellement *ou* normativement inapplicable. Dans ce cas, seule l'une ou l'autre des inapplicabilités doit être justifiée.

C'est à partir de ce cadre conceptuel que l'on peut envisager la question des exceptions aux règles juridiques, qui va occuper la suite de ce travail. Lorsqu'un juge fait une exception, il s'abstient d'appliquer à un cas une *règle* qui lui est conceptuellement et *prima facie* normativement applicable. Cette exception, il doit la justifier (ce qui ne veut d'ailleurs pas dire qu'il la justifie toujours, ni qu'il réussisse toujours à la justifier), et il ne peut la justifier que si elle est justifiée selon les critères de justification du système juridique. La justification la plus aisée intervient lorsque la règle contient elle-même une exception explicite. Dans ce cas on pourrait arguer que la règle n'est même pas conceptuellement applicable au cas : *e.g.* la règle sur les véhicules dans le parc n'est applicable au cas « véhicule » que si ce « véhicule n'est pas une ambulance ». En réalité, certains traits particuliers des exceptions (en particulier les problèmes relatifs à l'attribution de la charge de l'argumentation) impliquent que l'on sépare les exceptions des règles elles-mêmes et que l'on distingue les exceptions des conditions négatives d'applicabilité conceptuelle de la règle.

On obtient ainsi un second cas de figure où le système juridique prévoit une exception à la règle, sous la forme d'une autre règle séparée entrant en conflit avec la première et fournit en même temps un outil de résolution du conflit consistant en une *norme d'inapplicabilité* de l'une des deux règles. De même une exception intervient lorsque deux normes d'applicabilité entrent en conflit et que ce dernier est soluble, ce qui se reflète dans l'application de la norme.

Un dernier cas de figure est celui où l'application d'une règle applicable R entre en collision avec une *raison* de ne pas appliquer la règle. Cette raison n'est pas explicitement fournie par les normes du système juridique (faute de quoi on retombe sur l'un des quatre cas évoqués précédemment) ; elle peut cependant naître d'une interprétation nouvelle d'une règle autre que R et supérieure dans la hiérarchie des normes ; ou bien de la prise en compte d'un principe ; ou bien des valeurs sous-jacentes à l'ordre juridique ; ou bien encore des normes morales. Cette raison justifiera la décision si et seulement si un tel critère de justification est reçu comme valable au sein de la communauté juridique (prise en un sens large). Dans ce cas, on admet que les règles juridiques sont essentiellement « défaisables ».



PARTIE II

DÉFAISABILITÉ DU RAISONNEMENT JURIDIQUE

Chapitre 3

Les problématiques de la défaisabilité en droit

Les règles juridiques connaissent des exceptions, qui interviennent soit au cours de leur formulation par une autorité compétente, soit au cours de leur application par les organes d'application du droit. Cette susceptibilité à l'exception des règles juridiques les distingue d'autres types de règles, par exemple de la plupart des règles du jeu¹ : le fou ne peut pas, par exception, être déplacé à l'horizontale ; un but marqué en position de hors-jeu ne peut, quand bien même des circonstances exceptionnelles se feraient jour, être validé par l'arbitre, et ainsi de suite². Les jeux ne connaissent généralement pas d'autres exceptions que celles qui sont expressément prévues par les règles elles-mêmes, et qui sont nécessairement en nombre limité : un jeu étant déterminé par des règles en grande partie arbitraires, les exceptions seront également arbitraires, et perdent de ce fait toute justification, sauf lorsqu'elles sont admises pour des raisons de *fair play* ou de cohérence générale : ainsi la règle qui veut, en football, que l'équipe qui désigne la moitié de terrain où elle veut attaquer ne soit pas celle qui se voit attribuer le coup d'envoi du match est purement arbitraire ; il ne ferait aucun sens d'y prévoir des exceptions.

Cependant, des cas difficiles peuvent intervenir dans certains jeux. Pour prendre des exemples tirés du football, on se demandera si tel joueur était bien hors-jeu ou non ; ou bien on se demandera quel côté indiquer pour tirer le corner, si le ballon a été sorti exactement au milieu de la ligne de but ; ou encore s'il faut tolérer un capitaine n'ayant pas de brassard, alors qu'aucune règle écrite des Lois du jeu ne mentionne ce

1 Voir Atria, 2001 p. 33 *sq.* ; MacCormick, 2005, p. 252.

2 A supposer que la position de hors-jeu soit avérée, ce qui est une question de fait ; il est possible que l'arbitre se trompe. Si l'arbitre siffle la position de hors-jeu alors qu'il n'y a pas hors-jeu, ou l'inverse, le fait qu'il applique la règle sur le hors-jeu alors qu'il ne devrait pas le faire, ou l'inverse, ne peut pas être considéré comme la reconnaissance d'une exception, mais est simplement une erreur de fait. Le fait que la décision de l'arbitre soit irrévocable ne change rien, pas plus en football qu'en droit.

point. Dans tous ces cas, l'arbitre (ou tout autre individu doté de pouvoirs similaires) devra prendre une décision ; dans aucun de ces cas on ne dira qu'il a fait une exception.

Par contraste, c'est un constat empirique banal que les règles de droit connaissent des exceptions. L'exception correspond à une forme spécifique d'indétermination normative : la règle devrait s'appliquer au cas, et pourtant, pour une raison ou une autre, elle échoue à le faire. Si une règle, appartenant à un système juridique S, est conceptuellement applicable à un cas individuel c, et qu'une règle d'applicabilité prévoit que toutes les règles appartenant à S doivent *prima facie* être appliquées, *i.e.* sont *prima facie* normativement applicables, aux cas auxquels elles sont conceptuellement applicables, « faire une exception » revient à ne pas appliquer une règle (conceptuellement et normativement) applicable à un cas auquel pourtant elle s'applique. Soit une règle prohibant l'introduction des véhicules dans le parc : une ambulance entrant dans le parc est bien un cas c *intégralement* subsumable sous le cas générique C régulé par la règle, puisqu'il instancie l'intégralité des propriétés pertinentes du cas générique C. Ne pas appliquer la règle, c'est-à-dire ne pas dériver la solution normative (la conséquence juridique) que le système normatif attache au cas générique C, implique donc un *échec* de la règle à guider la décision de l'organe d'application.³ Cet échec apparaît très limité dès lors que la règle prévoit elle-même l'exception, mais il est néanmoins présent. Soit une règle « les véhicules sont interdits dans le parc, sauf les ambulances » : la règle organise elle-même son échec à s'appliquer à une ambulance pénétrant dans le parc, à laquelle elle devrait *prima facie* s'appliquer. Cette défaite de la règle est d'autant plus prégnante que ce qui la défait n'est pas expressément prévu par le système juridique. Dans le cas le plus simple, celui où la règle ou le système prévoient eux-mêmes l'exception, il n'y a pas à proprement parler d'indétermination *juridique*, si par indétermination juridique on entend le fait qu'une question de droit n'ait pas une seule bonne réponse⁴, ou qu'il n'y ait pas une seule bonne manière de trancher un litige en droit. En revanche, il peut s'agir d'une indétermination d'un autre ordre, dans la mesure où appliquer l'exception ne revient pas exactement à appliquer la règle : pour que l'on puisse appliquer la règle, il faut qu'il soit montré, ou prouvé, que l'ensemble des propriétés pertinentes du cas générique sont réunies dans le cas individuel, alors qu'il n'y a pas besoin de montrer ou de prouver que les propriétés du cas exceptionnel sont absentes ; en revanche, il ne fait sens d'appliquer l'exception (par exemple, de relaxer l'ambulancier ayant pénétré dans le parc) que si, au préalable, il a été montré que les propriétés pertinentes du cas générique « normal » sont réunies.

La possibilité de recevoir des exceptions a reçu dans la littérature le nom de défaisabilité (*defeasibility*), qui recouvre une série de problématiques bien distinctes et parfois confondues.

3 Comme l'écrit Bruce Chapman : « Les exceptions ne sont pas très amicales envers les règles dont elles sont des exceptions. Une fois (...) que l'exception a fait son travail, la règle a une application moindre qu'auparavant. » (Chapman, 2012, p. 402).

4 Voir Dworkin, 1978, p. 3 ; 1989, p. 127 ; Kress, 1989, p. 283 ; Endicott, 1996, p. 669 ; Bix, 1993, p. 26 ; Coleman et Leiter, 1995, p. 213. Pour une critique de cette définition de l'indétermination, voir Bulgin, 2005, p. 224.

SECTION 1. DEUX PROBLÉMATIQUES DE LA DÉFAISABILITÉ EN DROIT

On utilise généralement l'expression « défaisabilité juridique », terme pour désigner une série de problèmes certes entrelacés, mais néanmoins distincts. Certains auteurs abordent l'ensemble de ces problèmes de front, en prenant parfois la peine de les distinguer, mais il en résulte une regrettable impression de confusion.

La raison de cette confusion est pour une bonne part imputable au voisinage disciplinaire des réflexions sur la défaisabilité en droit avec d'autres disciplines : d'une part, l'intelligence artificielle, principalement en ce qu'elle a recourt à des systèmes de logique non monotone (le champ, très fructueux, de l'*AI and Law*) ; d'autre part, la philosophie morale (la question des obligations *prima facie*, ou le défaisabilisme propre au particularisme moral contemporain). Toutes ces disciplines n'entendent pas nécessairement « défaisable » de la même manière.

De manière générale, « défaisable » est entendu par les auteurs en intelligence artificielle comme une caractéristique du *raisonnement* qui implique la formalisation de ce dernier au moyen d'un système logique non monotone. Un *système logique* est monotone lorsque pour tout ensemble ou set d'énoncés S , si $S \subseteq S'$, alors si $S' \vdash C'$ et $S \vdash C$, alors $C \subseteq C'$ (où $\vdash$ est une relation de conséquence quelconque du métalangage, et C et C' représentent les ensembles de conclusions dérivant respectivement de S et S' selon $\vdash$). Pour le dire autrement, dans un système logique monotone, si $S \subseteq S'$ et si $S \vdash C$, alors $S' \vdash C$, puisque C fait partie des sous-ensembles de C' . Un système logique est non monotone si et seulement si il n'est pas monotone. Un nombre imposant de logiques non monotones ont été bâties depuis les années 1980, et il n'est pas nécessaire ici de les détailler plus avant : toutes ont pour point commun de ne pas être monotones. La *défaisabilité* est une caractéristique des *raisonnements* là où la *non-monotonie* est une caractéristique des *systèmes logiques*⁵. On va d'ailleurs voir que la défaisabilité du raisonnement juridique peut être modélisée par d'autres outils qu'une logique non monotone, encore que cette dernière soit la candidate la plus évidente à cette fin ; surtout, la défaisabilité du raisonnement juridique ne s'explique pas uniquement par les caractéristiques logiques de l'inférence qu'il instancie, mais par des aspects proprement juridiques, en particulier des aspects procéduraux, sur lesquels la logique n'a, en tant que telle, pas grand-chose à dire⁶.

Selon cette première approche, la structure du raisonnement (formalisable par une logique non monotone) est défaisable dès lors que les lois du *modus ponens*

5 De nombreux auteurs parlent parfois de raisonnement non monotone (voir, parmi de multiples exemples, Reiter, 1987, *passim* ; Sartor, 1993, p. 296, Prakken, 1996, p. 79 ; Walton, 2002, p. 110 ; Prakken et Sartor, 2003, p. 118 ; Ford, 2005, p. 71 ; Horty, 2007, p. 9). Il s'agit d'une expression malheureuse qui suppose que la seule manière de formaliser le raisonnement défaisable est de recourir à une logique non monotone. Peut-être d'ailleurs est-ce le cas, mais les deux choses sont distinctes. Pour une utile mise au point, voir Hage, 2005, p. 8.

6 Voir là-dessus, Hage, 2000a, p. 143.

et du renforcement de l'antécédent sont prises en défaut. C'est ici qu'interviennent les exceptions. Ces dernières affectent le raisonnement de telle manière qu'une inférence généralement valide ne l'est plus dès lors que survient une exception. Ainsi en logique classique (monotone), si $A \rightarrow B$, alors $A \wedge C \rightarrow B$: par exemple si *Tweety* est un oiseau, alors *Tweety* vole⁷ ; si *Tweety* est un oiseau et *Tweety* est un pingouin, alors *Tweety* vole (!?)⁸. Une manière d'éviter ce résultat est de préciser l'antécédent : $A \wedge \sim C \rightarrow B$. Le problème d'une telle solution est qu'elle oblige, pour toute inférence « X vole », de chercher à savoir si X est ou non un pingouin, alors que, de manière générale, nous effectuons une telle inférence sans effectuer une telle investigation. Du reste la liste des exceptions est tellement longue qu'il deviendrait pratiquement impossible d'inférer avec certitude « X vole ». Le raisonnement qui aboutit à la conclusion que « X vole » est défaisable dans la mesure où il ne s'agit que d'une inférence normale, ou d'une inférence par défaut, que l'ajout d'une information nouvelle permet de « défaire ».

Prenons un exemple parmi d'autres, tiré de la logique des défauts de Raymond Reiter⁹. Un défaut se définit ainsi (on simplifie la notation) : $A:C/B$, qui se lit : si A alors B s'il est consistant de supposer que C. Un cas particulier de défaut, qui est le plus répandu dans le raisonnement, est le suivant : $A:B/B$ qui se lit : si A alors B s'il soit consistant de supposer B. Il s'agit alors de ce que Reiter appelle un « défaut normal »¹⁰. Revenons à *Tweety*. Soit le stock de prémisses (que l'on suppose être des formules bien formées) : « (a) Si x est un oiseau, x vole. » (b) « Si x est un pingouin (ou une autruche), x ne vole pas ». On suppose d'autre part que (b) implique (a), ou, si l'on veut, que les pingouins sont des sous-ensembles d'oiseaux. Nous avons un oiseau sous la main, *Tweety*, dont nous savons seulement qu'il s'agit d'un oiseau (on ajoute donc au stock de prémisses : (c) « *Tweety* est un oiseau »). Pour dériver la conclusion que *Tweety* vole, nous ne pouvons inclure dans le stock de prémisses que *Tweety* n'est pas un pingouin, puisque par hypothèse nous n'avons aucune information supplémentaire au sujet de *Tweety*. On peut donc inférer de notre stock de prémisses la conclusion (d) « *Tweety* vole », *pourvu qu'il soit consistant de supposer que Tweety vole*. Si, par conséquent, on ajoute au stock de prémisses la prémisse (e) *Tweety* est un pingouin, alors (d) n'est plus consistant avec le stock de conclusions obtenu, et il faut conclure en sens contraire.

Les modèles usuels de raisonnement défaisable sont applicables au raisonnement pratique et en particulier au raisonnement juridique¹¹, mais ils ne se prêtent pas à une modalisation plutôt qu'à une autre, et ils ont généralement été construits

7 L'exemple de *Tweety*, récurrent dans la littérature, est rituellement attribué à Marvin Minsky. On garde le nom anglais de ce gentil personnage de dessin animé, bien qu'on rencontre occasionnellement sa traduction « Titi » dans la littérature en français.

8 Reiter, 1980, pps. 82-83.

9 R. Reiter, 1980, p. 88.

10 R. Reiter, 1980, p. 94 sq.

11 Parmi de multiples exemples classiques : Prakken, 1996 ; Horty, 1997 ; van der Torre et Tan, 1997 ; Royakkers et Dignum, 1997.

pour formaliser les inférences descriptives ordinaires. C'est pourquoi la question de la *justification* de l'exception ne se pose pas, puisque les exceptions sont elles-mêmes le résultat de processus inférentiels ordinaires (on n'a pas spécialement besoin de justifier que le pingouin soit une exception aux autres oiseaux quant à la volatilité) ; se pose le rôle que l'exception joue dans le processus inférentiel lui-même. Par conséquent, la transposition de ces modèles au raisonnement juridique suppose une transposition du modèle descriptif de l'exception – les pingouins sont des exceptions par rapport aux oiseaux « ordinaires » quant à l'aptitude à voler – à un modèle normatif d'exception – par exemple, l'homicide volontaire accompli en état de légitime défense représente une exception par rapport aux *règles* sur le meurtre. Et de fait, comme on va le voir dans le chapitre suivant, l'intérêt de recourir à une formalisation non monotone du raisonnement juridique est de permettre de rendre compte du fait que l'inférence de « X a tué Y volontairement » à « X (a commis un meurtre et) doit être puni » est normalement valide sans que l'on ait besoin de se demander si X a commis l'homicide en état de légitime défense ou non.

Mais bien souvent la question qui se pose, en philosophie du droit, sous le chef de la « défaisabilité du droit », est précisément celle sur la *justifiabilité* juridique de l'exception : étant donné une règle qui exclut les véhicules du parc, comment une exception pour les ambulances est-elle compatible avec le respect de la règle¹² ? La question, telle qu'elle est formulée : est-il compatible avec la normativité du droit que les organes chargés d'appliquer les règles juridiques puissent reconnaître des exceptions *implicites* ?¹³ Les règles juridiques sont-elles des règles *prima facie* ? Comme l'écrit Giovanni Sartor : « En matière de défaisabilité juridique, deux aspects doivent être distingués : 1. le raisonnement inventif et heuristique requis pour comprendre l'inadéquation d'une règle générale dans un contexte particulier et pour que l'on puisse énoncer l'exception ou la réfutation correspondante ; 2. la structure du raisonnement qui prend en compte les exceptions, les réfutations et les présomptions de manière à atteindre des conclusions justifiées par l'ensemble des connaissances disponibles. »¹⁴ Ce que j'ai appelé à la première approche correspond au 2. de Sartor, et vice versa.

Ces deux questions doivent donc être distinguées, mais il n'est pas certain qu'on dispose d'un critère sûr pour ce faire. Par exemple, on pourra affirmer que l'inférence juridique est défaisable si et seulement si la règle (ou plutôt l'énoncé de la règle) comporte des exceptions *explicites*, ou que d'autres règles (en cas de conflit partiel, par exemple) viennent apporter à une règle générale des exceptions explicites dans les cas particuliers. Ainsi, le fait que le raisonnement juridique soit défaisable n'implique pas

12 Il faut remarquer que cette question n'est pas *normative* mais *conceptuelle* : comment rendre compte de la normativité de règles qui peuvent être prises en défaut lors d'applications particulières ? La question n'est pas, du moins pas en première instance, de savoir comment les juges *doivent* appliquer les règles.

13 Voir *e.g.* Schauer, 1998 ; Schauer, 2012 ; Ferrer Beltran et Ratti, 2010, p. 606 ; Ferrer Beltran et Ratti, 2012, p. 15.

14 Sartor, 2005, pp. 76-77.

qu'il soit justifié en droit de reconnaître d'autres exceptions que celles expressément mentionnées par les règles du système juridique dans son ensemble. C'est pour cette raison que Neil MacCormick a distingué entre une défaisabilité expresse ou explicite, prévue par la règle ou l'ensemble de règles considérées, et une défaisabilité implicite, dérivant de considérations de principe ou d'équité¹⁵.

Cette distinction est néanmoins discutable, en raison de son caractère quelque peu simpliste. En premier lieu, elle ne capture pas la distinction entre les deux approches de la défaisabilité que l'on a esquissées plus haut. En effet, la première approche porte sur le rôle que les exceptions, *une fois celles-ci dérivées*, jouent dans le raisonnement juridique (avec pour objectif de fournir une modélisation praticable de ce dernier) : que ces expressions aient été expressément prévues par la règle (ou l'énoncé de la règle) ou qu'elles aient été « inventées » ou « découvertes » par le juge sur le fondement de considérations de principes ne fait fondamentalement pas de différence, dans la mesure où ce qui est désigné par « défaisabilité » est pour ainsi dire ce qui vient après (le raisonnement effectif à partir des prémisses). La première approche s'intéresse à la structure du raisonnement et non à l'origine (ou à la justifiabilité) des prémisses. Dans la seconde approche, le caractère implicite des exceptions est certes déterminant (puisque le juge, bien entendu, doit se garder d'appliquer la règle aux cas explicitement exceptés par le juriste), mais il demeure néanmoins une ambiguïté.

En effet, qu'entend-on par défaisabilité « expresse ou explicite » ? MacCormick semble entendre par là le fait que *les exceptions* sont fournies par l'ensemble de règles considéré, et que la liste de ces exceptions est *close* : (1) *Les véhicules sont interdits dans le parc, sauf les ambulances, les voitures de police et les camions de pompiers* (liste que l'on suppose close en vertu de la règle *expressio unius*). Mais par *défaisabilité* explicite¹⁶, on pourrait entendre le fait pour une règle de prévoir explicitement la possibilité de recevoir des exceptions, sans détailler ces exceptions : (2) *les véhicules sont interdits dans le parc, sauf circonstances exceptionnelles* ; on peut également entendre le fait pour une règle de prévoir explicitement les exceptions, mais de manière *ouverte* : (3) *les véhicules sont interdits dans le parc, sauf les ambulances, les voitures de police, etc.* Il est à noter que le « etc. » n'est pas nécessaire dès lors qu'existe une règle *ejusdem generis* (partiellement contradictoire avec la règle *expressio unius* évoquée plus haut)¹⁷ : par conséquent, il est souvent possible de transformer (1) en (3) (par exemple en arguant de ce que le législateur n'a pas explicitement clos la liste)

15 MacCormick, 2005, p. 240 *sq.* Voir aussi MacCormick, 2008b, p. 48. Sur cette distinction, voir Sartor, 2008, p. 29, Godden et Walton, 2008, p. 9 ; Vasconcellos, 2009, pp. 175-176 ; Duarte d'Almeida, 2013, p. 136 ; Ratti, 2013, p. 132.

16 De plus, il convient de distinguer (même lorsqu'on a affaire à des clauses d'exceptions explicites et closes) les clauses spécifiques et les clauses générales : dans le premier cas, on a bien une liste close et explicite d'exceptions, qui sont détaillées ; dans le second cas, la clause renvoie à des exceptions non formulées dans la règle elle-même (par exemple, « sauf s'il en est disposé autrement » ; « sous réserve de dispositions contraires, etc. »). Dans ce cas, la défaisabilité est explicite, mais les exceptions sont spécifiées dans une autre règle, et sans doute postérieurement à l'adoption de la règle initiale (Prakken, 1997, pp. 38-42). Voir *infra* pour un développement sur ce point.

17 Voir là-dessus Carston, 2013, p. 18.

– sans rien remettre en cause du *caractère explicite* de la défaisabilité de la règle. Or quelqu'un qui nie que le droit soit défaisable au sens de la deuxième approche ne serait certainement pas prêt à admettre une telle défaisabilité « explicite » – bien qu'il admette volontiers que le juge applique les *exceptions* explicites. Ainsi que l'a montré Pierluigi Chiassoni, la distinction explicite/implicite doit être complémentée par une distinction clos/ouvert¹⁸.

En tout état de cause, la distinction implicite/explicite n'est pas opératoire pour expliciter les deux approches mentionnées ci-dessus, dès lors que dans la première approche c'est la structure du raisonnement qui est pertinente, dans la seconde c'est l'origine ou la pertinence des exceptions. C'est pourquoi j'emprunte à Wil Waluchow (en en modifiant les contours) la distinction entre défaisabilité du *raisonnement juridique* et défaisabilité des *règles juridiques*¹⁹. On pourrait également mentionner une distinction en un sens analogue à la nôtre effectuée par Rafael Hernandez Marin qui distingue la défaisabilité des prémisses (ce que j'appelle la défaisabilité des règles) et la défaisabilité de la conclusion (ce que j'appelle la défaisabilité du raisonnement juridique)²⁰.

Par cette distinction, j'entends moins départager des *phénomènes* ou des *traits* différents du droit que des *théories* et des *interrogations* sur le droit. Il n'est pas rare que les auteurs abordent ces deux questions de front, ce qui rend parfois très malaisé de distinguer ce qui revient à l'une et l'autre. En dépit de son artificialité, cette distinction va être maintenue. On va appeler *théories de la défaisabilité du raisonnement juridique* les théories qui s'interrogent sur le rôle que jouent les exceptions (de quelque origine ou justification que ce soit) dans le raisonnement juridique et la manière dont ce dernier est affecté par elles ; et *théories de la défaisabilité des règles juridiques*²¹ les théories qui s'interrogent sur la question de savoir si les règles juridiques sont susceptibles d'exceptions non spécifiables à l'avance, ou si, au contraire, les règles sont, en tant que telles, insensibles aux variations contextuelles²².

Comme on l'a indiqué, certains auteurs abordent simultanément ou successivement les deux questions. Par exemple, la théorie originale de la défaisabilité de

18 Chiassoni, 2008a, p. 491 ; Chiassoni, 2012, p. 165 *sq.* – on reviendra sur ces distinctions dans la troisième partie du présent travail.

19 Waluchow, 2012, p. 255 ; voir aussi Hage, 2005, p. 21.

20 Hernandez Marin, 2012, p. 137.

21 Il faut noter que MacCormick indique que la question de la « défaisabilité des règles juridiques » est une question difficile dans la mesure où c'est une question d'ontologie des normes (MacCormick, 2005, p. 252). En réalité, ce que MacCormick appelle « défaisabilité implicite » est très proche de ce qu'on appelle *ici* défaisabilité des règles juridiques.

22 Il est important de distinguer les deux questions pour éviter les querelles purement nominales. Ainsi Fernando Atria reproche-t-il à Hart d'avoir, dans l'article de 1948 où celui-ci introduit le terme de « défaisabilité », de parler d'exceptions explicites (« *recognized head of exception* »), et par conséquent de ne pas parler de défaisabilité du tout (Atria, 2001, pp. 138-139) – ce qui est un comble étant donné que c'est Hart qui a introduit le terme « défaisabilité » dans le vocabulaire de la philosophie du droit. Pour une confusion similaire, voir Godden et Walton, 2008, p. 9 – avec, en prime, une confusion entre texture ouverte et défaisabilité.

Hart²³ est, comme on va tenter de le montrer plus loin, une théorie de la défaisabilité du raisonnement juridique. En revanche, lorsque dans un passage célèbre du *Concept de droit*, Hart écrit que « du fait que de telles règles comportent des exceptions que l'on ne peut énoncer de manière exhaustive, il ne résulte pas que nous soyons abandonnés dans chaque situation à notre libre appréciation (...). Une règle qui se termine par le terme "sauf si..." est encore une règle »²⁴, l'invocation d'exceptions « non spécifiables de manière exhaustive à l'avance » fait clairement de ce passage l'esquisse d'une théorie de la défaisabilité des *règles juridiques* – dont l'on ne retrouve hélas plus trace dans le reste de ses écrits.

Dans cette deuxième partie, on va se concentrer sur la défaisabilité du raisonnement juridique et prendre pour point de départ la théorie originale de Hart. Les théories de la défaisabilité des *règles juridiques* seront étudiées dans la troisième partie du présent travail.

SECTION 2. LA DÉFAISABILITÉ DU RAISONNEMENT JURIDIQUE : POSITION DU PROBLÈME

Une manière simple d'envisager le rôle des exceptions au sein du raisonnement juridique est de les assimiler à des conditions négatives d'application des règles. On a ainsi vu dans le deuxième chapitre que, chez Bentham, les exceptions sont définies de manière à être interchangeables avec des conditions négatives : *si C, il est obligatoire de ϕ* est équivalent à *il est obligatoire de ϕ sauf si non-C* ; et *si non-C, il est obligatoire de ϕ* est équivalent à *il est obligatoire de ϕ sauf si C*. Par conséquent, le raisonnement qui procède d'une règle dotée d'exceptions (explicites ou implicites) est strictement identique à celui d'une règle dénuée d'exceptions, mais dotée (comme toute règle) de conditions d'applicabilité. Par conséquent, la règle *si $C_1 \dots C_p$ alors il est obligatoire de ϕ , sauf si $C_j \dots C_n$* est équivalente à la règle *si $C_1 \dots C_p$ et si non- $\{C_j \dots C_n\}$ alors il est obligatoire de ϕ* .

De la même manière, Glanville Williams écrit au sujet des *offenses* (infractions) et des *defences* (causes d'irresponsabilité pénale) – ces dernières étant des exceptions aux règles définissant les infractions : « Une "exception" ne fait qu'énoncer la limite d'une infraction. »²⁶ Commentant ce passage, Claire Finkelstein indique que, pour

23 Hart, 1948.

24 Hart, 2005, p. 158 – traduction modifiée.

25 On place les exceptions entre crochets afin de faire porter la négation sur l'ensemble des exceptions, que ces dernières soient cumulatives ou disjonctives. Ainsi « sauf si C_j et $C_k \dots$ et C_n » est équivalent à « si non- C_j ou non- $C_k \dots$ ou non- C_n » ; « sauf si C_j ou $C_k \dots$ ou C_n » est équivalent à « si non- C_j et non- $C_k \dots$ et non- C_n ».

26 Williams, 1988, p. 262.

Williams, « les causes d'irresponsabilité prévues par une disposition pénale ne sont qu'une partie implicite de la définition de l'infraction elle-même »²⁷. Il faut néanmoins remarquer que le propos de Williams est non pas conceptuel, mais normatif : les exceptions *doivent* être traitées comme des conditions négatives, de manière à ce que la charge de leur preuve incombe au ministère public²⁸ (la théorie de Williams est strictement consacrée au droit pénal) : si l'exception fait partie des éléments négatifs de définition de l'infraction, alors celui à qui il incombe de prouver l'infraction doit également prouver l'absence de l'exception – même si, en réponse, l'accusé peut prouver que l'exception est bien présente.

Si la thèse de Williams est normative, alors en vertu de la maxime « devoir implique pouvoir-ne-pas », on suppose que des faits peuvent être décrits comme des exceptions et néanmoins ne pas fonctionner comme des conditions négatives, dès lors que la charge de leur preuve n'incombe pas à la partie (généralement à l'initiative de l'action, qu'il s'agisse du ministère public ou du requérant – sauf cas de demande reconventionnelle) à qui incombe la charge de la preuve que les *conditions* (positives comme négatives) sont réunies. Le fait que cette répartition de la charge de la preuve soit concevable – et existe dans la plupart des cas – montre que, contrairement à ce que Bentham affirme, et en dépit de ce que Williams voudrait voir réalisé, les exceptions ne sont pas des conceptions négatives d'applicabilité de la règle ; ou, en droit pénal, les causes d'irresponsabilité ne sont pas des éléments négatifs de définition de l'infraction.

Il en résulte que le raisonnement juridique est défaisable. Un raisonnement est *défaisable* si sa conclusion est susceptible d'être défaite (de n'être plus valide) lorsque survient une exception. Un raisonnement valide en un temps t_1 ne l'est plus en t_2 , si en t_2 , une exception a été établie²⁹. Cela suppose que l'on puisse normalement dériver la conclusion sans qu'il y ait besoin d'établir l'absence de l'exception en t_1 ; si, pour que l'on puisse dériver la conclusion, il faut qu'au départ l'absence d'exception soit établie, alors la présence de l'exception ne défait pas la conclusion, puisqu'au départ l'inférence n'est pas valide. Si les exceptions étaient des conditions négatives, alors il faudrait que leur absence soit établie avant que l'on puisse dériver la conclusion. Le fait que les règles (ou les ensembles de règles) relatives à une classe de cas donnée prévoient des exceptions implique qu'une décision puisse être atteinte relativement à un cas subsumable sous ce cas en l'absence de toute information relativement aux exceptions à la règle.

Il est possible de distinguer, avec Giovanni Sartor et Henry Prakken³⁰, deux approches de la défaisabilité du raisonnement juridique : une approche inférentielle

27 Finkelstein, 1999, p. 158.

28 Williams, 1988, p. 270 *sq.*

29 L'explication en termes d'instants distincts t_p , t_e , etc. doit être comprise comme purement illustrative et n'implique nullement que le raisonnement ait une structure temporelle.

30 Prakken et Sartor, 2004, pp. 118-130. Voir aussi Prakken, 2001, *passim*. Il est à noter que Prakken et Sartor distinguent un troisième type de défaisabilité, la « défaisabilité théorique » que l'on va complètement laisser de côté ici.

selon laquelle la défaisabilité du *raisonnement* juridique s'explique par la nature de l'inférence que ce dernier instancie ; une approche procédurale selon laquelle la défaisabilité du raisonnement *juridique* s'explique par des traits processuels et procéduraux qui, en droit, en fournissent le cadre (les règles de répartition de la charge de la preuve, la présence de présomptions simples, etc.). Ces deux approches ne sont nullement incompatibles et de nombreux auteurs les mènent de front. Comme l'indiquent les italiques dans la première phrase de ce paragraphe, les approches procédurales mettent l'accent sur des traits propres au droit ou aux systèmes para-juridiques, tandis que les approches inférentielles mettent l'accent sur la structure du raisonnement. Elles se recoupent par endroits, en particulier dans les théories dialectiques de l'argumentation³¹, qui supposent à la fois un certain séquençage des arguments (analogue aux règles de répartition de la charge de la preuve) et l'existence d'une relation de conséquence non monotone.

C'est la raison pour laquelle on va étudier les théories dialectiques en même temps que les théories procédurales, même si elles n'ont pas toujours une composante procédurale³². Il faut en effet remarquer que bien qu'elles supposent une situation dialectique para-juridique (ce que Thomas Gordon appelle des « jeux de plaidoiries »), ces théories n'accordent pas nécessairement un statut spécial aux exceptions : puisque les contre-arguments peuvent consister non seulement à soulever des exceptions, mais à réfuter l'argument principal. Ainsi, pour reprendre un exemple de Sartor et Prakken, si la partie A affirme (à l'appui d'une requête quelconque) : « ceci est un acte notarié » et la partie B contre-attaque en affirmant : « cet acte notarié est un faux », la partie B n'a pas soulevé une exception, mais fourni une négation de l'affirmation de la partie A. Le fait qu'un acte notarié soit faux n'est pas une exception à la règle qui veut que les actes notariés soient invocables à l'appui d'une requête. On verra que les exceptions naissent de l'application de règles procédurales à un cadre argumentatif dialectique.

Dans la prochaine section, on va introduire la notion de défaisabilité chez Hart, en tentant d'en dégager les principaux enjeux. Le prochain chapitre envisagera les théories inférentialistes de la défaisabilité. Enfin, dans un chapitre suivant on étudiera brièvement certaines théories dialectiques, et leurs pendants procéduraux, qui correspondent sans doute plus exactement aux vues originelles de Hart – et on se penchera pour finir sur une théorie procédurale monologique se voulant une reconstruction plus fidèle, quoique très contestable, de la pensée de ce dernier.

31 Voir en particulier Sartor, 1994 ; Gordon, 1993 ; Gordon, 1994 ; Prakken et Sartor, 1996 ; Prakken, 1997 ; Walton, 2002 ; Hage, 2000 ; Lodder, 1999, spéc. pp. 98-145.

32 Par ailleurs, une théorie procédurale telle que celle de Duarte d'Almeida que l'on va étudier plus loin repose sur un modèle monologique. Cependant de nombreux modèles de l'*argumentation* sont également monologiques (Perelman, dans une certaine mesure Toulmin).

SECTION 3. LA NOTION DE DÉFAISABILITÉ CHEZ HART

I. LE PROJET (AVORTÉ) DE SÉMANTIQUE JURIDIQUE DE HART

A. La théorie originelle : la défaisabilité des concepts juridiques

Le terme « défaisabilité » a été introduit³³ dans le vocabulaire philosophique par Hart dans son premier article publié, « The Ascription of Responsibility and Rights ». Dans cet article, Hart entreprend d'apporter une réponse à la question, ancienne comme la théorie du droit, de la signification des concepts juridiques. Qu'est-ce qu'un contrat ? Un titre (*claim*) ? Un droit ? Une infraction (*offence*) ? Tous les praticiens du droit se servent de ces termes dans leur pratique quotidienne, et pourtant la question de savoir ce qu'ils dénotent ne peut manquer d'apparaître obscure. A l'arrière-plan de ces interrogations se trouvent la théorie réaliste scandinave classique³⁴ et certains Réalistes américains³⁵, que Hart rejette également³⁶, mais le projet de Hart puise avant tout ses racines dans Bentham, que Hart ne cite pourtant pas. Pour Bentham³⁷ en effet, les noms « devoir », « droit », « obligation », etc. ne dénotent pas des entités réelles, mais des entités *fictives*³⁸. Par là, Bentham ne veut pas dire qu'il s'agisse d'œuvres de l'imagination, au sens où la licorne est une entité fictive : le terme « licorne » dénote quelque chose, qui aurait pu exister (en gros, un cheval avec une corne au milieu du museau), mais qui se trouve ne pas exister dans notre monde. Par fiction, il faut entendre, selon

33 On trouve, dès les années 1950, une reconnaissance de la paternité hartienne du terme, si ce n'est de la notion, chez deux auteurs qui ont été parmi les premiers à s'en servir en dehors du strict cadre de la théorie du droit, Stephen Toulmin et Raphaël Demos (Toulmin, 2008, p. 131 et Demos, 1958, p. 157). Dans les deux cas, la notion de défaisabilité est rapprochée de celle d'obligation *prima facie* chez David Ross. On verra plus loin que si cette dernière correspond à une facette de la défaisabilité, ce qu'Hart a en tête dans l'article de 1948 est beaucoup plus délimité.

34 En particulier la théorie de la fonction « magique » des concepts juridiques d'Axel Hägerström et la théorie (non identique) des « mots creux » de Karl Olivecrona, deux théories dont Hart n'avait sans doute en 1948 qu'une connaissance imparfaite ou de seconde main. La théorie d'Hägerström a été rendue disponible au public anglophone en 1953 avec la traduction d'un recueil de textes datant des années 1920 et 1930. Voir A. Hägerström, 1953, spéc. pp. 322-324. Hart a effectué un compte-rendu de cet ouvrage en 1955 : H.L.A. Hart, 1955, pp. 369-373. La théorie des « mots creux » la plus développée a été formulée par Olivecrona dans un texte tardif, Olivecrona, 1962, spéc. p. 169 *sq.* Voir, sur la position de Hart sur le Réalisme Scandinave, H.L.A. Hart, 2005, pp. 28-29 et H.L.A. Hart, « Definition and Theory in Jurisprudence » in Hart 1983, spéc. pp. 23-25. En revanche, l'article « Scandinavian Realism » in Hart, 1983 est consacré avant tout à Alf Ross, dont la position prédictiviste n'est nullement partagée par Hägerström et Olivecrona, comme Hart lui-même le reconnaît dans le passage précité de Hart, 2005. Voir là-dessus Pattaro, 2005, p. 142.

35 En particulier Felix Cohen. Voir Cohen, 1935, pp. 809-849.

36 Voir Baker, 1977, p. 27.

37 Les textes principaux sont les essais réunis dans le volume VIII des œuvres de Bentham en particulier l'*Essay on Logic* (voir Bentham, 1843b, p. 256 *sq.*), le *Fragment on Ontology* (voir Bentham, 1843b, p. 197 *sq.*) ; voir aussi Bentham, 1988, p. 107 ; Bentham, 1970a, p. 294.

38 On suit ici lâchement l'analyse que Hart donne des fictions logiques benthamiennes dans Hart, 1982, pp. 128-131 et dans Hart, 1983, pp. 26-27.

Bentham, des « fictions logiques », c'est-à-dire des termes qui ne dénotent rien du tout, rien qui puisse exister dans quelque monde possible que ce soit³⁹. Cela suppose une ontologie relativement dépeuplée, composée uniquement de choses matérielles et d'idées provenant de la sensation : seules ces entités sont susceptibles d'être dénotées de manière non fictive. Les obligations, les droits, etc. ne sont pas des objets du monde.

Bentham en déduit deux conséquences importantes : la première est que les concepts juridiques ne peuvent pas recevoir de définition *per genus et differentiam* : les droits, les obligations ne sont pas des espèces d'un genre supérieur, ni les genres d'espèces inférieures (à l'inverse du cheval qui est une espèce du genre mammifère). Il est, pour le dire autrement, impossible de définir en intension les concepts juridiques. La seconde conséquence est que, pour saisir leur signification, il convient de ne pas les considérer isolément mais au sein des énoncés qui les emploient. Par exemple : « x a l'obligation de ϕ », ou « x a un titre à ϕ » etc. Or ces énoncés, bien qu'employant des fictions logiques, sont manifestement susceptibles du vrai et du faux : par exemple, il est vrai que « M. X a l'obligation contractuelle de payer 2 000 euros à M. Y ». Pour Bentham, il est ainsi possible de reformuler cet énoncé en n'employant aucun terme fictionnel. Par exemple : « Si M. X ne paie pas 2 000 euros à M. Y, il y a de fortes chances pour qu'il subisse une sanction (dommages-intérêts, exécution forcée, etc.) ». Cet énoncé n'emploie *aucun* terme fictionnel, mais décrit un ensemble d'objets du monde. Par conséquent, bien que les *concepts* juridiques ne soient jamais réductibles à des concepts non fictionnels (et par conséquent ne puissent être proprement *définis*), les *énoncés* juridiques, eux, sont réductibles à des énoncés descriptifs, et sont, de ce fait, susceptibles d'être vrais ou faux.

Dans « The Ascription... », Hart met précisément en avant ces deux idées, qu'il formule de la manière suivante : 1° les concepts juridiques ne sont pas susceptibles d'être définis par une liste exhaustive de conditions nécessaires et suffisantes d'application⁴⁰ ; 2° le sens des concepts juridiques est mieux saisi dès lors que l'on considère les énoncés qui les emploient. Il convient de s'arrêter sur cette deuxième idée, car c'est ici que Hart se sépare de Bentham. Pour Hart, les énoncés juridiques ne sont jamais exhaustivement réductibles à des *descriptions* de faits (ou de probabilités de faits) – une telle réduction s'apparentant à ce qu'Austin appellera « le sophisme constatif⁴¹ ». C'est pourquoi le contexte d'énonciation juridique par excellence est le *jugement* : lorsque le juge dit : « C est un contrat valide » ou « X a un droit à se faire payer 2 000 € par Y », il ne décrit pas un fait, il *attribue* (*ascribes*) un droit ou une responsabilité⁴². Ces énoncés ont donc une fonction linguistique *sui generis* : ils n'ont pas pour fonction de constater que quelque chose est le cas, mais ils décident quelque chose, ils imputent à l'une des parties quelque chose à péché ou à vertu. De même lorsque un avocat dit au

39 Cette formulation est évidemment anachronique, mais elle me semble rendre bien compte de ce que Bentham appelle « fiction logique ».

40 Hart, 1948, p. 174.

41 Austin, 1962, p. 3.

42 Il y a là en germe la réponse aux théories prédictivistes (Holmes, mais aussi les Réalistes américains, et *mutatis mutandis*, Ross) formulée par Hart, 2005, p. 124.

juge : « Mon client a droit au versement de 2 000 euros », il ne décrit pas quelque chose, mais il émet une *revendication*⁴³.

On peut maintenant en revenir à la première idée, qui est partiellement détachable⁴⁴ de l'ascriptivisme de Hart, selon laquelle les concepts juridiques ne sont pas susceptibles d'être définis par une liste complète de conditions nécessaires et suffisantes d'application. Il semble bien, en effet, que lorsqu'un juge dit « ceci est un contrat valide », il se contente d'appliquer un concept défini par de telles conditions. En réalité, les concepts juridiques présentent deux caractéristiques qui empêchent qu'une définition puisse spécifier l'ensemble de ces conditions : la première est leur caractère ouvert (*open-ended*) – ainsi, même si une liste de conditions nécessaires et suffisantes d'application pouvait être dressée, il faudrait nécessairement la conclure par « *et cetera* »⁴⁵. La seconde caractéristique est la *défaissabilité* des concepts juridiques. On va s'attarder sur la seconde, et laisser de côté la première, qui a pourtant un rôle important à jouer dans une théorie de la défaissabilité ; il convient toutefois de distinguer soigneusement le caractère défaissable et le caractère ouvert des concepts juridiques⁴⁶, qui sont conceptuellement indépendants. C'est la raison pour laquelle il faut se garder d'envisager la notion de défaissabilité telle que développée par Hart en 1948 à l'aune du problème des « exceptions non spécifiables de manière exhaustive à l'avance » que Hart mentionne dans le passage du *Concept de droit* cité plus haut.

L'idée de Hart est la suivante : soit un concept tel que « contrat » (ou « meurtre »). Il y a un certain nombre de conditions nécessaires et/ou suffisantes qui font que les énoncés (« ascriptif ») « ceci est un contrat valide »⁴⁷ ou « X est reconnu coupable de meurtre » sont des énoncés corrects ou justifiés en droit. Il arrive également qu'alors que toutes ces conditions sont réunies (par exemple X a bien donné volontairement la

43 Pour un commentaire éclairant, voir Duarte d'Almeida, 2007a, pp. 170-176.

44 Comme on va le voir, pour Hart, le défaissabilisme n'est pas détachable de l'ascriptivisme, dans la mesure où il s'explique avant tout dans un contexte de revendications (de requêtes et de défenses) et de jugement.

45 Hart, 1948, p. 174.

46 Voir là-dessus, Duarte d'Almeida, 2007a, p. 174, n.11. Certains auteurs ont soutenu la thèse inverse, à savoir que les concepts juridiques sont défaissables parce qu'ils sont ouverts (par exemple, Stoljar, 1959, p. 360 ; Stavropoulos, 1996, p. 54 ; Schauer, 1998, p. 225 ; Bayón, 2003b, pp. 163-165 ; Pazos, 2005, p. 543).

47 A vrai dire, l'exemple du « contrat » pour illustrer le développement qui suit sonne un peu étrange à l'oreille du juriste français, dans la mesure où la nullité du contrat est invocable par voie d'action comme par voie d'exception – c'est-à-dire à la fois à la faveur d'une action en annulation et d'une « défense » (au sens de la *common law*) lors d'une action dont l'objet est l'exécution du contrat. Par conséquent, les « conditions du contrat », qui, en droit français, sont le consentement, la capacité, l'objet, la cause peuvent être à la fois invoqués comme des conditions et comme des exceptions : par exemple, un requérant demandant l'annulation du contrat devra *prouver* l'absence d'une de ces conditions ; en revanche, un débiteur défaillant auquel on réclame des dommages-intérêts pourra *exciper* de l'absence de ces mêmes conditions pour se délivrer de son obligation. (Ce point n'est pas fatal pour Hart, qui thématise moins le rôle de la répartition de la charge de la preuve dans la définition des exceptions que la manière dont les exceptions se comportent dans le raisonnement juridique, voir Hart, 1948, p. 178). A cela s'ajoute que le juge en droit français peut soulever la nullité (absolue) d'office, même si aucune des parties n'a plaidé en ce sens.

mort à autrui), l'application du concept « meurtre » soit *défaite* (*defeated*) par l'invocation d'une exception ou d'une « défense » reconnue en droit, par exemple, en droit français, l'exception de légitime défense, prévue et encadrée par l'art. 122-5 du Code pénal. – Précisons d'emblée que le jeu de mots sur « exception » traduit un point fondamental de la thèse de Hart : ce qui est *excepté* à l'application d'un concept est ce dont il est possible d'*exciper*. Le fait que Hart fasse équivaloir *defence* et exception en est un signe tangible. – Par conséquent, un concept est *défaissable* lorsqu'un énoncé ascriptif (un *claim*, une requête, un argument) faisant application du concept est susceptible d'être *défait* par un argument soulevant une exception⁴⁸.

De manière générale, lorsqu'un requérant quelconque (y compris un procureur) demande au juge de lui attribuer un droit ou d'attribuer une responsabilité au défendeur, ce dernier a deux options. La première est tout simplement de nier les faits, c'est-à-dire d'affirmer que les conditions d'application du concept ne sont pas réunies : par exemple, je n'ai pas tué M. X ; ce n'est pas moi qui ai signé le contrat avec M. Y et ainsi de suite. La seconde option, c'est de ne pas nier que les conditions d'application du concept « meurtre » ou « contrat » sont réunies, mais de soulever une défense ou une exception⁴⁹. Lorsqu'une telle exception est invoquée avec succès, alors le défendeur *défait*⁵⁰ (au sens militaire) la requête du requérant, et le juge n'applique pas le concept au cas d'espèce. Ce que Hart veut montrer par là c'est que les conditions d'application du contrat, qui sont certes nécessaires pour que l'on puisse parler de contrat valide, c'est-à-dire que l'on puisse appliquer le concept de contrat, ne sont jamais *suffisantes*. En effet, bien que ces conditions soient réunies, l'application du concept peut être néanmoins être bloquée par l'invocation couronnée de succès⁵¹ d'un chef d'exception.

48 Il y a une légère ambiguïté chez Hart : les *concepts* sont défaissables, mais les *arguments* (*claims*) invoquant le concept sont *défait*s (voir Hart, 1948, p. 174). En réalité cela tient au fait que c'est telle ou telle application du concept qui est défaite, et que l'application d'un concept se fait *prima facie* au moyen d'un énoncé ascriptif, i.e. d'un *claim*.

49 Ici, on passe sous silence le problème de la distinction en théorie du droit pénal entre justifications et excuses (voir, parmi une immense littérature, Austin, 1956, p. 3 ; Robinson, 1982, pp. 213-229 ; Hurd, 1998 ; Fletcher, 2000, pp. 759-875 ; Duff, 2004 ; Baron, 2005 ; Husak, 2005 ; Gardner, 2007, pp. 91-140 ; Alexander et Ferzan, 2009, p. 88 *sq.*) Cette distinction complique sensiblement la tâche. En effet, il semble bien que si x était justifié, alors les conditions d'application du concept n'étaient pas réunies *ab initio* ; en prouvant la légitime défense, on semble montrer qu'il n'y avait pas meurtre *ab initio* ; tandis que si j'ai agi sous l'empire d'un trouble psychique (ce qui constitue une excuse), j'ai bien commis un meurtre, mais je dois ne pas être condamné. En réalité, on peut soutenir qu'une distinction correcte entre justification et excuse ne porte pas sur l'applicabilité du concept « meurtre », mais sur le caractère socialement (ou moralement) acceptable d'un *homicide* : un homicide justifié demeure un homicide (par définition), mais alors qu'un homicide excusé demeure socialement inacceptable, un homicide justifié n'est pas considéré comme mauvais (voir là-dessus Hart, 2008, pp. 13-14). Bien qu'il faille distinguer logiquement les justifications des excuses, elles jouent procéduralement un rôle identique, qui consiste à « défaire » l'application de la règle (voir là-dessus, L. Duarte D'Almeida, 2007a, p. 190).

50 La défaissabilité renvoie donc à la deuxième voie possible (soulever une exception) et non à la première (nier les faits). Certains auteurs ont commis un contresens remarquable en attribuant à Hart la thèse (soit triviale, soit absurde) selon laquelle la négation des faits « défaire » l'application du concept (Pitcher, 1960, p. 234 ; Cherry, 1974, p. 102).

51 La précision n'est pas superflue : il ne suffit évidemment pas de clamer que l'on a agi en état de légitime défense pour être délivré de l'accusation de meurtre ; il faut le prouver.

On pourrait cependant objecter à Hart que la défaisabilité des concepts juridiques n'empêche nullement que ceux-ci soient définis au moyen d'une liste de conditions nécessaires et suffisantes, même si cette liste est par ailleurs ouverte, puisqu'on a vu que le caractère ouvert des concepts était conceptuellement distinct de leur caractère défaisable. En effet, rien n'empêche de formuler la définition de ces concepts au moyen d'une liste (certes potentiellement ouverte) de conditions positives *et* négatives d'application, les conditions négatives étant assimilables à des exceptions. La définition du meurtre pourra être énoncée ainsi : X commet un meurtre s'il donne la mort à autrui *et* s'il le fait volontairement *et* s'il n'est pas en état de légitime défense *et* s'il n'est pas contraint, etc. Après tout, Hart, parlant des conditions du contrat (en droit anglais : la présence de deux parties, une offre, l'acceptation, la *consideration*), parle bien de conditions positives⁵² ; et il lui arrive, en parlant des exceptions, de parler « d'exemples négatifs »⁵³. Il semble donc que la position de Hart soit au pire intenable, au mieux obscurcie par ses maladroites stylistiques. Dans un article consacré en partie à un commentaire de « *The Ascription...* », John Mackie écrit ainsi :

N'y a-t-il bien aucune classe de conditions nécessaires et suffisantes (...) ? Il y a bien des traits positifs – appelons-les A et B – qui sont nécessaires et, en l'absence de toute défense, suffisantes pour qu'il y ait contrat ? Il y a diverses défenses qui pourraient défaire la requête selon laquelle il y a contrat – appelons-les K, L, M, N. Ainsi (...) le terme complexe ABKLMN est la condition nécessaire et suffisante pour qu'il y ait contrat⁵⁴.

Et quelques pages plus loin, Mackie ajoute, à raison, que le caractère ouvert du concept n'est pas déterminant⁵⁵.

Or Hart refuse, encore que de manière assez confuse, d'assimiler les exceptions à des *conditions négatives*⁵⁶, et c'est en partie pour faire sens de ce refus que les deux modèles théoriques que je vais présenter d'ici peu ont été bâtis par leurs auteurs. La raison de ce refus est que le juge, lorsqu'il statue sur une requête donnée, tranche en fonction des arguments qui lui sont présentés. Encore qu'il puisse soulever des moyens d'office, il demeure que si l'avocat n'invoque pas la légitime défense, le juge condamnera l'accusé ; si l'avocat n'excipe pas du vice du consentement, le juge condamnera le débiteur à des dommages et intérêts :

52 Hart, 1948, p. 174.

53 *Ibid.*

54 Mackie, 1955, pp. 146-147 (voir aussi Mackie, 1985, p. 32). On trouve des remarques analogues chez Gordon Baker, (Baker, 1977, p. 89), Michael Bayles (Bayles, 1992, p. 12) et Mauro Barberis (Barberis, 1990, p. 268).

55 J.L. Mackie, 1955, p. 148.

56 Hart, 1948, p. 175. Du reste, Hart, en détaillant les diverses « défenses » susceptibles de défaire ou bloquer l'application du concept « contrat », mentionne un élément *négatif* (la « non-divulgaration de faits matériels »). Or, si les exceptions sont définies comme des conditions négatives (*A si B sauf C* devenant *A si B et si non C*), alors cette défense, par le biais de la double négation, devient... une condition positive (il y a contrat si A, B... si il y a divulgation, etc.). De manière générale, le caractère très largement interdéfinissable du positif et du négatif obère toute caractérisation des exceptions comme conditions négatives.

La fonction d'un juge est de dire s'il y a ou non un contrat valide en se basant sur les arguments de la requête et les moyens en défense qui ont été soulevés et plaidés devant lui et sur les faits qui ont été portés à son attention, non sur les moyens qui auraient dû être soulevés ou plaidés. Ce n'est pas sa fonction de donner une interprétation juridique des faits qui soit idéalement correcte, et si une partie (qui est *sui juris*) échoue, à cause d'un conseil défectueux ou autre, à soulever un moyen, ou à plaider une défense, susceptibles d'être couronnés de succès, le juge, en décidant de tels cas, a rendu la décision correcte⁵⁷.

Et, pour Hart, il s'agit d'une conséquence de (ou tout au moins cela va de pair avec) l'ascriptivisme : le juge, en disant « ceci est un contrat », n'entend pas formuler un énoncé descriptif vrai ou faux⁵⁸, mais obtenir une décision correcte, justifiée sur la base des arguments qui ont été soulevés devant lui⁵⁹. En ce sens, on n'applique pas un concept juridique de la même manière qu'on applique un concept descriptif (« table », « arbre » etc.).

Or si telle est la fonction du juge, alors les exceptions se comportent nécessairement très différemment des conditions, que celles-ci soient positives ou négatives. En effet, si la partie requérante échoue à montrer que les conditions d'application du concept sont réunies, alors sa requête est rejetée, et il n'est pas nécessaire pour la partie adverse (le défendeur) d'invoquer une quelconque exception que ce soit. Si, au contraire, la partie requérante réussit à montrer que les conditions d'application sont réunies, *et que le défendeur ne soulève aucune exception*, alors le concept s'applique, *i.e.* le *claim* qui en fait application est couronné de succès. C'est pourquoi le fait, pour les conditions d'application du concept, d'être non seulement nécessaires (ce que nul ne nie), mais également suffisantes pour que le concept soit appliqué est conditionné à la non-occurrence d'un moyen d'exception. Aussi bien, dans certains contextes (lorsque aucune exception n'est soulevée, par exemple parce que l'avocat est incompetent), ces conditions *sont bien suffisantes* pour que la décision soit correcte. Dans d'autres cas, lorsqu'une exception est soulevée avec succès, elle suffit à défaire le concept (ou son application) bien que ces mêmes conditions soient réunies.

B. Les limites de la théorie originelle

Avant d'envisager les conséquences de la thèse défaisabiliste et sa postérité, quelques mots sur ce que Hart lui-même en a fait par la suite. Il est bien connu que Hart a répudié « The Ascription... »⁶⁰ dans la préface de *Punishment and Responsibility*, sans qu'il donne les raisons exactes de ce désaveu. Il cite deux critiques, formulées par Peter Geach et George Pitcher,⁶¹ dont il assure avoir été convaincu du bien-fondé.

57 Hart, 1948, p. 182.

58 *Ibid.*

59 Il est notable que Mackie a vu ce point, mais il n'en a manifestement pas tiré toutes les conséquences. Voir Mackie, 1955, p. 147.

60 Hart, 2008, p. v.

61 Geach, 1960 : Pitcher, 1960.

C'est d'ailleurs sans doute à tort qu'il le reconnaît⁶² ; à vrai dire, on ne sait pas bien par quel aspect de ces critiques Hart a été convaincu. Ce que les deux critiques remettent avant tout en cause c'est « l'ascriptivisme » de Hart ; Pitcher reconnaît que son « défaisabilisme » en est partiellement détachable et peut être éventuellement défendable⁶³. Le nœud de la critique consiste à affirmer soit que les énoncés « ascriptifs » sont intégralement réductibles à des énoncés descriptifs (Geach⁶⁴) – c'est ce qu'on appelle le problème de Frege-Geach⁶⁵ ; soit qu'il y a des contextes, très nombreux, où les énoncés que Hart considère ascriptifs sont très nettement descriptifs (Pitcher⁶⁶). Cette dernière critique revient à accuser Hart de commettre la « *speech act fallacy* », dont Hart s'est sans doute rendu coupable dans quelques textes ultérieurs (cf. *infra*), mais sans doute pas dans « *The Ascription...* », puisqu'il y reconnaît sans peine que « bien sûr, nous faisons souvent usage des concepts juridiques au sein d'énoncés descriptifs⁶⁷ ». Cependant il demeure que la fonction *primaire* de ces concepts (contrairement par exemple à « table » ou « chaise ») est d'être utilisée dans énoncés ascriptifs, c'est pourquoi on peut y voir une pente glissante vers la *speech act fallacy*, dans la mesure où la distinction primaire/secondaire n'est pas formalisée : de quelle manière la fonction secondaire d'un concept affecte-t-elle sa signification ?

Les raisons de la répudiation de « *The Ascription...* », que Hart a l'élégance d'attribuer à des critiques qui n'ont que peu à avoir avec elles, tiennent davantage à des doutes évidents quant à la viabilité d'un projet de sémantique juridique. Le texte pivot est « *Definition and Theory in Jurisprudence* »⁶⁸, où Hart envisage les énoncés juridiques (en particulier les énoncés incorporant des *concepts* juridiques) comme des conclusions d'inférences à partir de règles⁶⁹. Ici, une analogie avec les jeux est envisageable : si on me demande qu'est-ce qu'un *atout*, ou qu'est-ce qu'un *fou*, si je me contente de décrire ce qui est représenté sur la carte ou la forme du fou, je n'aurai pas répondu à la question. En revanche, si j'énonce les règles du jeu (indiquant le comportement des atouts, ou la manière correcte de bouger le fou), alors il me sera beaucoup plus facile de saisir le sens de l'énoncé « ceci est un atout ». Ce faisant, non

62 Pour une défense vigoureuse de Hart, voir Loui, 1995.

63 Pitcher, 1960, pp. 232-234 : Pitcher indique que la défaisabilité ne peut être attribuée à tous les concepts d'action, mais seulement à certains d'entre eux.

64 Geach, 1960, pp. 223-224.

65 L'argument de Geach est de manière générale dirigé contre le non-cognitivism en méta-éthique dont l'ascriptivisme représente une variante en philosophie du langage. Selon Geach, les non-cognitivistes ne distinguent pas la prédication et l'assertion ; or je puis prédiquer que P de X sans asserter que X est P. Par exemple, lorsque je dis : « si X est P, alors... », je prédique P de X sans asserter que X est P. Par conséquent, lorsque je dis « si jouer aux jeux d'argent est mauvais, alors... », je prédique bien « mauvais » de « jouer aux jeux d'argent », mais « mauvais » ne peut être ici conçu comme exprimant une *condamnation*. Il est donc possible de fournir une explication de « X est mauvais » en termes non ascriptifs, mais purement descriptifs.

66 Pitcher, 1960, pp. 227-228.

67 H.L.A. Hart, 1948, pp. 183-184.

68 Publié pour la première fois en 1953, repris dans H.L.A. Hart, 1983. On trouvera une excellente analyse en français de ce texte, et plus largement du projet sémantique hartien dans Chérot, 2012.

69 Hart, 1983, p. 33 *sq.*

seulement Hart ne renonce pas à l'ascriptivisme, mais au contraire il le radicalise de manière intenable (puisque'il semble indiquer que la *seule* fonction de l'énoncé : « ceci est contrat » est d'être une conclusion à partir de règles), et commet, de ce fait, quelque chose d'analogue à la *speech act fallacy*⁷⁰. En revanche, reformulée de manière à éviter ce problème, la position de Hart dans « Definition and Theory... » traduit un déplacement de l'intérêt sur les *règles*, et non plus les *concepts*, juridiques. Comme Hart le montrera dans le *Concept de droit*, l'aspect interne (le fait pour les membres du groupe engagés dans une pratique « d'accepter » ces dernières) est une caractéristique des *règles* et explique la manière dont celles-ci fournissent des raisons pour l'action : dans une telle perspective, la sémantique des *concepts* (dénotent-ils ou non des entités réelles ?) n'est plus un problème majeur.

C'est également la raison pour laquelle la distinction des énoncés externes et internes permet d'éviter la *speech-act fallacy*, et de remédier aux défauts de l'ascriptivisme originel de Hart, puisque'il est trivial que des concepts juridiques puissent figurer dans des énoncés non normatifs tels que les énoncés externes modérés. Il n'y a plus alors beaucoup d'intérêt à affirmer que les concepts juridiques sont « principalement ascriptifs » mais peuvent faire éventuellement l'objet d'autres usages, ce qui constitue une pente glissante vers la *speech-act fallacy* : les concepts juridiques sont « ascriptifs » lorsqu'ils sont utilisés dans des énoncés internes, et non pas l'inverse. Intéressante, de ce point de vue, est l'observation de Gordon Baker selon laquelle « la distinction entre les énoncés externes et internes n'est pas sémantique, mais pragmatique »⁷¹ – thèse qui me semble être exacte. Baker, ce faisant, croit critiquer Hart, lequel se rendrait coupable d'une « division inconsistante entre pragmatique et sémantique »⁷² et, de ce fait, se rendrait tout aussi coupable de *speech act fallacy* (ou de pente glissante vers elle, comme l'indique l'idée présente dès l'article de 1948 selon laquelle les concepts juridiques sont *primairement* ascriptifs). Mais Baker prend les énoncés internes par le mauvais bout : selon lui, émettre un énoncé interne implique (pragmatiquement) une attitude d'acceptation de la règle, mais il n'y a rien d'absurde, d'un point de vue sémantique, à imaginer un locuteur n'acceptant pas la règle mais énonçant un énoncé interne. Or cela suppose précisément qu'un énoncé soit *interne* dès lors qu'il emploie un concept juridique (dont on suppose qu'il est ascriptif), ce qui est précisément la stratégie que Hart évite dans le *Concept de droit*, où l'énoncé interne est *entièrement défini* par le fait qu'il est formulé du point de vue interne, c'est-à-dire par des paramètres pragmatiques. L'existence d'énoncés externes modérés – ainsi que, éventuellement, d'énoncés désengagés razien – suppose que l'on puisse formuler des énoncés

70 Hart le reconnaît d'ailleurs dans l'introduction aux *Essays in Jurisprudence and Philosophy* : le fait d'être inféré à partir d'une règle est un usage de l'énoncé qui n'affecte pas sa signification : il y a des usages descriptifs (ou plutôt, assertifs) de ces énoncés. « Il était tout simplement incorrect de dire que de tels énoncés *sont* des conclusions d'inférences à partir de règles juridiques, car de telles phrases ont le même sens dans différentes occasions d'usage, que le locuteur les présente ou non comme des inférences. S'il les présente ainsi, alors cela caractérise l'*usage* de cette profération (*utterance*), et ne fait pas partie de la signification de la phrase. » (Hart, 1983, p. 5).

71 Baker, 1977, p. 41.

72 Baker, 1977, p. 42.

formellement identiques aux énoncés internes sans endosser le point de vue interne : mais ces énoncés cessent alors d'être des énoncés internes, *précisément* parce qu'ils sont pragmatiquement différents, *i.e.* qu'ils impliquent une *attitude* différente de la part du locuteur. Cela n'affecte pas la signification des énoncés, et encore moins celle des concepts qui y figurent.

Il en résulte qu'un projet de sémantique juridique devient superflu. En effet, le problème de la définition d'un concept juridique se pose de deux manières. Il y a une définition possible du concept de « contrat » qui est transversale à tout système juridique et qui vaut pour tout usage, même non juridique du terme ; par exemple, un contrat est un accord écrit ou oral par lequel les parties s'engagent à faire ou ne pas faire quelque chose. Cette définition lexicale n'indique nullement à quelles conditions un contrat est valide dans tel ou tel système juridique ; ces conditions varient d'un système juridique à l'autre, mais cela n'affecte nullement la définition transversale du concept de contrat. Comme l'écrit Richard Epstein : « La définition de ce qu'est un contrat est claire (...). Mais l'intérêt de cette définition n'est pas d'établir à quelles conditions les contrats sont juridiquement valides (*enforceable*), ni ce qui constitue l'inexécution d'un contrat. »⁷³ Par conséquent, ce n'est pas le *concept* de contrat qui est défaisable, mais c'est le contrat lui-même – ou, si l'on souhaite éviter l'hypostase du « contrat » comme entité existant dans le monde, c'est l'*argument* (ascriptif ou descriptif, qu'importe) « ceci est un contrat » qui est défaisable. Ce ne sont donc pas les concepts juridiques qui sont défaisables, mais les *arguments* tirés des règles qui définissent les conditions auxquelles il est *juridiquement* possible d'utiliser ces concepts. Dans « The Ascription... », Hart reconnaît bien que ce sont bien les *arguments* instanciant ces concepts qui sont susceptibles d'être défaits⁷⁴ ; mais, cela n'est aucunement lié à la *définition* des concepts.

C'est pourquoi il semble possible (et nécessaire) de détacher la problématique de la défaisabilité du projet de sémantique juridique avorté de Hart, et d'en faire une caractéristique beaucoup plus générale de l'*application des règles* juridiques. Cependant, Hart n'évoquera plus le problème de la défaisabilité dans le reste de son œuvre. Pourtant, les principales intuitions de Hart en 1948 sur la défaisabilité sont fécondes, y compris, et à vrai dire surtout, dans le cadre d'une théorie des règles et de leur application ; et c'est sur ce point que les auteurs ultérieurs insisteront.

II. LE PRIX LOGIQUE DE LA DÉFAISABILITÉ

Il y a en effet un point important que « The Ascription... » met en lumière et que le *Concept de droit* va très nettement passer sous silence : le fait que la décision juridictionnelle – lieu topique d'application des concepts (et/ou des règles) juridiques – est très largement déterminée par les arguments soulevés devant le juge à l'audience – ou

73 Epstein, 2005, pp. 234-235. Voir aussi Epstein, 1973, pp. 559-560.

74 Hart, 1948, p. 174. Voir plus haut n. 48.

dans les mémoires, lorsque la procédure est écrite. Pour le dire autrement, il y a une conception dialogique du raisonnement juridique que Hart remplace 15 ans plus tard par une vision monologique du rôle du juge. Cela s'explique encore une fois par un changement de perspective : au chapitre VII du *Concept de droit*⁷⁵, ce que Hart essaie de montrer c'est que, bien que les règles puissent, en raison de leur texture ouverte, échouer à guider la décision du juge, cela n'a rien d'une nécessité absolue : aussi bien le scepticisme de la règle est-il infondé. Dans les cas faciles, le juge est bien guidé par la règle, ne serait-ce que parce que la règle de reconnaissance l'oblige à appliquer les règles valides. Certes, un juge peut devenir fou et, par exemple, relaxer l'heureux propriétaire d'une grosse cylindrée ayant paradé avec celle-ci au jardin du Luxembourg bien qu'une règle lui interdise de pénétrer avec un véhicule dans le parc : mais le fait même qu'on parle de violation du droit suppose que le juge aurait dû décider autrement et *appliquer la règle* : ce n'est pas parce que sa décision est définitive qu'elle est justifiée en droit. – De fait, si tous les juges statuent en toute occasion *contra legem*, alors la règle de reconnaissance n'existe *de facto* plus.

Or ce n'est pas ce genre de préoccupations qui guidaient le projet sémantique de Hart en 1948⁷⁶, ne serait-ce que parce que les règles y jouent un rôle secondaire. La question n'est pas de savoir si la finalité de la décision juridictionnelle implique son infaillibilité, mais seulement à quelles conditions sa décision est correcte (ou justifiée en droit) *étant donné les faits de l'espèce*. On présuppose donc que la décision *peut* être correcte selon des critères juridiques de justification. Et même si on reformule la thèse de « *The Ascription* » au moyen d'une théorie des règles, il demeure que le problème n'est pas celui de l'indétermination sémantique des règles (qui est le problème du chapitre VII du *Concept de droit*), mais celui de leur applicabilité : pourquoi, alors que toutes les conditions (nécessaires et suffisantes) pour que la règle soit applicable sont réunies, la décision de ne pas l'appliquer est-elle correcte en droit ? Evidemment, le simple fait de se poser cette question suppose que la *possibilité* d'appliquer des règles n'est pas controversée. Autrement dit on suppose réglé le problème posé au chapitre VII du *Concept de droit*.

L'idée de défaisabilité, si on la reformule au moyen du vocabulaire des règles, suppose donc une situation où l'application de la règle est bloquée par une exception ; or cette exception fait partie en quelque sorte de la règle (problèmes d'individuation mis à part). Si on formalise une règle de la manière suivante : *Si A alors C*, où A décrit un ensemble de circonstances factuelles et C une conséquence juridique quelconque, y compris, d'ailleurs, une simple qualification juridique, *i.e.* la simple « application d'un concept », alors les exceptions permettent de reformuler la règle de la manière suivante :

- (1) **Si A et sauf si B alors C.**

On se souvient que pour Hart cette formulation n'est pas équivalente à

75 On étudiera plus longuement ce chapitre dans le chapitre 7.

76 Contrairement à ce qu'affirme Stavropoulos, 1996, pp. 55-56.

(2) **Si** A et *non-B* **alors** C ,

Autrement dit, les exceptions ne sont pas des conditions négatives d'application de la règle.

Supposons maintenant que la liste des conditions (où la classe de conditions $\{A_1, A_2 \dots A_n\}$ développe A) est *close*. Si tel est le cas, alors les conditions sont individuellement nécessaires et conjointement suffisantes pour que C soit dérivable. Si une condition manque à l'appel, par exemple si X a donné la mort à Y , mais involontairement, alors C ne peut être dérivé : X ne peut être condamné pour meurtre sur le fondement de l'article 221-1 du Code pénal. Par conséquent (2) peut être reformulé en

(2a) **Ssi** A_1 et A_2 et... A_n et *non-B* **alors** C ⁷⁷

Cette reformulation semble surprenante, dans la mesure où, contrairement aux *concepts*, pour lesquels il est concevable de parler en termes de conditions suffisantes et nécessaires, le lien de conditionnalité incorporé par les règles semble désigner des conditions exclusivement *suffisantes*. Ainsi, plusieurs ensembles de conditions peuvent être disjonctivement suffisants pour une même conséquence juridique. Les conclusions de l'article de 1948, applicables aux *concepts juridiques*, ne sont donc, en définitive, pas directement applicables aux *règles juridiques*.

Cependant on peut, en première instance, envisager une *isomorphie* entre règles et concepts, et supposer que, mis à part un problème d'individuation des règles, le schéma de (2a) peut éventuellement être étendu à plusieurs ensembles disjoints de conditions (en mettant de côté les exceptions) :

(2b) **Ssi** $\{(A_1^a \text{ et } A_2^a \text{ et } \dots A_n^a) \text{ ou } (A_1^b \text{ et } A_2^b \text{ et } \dots A_n^b) \text{ ou } \dots (A_1^z \text{ et } A_2^z \text{ et } \dots A_n^z)\}$ **alors** C

– on montrera cependant à la toute fin du prochain chapitre en quoi cette solution peut être problématique. Pour simplifier la notation, on va supposer qu'il n'y a qu'un seul ensemble de conditions individuellement nécessaires et conjointement suffisantes, pour autant que l'ensemble des ensembles de conditions est supposé clos (ce qui est le cas). Si l'ensemble des ensembles des conditions est supposé ouvert ou s'il n'est pas pertinent pour l'analyse qu'il soit supposé clos, alors l'isomorphie *règles/concepts* doit être abandonnée, et il faut représenter les règles au moyen de conditions uniquement suffisantes.

Revenons à (1). Si on reformule (1) en développant la classe des conditions et en les supposant closes, on obtient

(1a) **Ssi** $(A_1 \text{ et } A_2 \text{ et } \dots A_n)$ et **sauf si** B **alors** C .

Si (1a) diffère de (2a), c'est parce qu'il semble impliquer que les inférences suivantes sont valides :

⁷⁷ On n'envisage ici, par souci de simplification, que le cas d'une unique exception. Mais cela ne change pas grand chose dans la mesure où $\text{non-}\{B_1 \text{ ou } B_2 \text{ ou } \dots B_n\} \leftrightarrow \{\text{non-}B_1 \text{ et } \text{non-}B_2 \text{ et } \dots \text{non-}B_n\}$. Si l'on veut développer une classe disjonctive d'« exceptions » (entendues comme conditions négatives) au sein de la classe des conditions, on obtient (2a') : **Ssi** $A_1 \text{ et } A_2 \text{ et } \dots A_n \text{ et } \text{non-}B_1 \text{ et } \text{non-}B_2 \text{ et } \text{non-}B_n$ **alors** C .

(1b) **Si** (A_1 et A_2 et... A_n) **alors** C

(1c) **Si** ($non-A_1$ ou $non-A_2$ ou... $non-A_n$) **alors** $non-C$

D'où, par contraposition de (1c)

(1d) **Ssi** (A_1 et A_2 et... A_n) **alors** C

Il en résulte qu'on peut dériver C de A sans avoir besoin de computer B au sein du raisonnement. Cependant (1a) implique également que :

(1e) **Si** (A_1 et A_2 et... A_n) et B **alors** $non-C$.

(1e) est évidemment incompatible avec (1d), puisque (1e) implique que

(1f) **Si** C **alors** $non-(A_1$ et A_2 et... $A_n)$ ou $non-B$

La seule manière de remédier à ce problème est d'intégrer $non-B$ aux conditions nécessaires de C et de reformuler (1c) de la manière suivante :

(1g) **Si** $non-A_1$ ou $non-A_2$ ou... $non-A_n$ ou $non-B$ **alors** $non-C$,

dont la table de vérité admet (1f). Or (1g) est à son tour incompatible avec (1d).

Dans le schéma des *concepts juridiques* mis en avant par Hart en 1948, il en résulte que B est une condition suffisante pour $non-C$, mais $non-B$ n'est pas une condition nécessaire de C . Il en résulte que les exceptions ne se comportent pas de la même manière que des conditions négatives, et, en particulier, ne sont pas astreintes à la loi de la contraposition. Si A_1 = « X a tué Y », A_2 = « volontairement » et « B » = « en état de légitime défense », alors il n'est pas nécessaire de se poser la question de savoir si X a agi en état de légitime défense pour que la conclusion C (« X est coupable de meurtre ») soit correcte – alors qu'il est bien nécessaire de se demander si X a bien tué Y et s'il l'a bien fait volontairement.

Si on brise l'isomorphisme règles/concepts et que l'on cherche à adapter ce schéma aux règles juridiques représentées au moyen de conditions suffisantes, le problème se pose légèrement différemment : alors que si A est une condition suffisante pour C, (A et B) est une condition suffisante pour $non-C$. Il en résulte une violation de la loi de la contraposition pour d'autres raisons : « **Si** A **alors** C ; A ; $\therefore$ C » est une inférence valide : « **Si** A **alors** C ; $non-C$; $\therefore$ $non-A$ » n'est pas une inférence valide, puisque « **Si** $non-B$ **alors** $non-A$ ».

Dans les deux cas le conditionnel « **si...alors** » est *unidirectionnel*⁷⁸, i.e. il n'admet pas la loi de la contraposition ; ce conditionnel propre au raisonnement défaisable admet l'inférence par *modus ponens*, mais pas par *modus tollens*. Il ne peut donc être exprimé au moyen de l'implication matérielle⁷⁹.

La distinction entre les exceptions et les conditions entraîne non seulement la violation de la loi sur la contraposition, mais elle entraîne également une violation de

78 Le caractère unidirectionnel ne porte pas sur le sens de la flèche, mais sur la validité de la contraposition.

79 Voir Sartor, 1994, p. 179 ; Prakken, 1997, pp. 150-151.

la loi du renforcement de l'antécédent, y compris lorsque l'ensemble des conditions – ou l'ensemble des ensembles de conditions – est ouvert. Si A est une condition suffisante pour C (et même s'il pourrait y avoir d'autres conditions suffisantes), il doit en résulter que « A et B » est une condition suffisante pour C ; or si B est une exception, « A et B » implique non-C. La distinction des exceptions et des conditions se fait donc à un prix logique élevé. Elle implique de renoncer à la loi du renforcement de l'antécédent comme à la loi du *modus tollens*.

Chez Hart, la raison de cette particularité logique est que la règle s'adresse à des *agents* différents. Si le requérant soutient avec succès que A, alors C est une conclusion valide à partir de la règle. En revanche si le défendeur (qui, par hypothèse, ne peut soutenir avec succès que non A) soutient que B avec succès, alors C n'est pas une conclusion valide à partir de la règle. Autrement dit, il semble bien que la dialectique des conditions et des exceptions suppose une certaine répartition de la charge de la preuve (ou à tout le moins de l'argumentation) : les « conditions » détaillées dans l'antécédent (à savoir les conditions proprement dites et les exceptions) doivent être démontrées par des parties différentes. Autrement dit, ce n'est pas au requérant de montrer que non-B, alors que c'est bien à lui de montrer que A. Cela, (2a) ne permet pas de le représenter (du moins, c'est que semble croire Hart). Autrement, dit la distinction des exceptions et des conditions implique une certaine répartition de la charge de la preuve.

L'approche de Hart correspond bien à une théorie procéduraliste de la défaisabilité. Cependant, avant d'envisager cette dernière, il convient d'étudier brièvement les théories inférentielles de la défaisabilité du raisonnement juridique, qui prennent en charge le « prix logique » de la défaisabilité. L'idée conductrice est que les règles juridiques peuvent être conçues comme des *règles d'inférence* à partir desquelles le raisonnement juridique procède. La manière la plus simple de modéliser ces règles d'inférence est d'avoir recours aux modèles déjà existants. Cependant ces modèles ne sont pas suffisants, dès lors qu'ils ne formalisent qu'une « couche » du raisonnement juridique (expression que l'on emprunte à Henry Prakken)⁸⁰. La couche « procédurale » (que l'on va étudier dans le cinquième chapitre) suppose une couche « dialectique », qui suppose elle-même une couche « logique ». En effet, les facteurs de défaisabilité du raisonnement juridique sont d'ordres divers, contrairement au raisonnement ordinaire. Dans celui-ci, la défaisabilité s'explique surtout par le besoin d'effectuer des inférences dans l'incertitude ; l'inférence doit être recevable, bien qu'elle ne soit pas conclusive, *i.e.* qu'elle puisse être défaite par des circonstances supplémentaires. C'est ce facteur de défaisabilité que la couche logique modélise, et il est présent en droit : le juge doit prendre une décision sur la base des informations disponibles, qui peuvent être défaites à la lumière d'informations supplémentaires (par exemple, l'accusé était en état de légitime défense). Or il est aisé de s'apercevoir que la défaisabilité du raisonnement juridique ne tient pas uniquement à cette couche logique, dans la mesure où l'introduction des informations dépend d'un jeu argumentatif à plusieurs parties. Les inférences ordinaires que modélise la logique non monotone classique sont typique-

80 Voir Prakken, 1997, pp. 270-274.

ment des inférences monologiques ; le raisonnement juridique est par nature dialectique, dans la mesure où l'introduction des informations ne dépend pas uniquement de leur disponibilité, mais également de l'intérêt que ces informations revêtent dans une certaine argumentation : la défaisabilité du raisonnement juridique ne provient pas seulement de l'incertitude relativement à une information future, mais de la possibilité qu'une information soit introduite par une *autre partie*. La défaisabilité provient de ce que certains arguments en attaquent d'autres et introduisent de ce fait de nouvelles informations. C'est la deuxième couche, que l'on peut appeler dialectique. Mais ce qui fait la spécificité du raisonnement juridique est qu'il n'est pas seulement gouverné par des règles d'inférence primaires qui permettent de déterminer les arguments logiquement recevables, mais par des règles procédurales qui permettent de déterminer les arguments *juridiquement* acceptables : la défaisabilité du droit provient ultimement de la troisième couche, procédurale, dans la mesure où, si les exceptions se comportent différemment des conditions spécifiées dans l'antécédent des règles, c'est parce que les règles procédurales d'attribution de la charge de la preuve permettent, d'une part, que la preuve soit apportée *sans argument* (exceptions aux règles substantielles conçues comme présomptions) et, d'autre part, qu'un argument d'apparence conclusif soit caractérisé comme non probant (exceptions aux règles procédurales elles-mêmes, règles d'admissibilité, etc.).

Chapitre 4

Théories inférentielles du raisonnement défaisable

La manière la plus simple de formaliser un raisonnement défaisable est de recourir à une logique non monotone. Les systèmes les plus classiques recourent à ce type de modélisation (même si, on va le voir, ils rencontrent des objections). Comme on l'a vu, un *système logique* est monotone lorsque pour tout ensemble d'énoncés S , si $S \subseteq S'$ et si $S \vdash C$, alors $S' \vdash C$. Tout système n'ayant pas cette propriété sera non monotone. On a coutume de représenter la relation de conséquence non monotone au moyen d'un « serpent » $\mid \sim$. Pour tout ensemble de prémisses S , alors « si $S \mid \sim C$ et $S \subseteq S'$, alors $S' \mid \sim C$ » n'est pas un principe valide.

Les premiers systèmes de logique non monotone ont été construits en dehors de toute référence au droit, mais afin de modéliser les inférences ordinaires. De manière générale, le raisonnement est *défaisable*, dès lors que la règle d'inférence qui le guide est susceptible de ne pas s'appliquer dans certaines situations. Sans prétendre à l'exhaustivité¹, on va mentionner quelques tentatives classiques de formalisations logiques du raisonnement défaisable.

1 Voir pour un aperçu plus complet, Prakken, 1997, pp. 67-100 ; Parent, 2002, pp. 56-83.

SECTION 1. LA MODÉLISATION DES EXCEPTIONS

I. QUELQUES OUTILS DE FORMALISATION

A. La logique des défauts

1. La notion de théorie de défaut

On a déjà introduit la théorie des défauts de Reiter afin de donner un exemple de logique non monotone. Il convient de s'arrêter un peu sur ce système, qui continue d'être la référence principale aujourd'hui² —, on passera plus rapidement sur certains systèmes subséquents. On va se servir du modèle de Reiter (et des modifications introduites par la suite) comme un fil conducteur dans l'explicitation des fondements de la logique non monotone.

Chez Reiter³, un défaut se définit formellement de la manière suivante :

$$(3) \quad \frac{\alpha(\mathbf{x}) : M\beta_1(\mathbf{x}) \dots M\beta_m(\mathbf{x})}{w(\mathbf{x})}$$

où l'opérateur M a pour signification informelle « il est consistant de supposer que », et où $\alpha(\mathbf{x})$, $\beta_1(\mathbf{x}) \dots \beta_m(\mathbf{x})$ et $w(\mathbf{x})$ sont des formules bien formées. Il faut remarquer que, dans ces formules, $\mathbf{x}$ est une variable libre. L'ajout d'un quantificateur est possible : si aucune des formules ne contient une variable libre, le défaut est clos.

Dans (1), ci-dessus, $\alpha(\mathbf{x})$ est le *pré-requis* du défaut et $w(\mathbf{x})$ en est le *conséquent*, $\beta_1(\mathbf{x}) \dots \beta_m(\mathbf{x})$ étant « ce qu'il est consistant de supposer », étant donné l'information que l'on a (ce que Reiter appelle la justification). Pour simplifier la formulation (mais le formalisme reste le même), on peut utiliser l'écriture suivante :

$$(4) \quad A : C/B.$$

qui se lit : si A alors B s'il est consistant de supposer que C . (Dans cette formulation, A remplace le prérequis, c'est-à-dire $\alpha(\mathbf{x})$, C remplace la justification, c'est-à-dire $\beta_1(\mathbf{x}) \dots \beta_m(\mathbf{x})$ et B remplace le conséquent, c'est-à-dire $w(\mathbf{x})$). Il faut remarquer que le défaut est unidirectionnel : (4) permet, encore que de manière déraisonnable, l'inférence $A \rightarrow B$, mais n'autorise pas la contraposition $\neg B \rightarrow \neg A$ (« $\rightarrow$ » étant interprété comme un conditionnel quelconque, et non pas comme l'implication matérielle). Autrement dit si la règle du *modus ponens* est déraisonnablement valide, la règle du *modus tollens*, c'est-à-dire de la contraposition, ne l'est pas, puisque $\neg A$ n'est pas une condition nécessaire de $\neg B$, et que $\neg B$ peut-être obtenu bien que A soit présent. Cela veut dire que la règle de l'augmentation, aussi appelée du renforcement de l'antécédent, n'est pas valide en logique des défauts.

2 Voir Antoniou et Wang, 2007 ; Horty, 2007, p. 3 ; Horty, 2012, p. 13 *sq.* Holton.

3 Reiter, 1980, p. 88.

Un cas particulier de défaut, qui est le plus répandu dans le raisonnement, est le suivant :

$$(5) \quad A:B/B$$

qui se lit : si A alors B s'il est consistant de supposer B. Il s'agit alors de ce que Reiter appelle un « défaut normal »⁴. Revenons à *Tweety*. Soit le stock de prémisses (que l'on suppose être des formules bien formées) : « (a) Si x est un oiseau, x vole. » (b) « Si x est un pingouin (ou une autruche), x ne vole pas ». On suppose d'autre part que (b) implique (a), ou, si l'on veut, que les pingouins sont des sous-ensembles d'oiseaux. Nous avons un oiseau sous la main, *Tweety*, dont nous savons seulement qu'il s'agit d'un oiseau (on ajoute donc au stock de prémisses : (c) « *Tweety* est un oiseau »). Pour dériver la conclusion que *Tweety* vole, nous ne pouvons inclure dans le stock de prémisses que *Tweety* n'est pas un pingouin, puisque par hypothèse nous n'avons aucune information supplémentaire au sujet de *Tweety*. On peut donc inférer de notre stock de prémisses la conclusion (d) « *Tweety* vole », *pourvu qu'il soit consistant de supposer que Tweety vole*. Si, par conséquent, on ajoute au stock de prémisses la prémisse (e) *Tweety* est un pingouin, alors (d) n'est plus consistant avec le stock de conclusions obtenu, et il faut conclure en sens contraire. On retrouve ici le caractère unidirectionnel du conditionnel mobilisé par les règles de défaut.

Une théorie de défaut (*default theory*) est une paire (D, W) où D est un ensemble de défauts, et W un ensemble de formules bien formées *closes* de la logique des prédicats du premier ordre (c'est-à-dire des formules quantifiées ou contenant une constante), que l'on peut appeler, de manière lâche des *faits*. Si on reprend l'exemple de *Tweety*, on aura :

$$(6a) \quad D = \{\text{Oiseau}(x) : \text{Vole}(x) / \text{Vole}(x)\}$$

$$(6b) \quad W = \{\text{Oiseau}(\text{Tweety}), \forall x. \text{Pingouin}(x) \rightarrow \neg \text{Vole}(x)\}$$

Une théorie, dont tous les défauts $d_1, d_2 \dots d_n$ appartenant à D sont clos, est une théorie de défaut close.

La notion de théorie et celle d'extension d'une théorie permettent de définir de manière relativement simple les caractéristiques sémantiques de la logique des défauts. A partir d'une théorie donnée, on peut inférer des formules aussi nombreuses que le réquisit de consistance le permet. Une extension de (D, W) est l'ensemble des croyances qui peuvent être inférées de manière consistante de (D, W) – l'ajout d'une nouvelle croyance causant l'inconsistance de l'ensemble. On obtient une extension dès lors qu'il n'est plus possible d'appliquer aucun défaut de la théorie. Jacques Dubucs définit utilement les extensions comme « l'ensemble des énoncés dont l'assertion peut être considérée comme justifiée⁵ » sur la base de (D, W) .

Les extensions sont définies au moyen de la méthode des points-fixes. En simplifiant considérablement la démonstration, on peut l'envisager de la manière

4 Reiter, 1980, p. 94 *sq.*

5 Dubucs, 1995, p. 282 ; voir aussi Levi, 1996, p. 207 *sq.*

suivante⁶. Par S on entend un ensemble de formules quelconques, et $\text{Th}(S)$ l'ensemble des formules qui peuvent être inférées de S (y compris, trivialement, les formules de S). Soit $\Delta = (D, W)$ une théorie close, c'est-à-dire une théorie où chacun des défauts de D a la forme $(A : C_1 \dots C_n / B)$ – avec $C_1 \dots C_n = B$ en cas de défaut normal –, où l'ensemble des formules (A, C, B) sont quantifiées. On peut définir un opérateur Γ , tel que $\Gamma(S)$ soit défini comme le plus petit ensemble satisfaisant les trois conditions suivantes :

$$(7a) \quad W \subseteq \Gamma(S)$$

$$(7b) \quad \text{Th}(\Gamma(S)) = \Gamma(S)$$

$$(7c) \quad \text{Si } \left(\frac{A : C_1 \dots C_n}{B} \right) \in D \text{ et } A \in \Gamma(S) \text{ et } \neg C_1 \dots \neg C_n \notin S \text{ alors } B \in \Gamma(S)$$

L'idée intuitive derrière la définition de Γ est la suivante. D'une part, l'ensemble de formules bien formées W doit être inclus dans l'ensemble $\Gamma(S)$, qui doit être déductivement clos : il doit comprendre l'ensemble des formules qui peuvent en être logiquement inférées – c'est ce que dit (7b). D'autre part, Γ doit être défini de telle manière que si le défaut $A : C/B$ appartient à D , alors le conséquent du défaut appartient à $\Gamma(S)$; pour ce faire, il faut que le prérequis appartienne à $\Gamma(S)$, et que la négation des justifications n'appartienne pas à l'ensemble de départ (car si c'est le cas, alors le défaut est défait, et la théorie n'a aucune extension). L'extension d'une théorie close $\Delta = (D, W)$ est tout ensemble E qui constitue un point-fixe de la fonction Γ , c'est-à-dire tel que $E = \Gamma(E)$. – Pour toute fonction f , x est un point-fixe de f ssi $f(x) = x$.

Pour toute séquence d'ensembles $E_0, \dots, E_i, \dots$, tels que, pour la théorie $\Delta = (D, W)$, $E_0 = W$ et $i \geq 0$, si

$$(8a) \quad E_{i+1} = \text{Th}(E_i \cup \left\{ B \mid \left(\frac{A : C_1 \dots C_n}{B} \right) \in D \text{ où } A \in E_i \text{ et } \neg C_1, \dots, \neg C_n \notin E_i \right\})$$

alors E est une extension de Δ ssi

$$(8b) \quad E = \bigcup_{i=0}^{\infty} E_i$$

étant entendu que $\bigcup_{i=0}^{\infty} E_i$ signifie l'union de tous les ensembles $E_0, \dots, E_{\infty}$ (c'est-à-dire $E_0 \cup \dots \cup E_{\infty}$).

L'idée intuitive derrière cette définition est la suivante. La plus petite extension possible de Δ est W , c'est-à-dire l'ensemble de faits exprimés par des formules bien formées quantifiées. Toute extension supplémentaire contient l'ensemble déductivement clos (c'est-à-dire contenant l'ensemble de ses conséquences logiques) formé par l'union de l'extension précédente et les conséquents des défauts appartenant à D . Ce qu'indique (8a), c'est qu'une extension présuppose deux choses. Tout d'abord il faut que le prérequis soit compris dans l'extension précédente : pour simplifier on peut partir d'un cas de figure où $i=0$, c'est-à-dire où $E_i = W$, et où D ne contient que défauts normaux (de type $A : C/B$). Si le prérequis (c'est-à-dire l'instanciation A) n'est pas présent dans W , on ne saurait inférer B . Si dans l'ensemble des faits de départ, il n'est pas indiqué que *Tweety* est un oiseau, alors du défaut $\text{Oiseau}(x) : \text{Vole}(x) / \text{Vole}(x)$, on ne peut rien

6 Voir Reiter, 1980, pp. 89-90 pour la version développée.

dérivé du tout. Il faut donc que A appartienne à W (*i.e.* soit une formule bien formée de W). Le deuxième présupposé, c'est que la négation d'aucune justification ne soit comprise dans l'extension totale. Si dans l'extension totale, on a à un moment ou un autre $\neg \text{vole}(\text{Tweety})$, alors on ne peut plus dériver B .

Pour construire une extension de Δ , on part des faits W (qui constituent la plus petite extension possible) et on ajoute l'antécédent du défaut, s'il n'est pas déjà compris dans W . À partir de cette première extension, on obtient une deuxième extension en appliquant le défaut, c'est-à-dire en dérivant le conséquent, à supposer que les justifications soient consistantes avec l'extension totale ainsi obtenue (c'est-à-dire l'union de la première extension et de la deuxième extension). Dès lors que le nombre d'extensions possibles est fini, alors la consistance des justifications se mesure à l'aune de l'extension totale finie obtenue à partir de W . Or on suppose que le nombre d'extensions possibles est infini et que l'extension totale E est l'union infinie de ces extensions $E_0, \dots, E_\infty$. Puisqu'il est impossible de savoir à l'avance si les justifications seront consistantes avec l'extension totale E , à savoir le produit final de la construction, on définit cette dernière au moyen d'un point-fixe. L'extension totale E de Δ est donc le point-fixe de Γ tel que

$$(9a) \quad \text{Si } \left(\frac{A: C_1 \dots C_n}{B} \right) \in D \text{ et } A \in \Gamma(E) \text{ et } \neg C_1 \dots \neg C_n \notin E \text{ alors } B \in \Gamma(E)$$

$$(9b) \quad E = \Gamma(E).$$

2. Conflits de défauts et défauts semi-normaux

Par ailleurs, des défauts peuvent entrer en conflit dans certains cas. On peut prendre l'exemple célèbre du « diamant de Nixon ». Prenons la théorie $\Delta = (D, W)$ suivante :

$$\begin{aligned} d_1 : & \quad \frac{\text{quaker}(x): \text{pacifiste}(x)}{\text{pacifiste}(x)} \\ d_2 : & \quad \frac{\text{republicain}(x): \neg \text{Pacifiste}(x)}{\neg \text{pacifiste}(x)} \\ D : & \quad \{d_1, d_2\} \\ W : & \quad \{\text{quaker}(\text{Nixon}), \text{republicain}(\text{Nixon})\} \end{aligned}$$

Une telle théorie a deux extensions inconsistantes :

$$\begin{aligned} E_1 &= W \cup \{\text{pacifiste}(\text{Nixon})\} \\ E_2 &= W \cup \{\neg \text{pacifiste}(\text{Nixon})\} \end{aligned}$$

Or, selon le type de relation d'inférence que l'on choisit, on arrive à l'idée soit que $\text{pacifiste}(\text{Nixon})$ et $\neg \text{pacifiste}(\text{Nixon})$ sont dérivables de Δ , soit que ni l'un ni l'autre ne le sont⁷. La logique des défauts ne permet pas d'effectuer un choix. C'est la raison

7 On a coutume de distinguer l'inférence sceptique et l'inférence crédule (voir par exemple, Prakken, 1997, p. 71), respectivement $\mid \sim_{\text{scep}}$ et $\mid \sim_{\text{créd}}$, que l'on définit ainsi :

$$\Delta \mid \sim_{\text{scep}} \varphi \text{ ssi } \forall (E). \text{Extension}(E, \Delta) (\varphi \in \Delta)$$

$$\Delta \mid \sim_{\text{créd}} \varphi \text{ ssi } \exists (E). \text{Extension}(E, \Delta) (\varphi \in \Delta)$$

pour laquelle Reiter et Criscuolo⁸ modifient la théorie originale de Reiter de manière à définir des défauts semi-normaux. Un défaut normal s'écrivant ainsi : $A:C/B$, un défaut est semi-normal s'il est de la forme :

$$(10) \quad A:C \wedge B/B$$

c'est-à-dire que la justification n'est pas totalement identique au conséquent, mais comprend un élément identique à au conséquent (si cet élément est absent, le défaut est non normal). Lorsque D comprend deux défauts conflictuels (*i.e.* deux défauts qui entrent en conflit lorsque leurs prérequis respectifs sont tous deux présents dans W), alors on établit la priorité de l'un sur l'autre en faisant du défaut vaincu un défaut semi-normal, dont la justification comprend la négation du prérequis du défaut victorieux. Si on reprend le diamant de Nixon ci-dessus, et à supposer que le républicanisme de Nixon l'emporte sur son affiliation religieuse, on aura les deux défauts suivants

$$\begin{aligned} d_1 : & \frac{\text{quaker}(x) : \neg \text{republicain}(x) \wedge \text{pacifiste}(x)}{\text{pacifiste}(x)} \\ d_2 : & \frac{\text{republicain}(x) : \neg \text{pacifiste}(x)}{\neg \text{pacifiste}(x)} \end{aligned}$$

Si $D = (d_1, d_2)$, et W demeure identique, alors la théorie $D = (D, W)$ révisée n'a qu'une seule extension, c'est-à-dire E_2 . En effet, d_2 a précedence, puisque sa justification (c'est-à-dire $\neg \text{republicain}(x) \wedge \text{pacifiste}(x)$) n'est plus consistante avec les faits appartenant à W .

B. Autres théories

On va évoquer ici, sans prétendre à l'exhaustivité, d'autres systèmes, qui retiennent un formalisme différent de celui de la logique des défauts.

1. Logique autoépistémique

Le système qui en est le plus proche est la logique autoépistémique de Robert C. Moore. Dans un article de 1985⁹, Moore distingue deux approches de la non-monotonicté, la première qu'il appelle malencontreusement « *default reasoning* » et la seconde qu'il appelle « *autoepistemic reasoning* »¹⁰ (ce choix terminologique est malen-

Une inférence $\Delta \mid \sim \varphi$ est sceptique ssi φ appartient à toutes les extensions de Δ ; elle est crédule ssi φ appartient à au moins une extension de Δ (on rappelle que Δ a au moins une extension, qui est égale à W). Si on adapte ces définitions au diamant de Nixon, alors, si l'inférence est crédule, on peut inférer de Δ à la fois $\text{pacifiste}(\text{Nixon})$ et $\neg \text{pacifiste}(\text{Nixon})$ – puisque l'un et l'autre appartiennent bien à quelque extension de Δ ; si l'inférence est sceptique, alors on ne peut inférer de Δ ni $\text{pacifiste}(\text{Nixon})$ ni $\neg \text{pacifiste}(\text{Nixon})$, puisque ni l'un ni l'autre n'appartiennent à toutes les extensions de Δ .

8 Reiter et Criscuolo, 1981, pp. 270-276. Voir là-dessus Poole, 1994, pp. 195-199.

9 Moore, 1985. Voir, pour un aperçu complet, Konolige, 1994.

10 Moore, pp. 77-78. Moore tente par ailleurs de distinguer le *default reasoning* de l'*autoepistemic reasoning* en indiquant que le premier est défaisable, mais pas le second ; la raison de cette distinction est toutefois obscure.

contreux dans la mesure où l'inférence décrite par la logique des défauts de Reiter appartient clairement à la seconde catégorie)¹¹. La première approche est probabiliste : si on reprend l'exemple de Tweety, du fait que Tweety est un oiseau, il y a de grandes chances pour que Tweety vole. Il s'agit alors d'une forme d'inférence plausible : le fait que Tweety soit un oiseau nous donne un indice plausible que Tweety vole. La seconde approche est basée sur la consistance. L'exemple de Tweety est alors réinterprété de la manière suivante : si *Tweety* est un oiseau, et s'il est consistant de supposer que Tweety vole, alors Tweety vole. Dans ce cas, la vérité de la conclusion n'est pas susceptible de degrés. C'est cette seconde approche (qui rappelle de manière évidente celle de Reiter) que Moore choisit.

Le concept opératoire ici est celui d'ignorance, ou plutôt d'ignorance *reconnue* par celui qui raisonne (d'où l'idée de raisonnement *auto-épistémique*). Si une personne dit que *Tweety* est un oiseau, alors elle dit qu'elle *croit* que *Tweety* est un oiseau – ici, encore, c'est l'aspect *autoépistémique* qui est pertinent, de sorte que la fausseté éventuelle de l'assertion : « *Tweety* un oiseau » n'affecte pas la validité de l'inférence qui est faite à partir de « ceci est un oiseau » ; on suppose sinon que l'assertion est vraie, mais que l'assertion de croyance ou de la non-croyance est vraie, c'est-à-dire que le raisonneur est sincère. L'important est que la croyance soit *tenue* pour vraie (et éventuellement justifiée), et par conséquent que la croyance soit ou non une connaissance ne fait aucune différence ici. Le fait de n'avoir aucune information quant à la question de savoir si *Tweety* est un pingouin signifie que l'on ne sait pas si *Tweety* est un pingouin. Moore introduit¹² pour ce faire un opérateur modal *L* qui signifie « *fait l'objet d'une croyance* ». A partir de cela, il est possible de construire des formules bien formées – Moore a recours à la logique propositionnelle et non à la logique des prédicats du premier ordre, mais cela a une incidence limitée sur la maniabilité du langage –, par exemple *Lp* signifie : « *p* fait l'objet d'une croyance » ou « il est su que *p* » ou encore « le raisonneur croit que *p* ». Il faut remarquer toutefois que $\sim Lp$ ne doit pas être interprété comme signifiant « le raisonneur ne croit pas que *p* », si par « ne pas croire que », on entend « croire que non pas » (par exemple : « je ne crois pas qu'il viendra demain ») ; au contraire *Lp* signifie une *absence* de croyance, c'est-à-dire que la « croyance que *p* » n'appartient pas au stock de croyances¹³.

A partir de cette définition on peut envisager les fondements de la logique épistémique. Le raisonnement autoépistémique peut être formulé au moyen de formules du type :

$$(11) \quad (p \wedge \sim Lq) \rightarrow r$$

11 Sur les relations entre l'*autoepistemic logic* et la *default logic* de Reiter, voir Konolige, 1988.

12 Il s'agit en réalité une suggestion faite par Robert Stalnaker dans un manuscrit alors non publié (Stalnaker, 1993, p. 186).

13 Pour éviter les ambiguïtés ici, on peut remplacer « croire » par « savoir » dans l'interprétation de *L*, ce qui, comme on l'a souligné plus haut, n'est pas une modification substantielle, puisque : « je sais que *p* » n'implique pas « il est vrai que *p* » (voir par exemple Prakken, 1997, p. 74). On conserve l'interprétation de *L* par « il est cru que » par fidélité à la formulation de Moore.

qui se lit : si p et on n'a pas de croyance que q alors r (dans l'exemple de *Tweety*, p signifie « *Tweety* est un oiseau », q « *Tweety* est un pingouin, et r « *Tweety* vole »). Un ensemble de formules bien formées est une *théorie auto-épistémique*.

Il est important de remarquer que (11) est une inférence non monotone, dans la mesure où pour réfuter r , il n'y a pas besoin d'introduire Lq dans la théorie. Il suffit d'introduire q . Cela est rendu possible par le fait que la théorie est *stable*. Une théorie T est stable dès lors que, pour toute formule φ , la théorie doit remplir les trois conditions suivantes¹⁴ :

$$(12) \quad Th(T) = T$$

$$(13) \quad \text{Si } \varphi \in T \text{ alors } L\varphi \in T$$

$$(14) \quad \text{Si } \varphi \notin T \text{ alors } \sim L\varphi \in T$$

Autrement dit, une théorie est stable si 1° elle est déductivement close (elle comprend, outre le stock de croyances explicites, l'ensemble des conséquences logiques qui en découlent), 2° pour toute croyance p appartenant à T , la croyance Lp appartient également à p (si p appartient au stock de mes croyances, alors « je crois que p » appartient également au stock de croyances – si je crois que p , alors je crois que je crois que p), 3° pour toute croyance p n'appartenant pas à T , alors la croyance « il n'est pas cru que p » appartient à T (si je n'ai pas de croyance que p , alors je crois que je n'ai pas de croyance que p). Enfin, étant donné que $\sim Lp \neq L\sim p$, il est logique de supposer que les converses de (13) et (14) sont également vraies : si $\sim L\varphi$, alors $\sim \varphi$; si $L\varphi$, alors φ .

A partir (12)-(14), on peut construire des théories autoépistémiques statiques contenant des formules bien formées indépendantes. Une théorie autoépistémique est intéressante dès lors qu'à partir d'un ensemble de prémisses, elle permet de dériver des « expansions »¹⁵ (qui correspondent peu ou prou à ce que Reiter appelle des extensions). Une théorie T est une expansion stable d'un ensemble de prémisses A si et seulement si

$$(15) \quad Th(A \cup \{L\varphi | \varphi \in T\} \cup \{\sim L\varphi | \varphi \notin T\})$$

Une expansion est constituée de l'ensemble des croyances et de l'ensemble de ce pour quoi on n'a aucune croyance : dès lors que je n'ai aucune croyance relative à p , $\sim Lp$ appartient à la théorie. La théorie est donc constituée de l'ensemble des $L\varphi$ et de l'ensemble des $\sim L\varphi$. En revanche si une formule φ absente de la théorie est introduite, alors la formule $\sim L\varphi$ n'appartient plus à l'expansion. Ainsi supposons que $A = \{p, (p \wedge \sim Lq) \rightarrow r\}$. A partir de ce stock de croyances, quelle expansion T puis-je dériver ? On sait que 1° $q \notin T$, 2° A est inclus dans T , et 3° T est déductivement clos, de sorte qu'on ne puisse dériver dans T que ce qui suit logiquement de ses éléments. En vertu de (15), il en résulte nécessairement que $r \in T$. Mais si q est ajouté à T , alors, en vertu de (13), Lq est ajouté à la théorie, et en vertu de 15, r n'est plus dérivable (puisque r n'appartient plus aux conséquences logiques de T)¹⁶.

14 Voir ici encore, Stalnaker, 1993, p. 187.

15 Moore, 1985, p. 85.

16 Voir là-dessus, Prakken, 1997, p. 75.

Par conséquent le raisonnement qui conduit du stock de prémisses à son expansion est défaisable (ou, improprement, non monotone). En effet, à partir de A on peut dériver r sans avoir aucune croyance relative à q , puisque si c'est le cas $\sim Lq$ est automatiquement suppléé. En revanche supposons que nous ayons $B = \{p, (p \wedge L\sim q) \rightarrow r\}$. Dans ce cas, pour que r soit dérivé, il faut non pas que q soit absent de la théorie, mais que $\sim q$ soit présent, ce qui est une condition beaucoup plus forte. Si je n'ai aucune croyance relative à $\sim q$, alors r ne peut plus être dérivé.

2. Circonscription

Dans deux articles de 1980 et de 1986, John McCarthy¹⁷ a proposé une formalisation du raisonnement défaisable centré sur la notion de circonscription. McCarthy part du principe que le raisonnement humain ordinaire est généralement conjectural : à partir d'un ensemble de faits nous tirons des conclusions qui peuvent être défaits. La circonscription est une règle de conjecture selon laquelle si à partir d'un ensemble de faits A , on peut montrer que certains objets $x_1, \dots, x_n$ ont une propriété P , alors ces objets sont tous les objets ayant la propriété P . Par conséquent, tout objet dont on ne peut pas prouver à partir de A qu'il a la propriété P est réputé (conjecturé) ne pas l'avoir. En appliquant cette règle à un ensemble d'objets, on circonscrit l'ensemble d'objets en question.

Pour expliquer la circonscription, on peut partir d'un exemple donné par McCarthy¹⁸ (en le simplifiant), l'énigme du cannibale et des missionnaires : trois cannibales et trois missionnaires arrivent sur la rive A d'un fleuve et souhaitent se rendre sur la rive B. Ils trouvent un canot à deux places. Les cannibales ont un intérêt particulier dans l'ordre de passage, dans la mesure où s'il leur arrive d'être plus nombreux que les missionnaires sur une rive ou une autre, ils pourront les manger. Vous pouvez assigner à chacun un ordre de passage sur le canot. Selon quelle combinaison les missionnaires et les cannibales doivent-ils traverser la rivière afin que les missionnaires ne soient pas mangés (c'est-à-dire que, sur chaque rive, le nombre de missionnaires soit supérieur ou égal au nombre de cannibales), sachant, bien entendu que le canot ne peut pas revenir tout seul de la rive B ? A vrai dire, la réponse en elle-même n'est pas pertinente¹⁹. Supposons qu'ayant posé cette énigme à ma fille, elle me réponde : « c'est bien simple, il suffit que les trois missionnaires empruntent le pont ». Je répondrai qu'il n'y a pas de pont sur la rivière ; elle répondra alors « mais tu ne l'avais pas dit ! ». La circonscription permet de conjecturer, dès lors que l'existence d'un pont sur la rivière n'est pas démontrable à partir des prémisses (*i.e.* la description de la rivière), que la rivière n'a pas de pont. Si on ne dit pas que $P(x)$, alors $\neg P(x)$. Dès lors que l'exis-

17 McCarthy, 1980 ; McCarthy, 1986. On va principalement se fonder sur la formalisation proposée dans le second article, qui est de loin plus maniable et intuitive ; voir, pour une introduction bien plus complète sur la circonscription, Lifschitz, 1994.

18 McCarthy, 1980, p. 29.

19 On trouvera une réponse dans McCarthy, 1980, *ibid.* On pourra jouer à ce jeu très amusant sur le site : <http://jeuxgratuitsenligne.over-blog.com/article-jeux-de-reflexion-cannibales-et-missionnaires-cannibals-missionnaires-68202141.html>.

tence d'un pont est rajoutée aux prémisses, alors la solution à l'énigme est modifiée (et considérablement simplifiée !).

De manière générale, la circonscription est utile pour spécifier des objets dont il n'y a pas besoin que la négation appartienne aux prémisses pour que leur absence soit dérivable. Il faut pour ce faire introduire la notion sémantique de *modèle*. Une *interprétation* d'une formule ou d'un ensemble de formules A est une fonction assignant une valeur de vérité à l'ensemble des formules atomiques de A (si $P(x) \wedge Q(x)$ est une formule, ses formules atomiques sont $P(x)$ et $Q(x)$). Un *modèle* d'une formule ou d'un ensemble de formules A est une interprétation satisfaisant A , *i.e.* assignant la valeur « vrai » à l'ensemble des formules atomiques de A . D'autre part, lorsque A est une formule bien formée de logique des prédicats du premier ordre, si un prédicat P figure dans A , on appelle *extension* de P l'ensemble de valeurs qui satisfont le prédicat (*i.e.* l'ensemble d'objets dénotés par P).

A partir d'un ensemble de formules A , il est possible de construire plusieurs modèles. On circonscrit un prédicat dans une formule (ou ensemble de formules) A dès lors que, parmi les modèles possibles, on peut sélectionner ceux où l'extension des prédicats est la plus petite possible. On peut ainsi minimiser la quantité d'informations nécessaires pour qu'on puisse dériver des conséquences à partir d'un ensemble de prémisses. Cela implique ce qu'on appelle une hypothèse de monde clos (*closed world assumption*) sur lequel on reviendra dans la prochaine section, selon laquelle l'absence de connaissance relativement à une extension possible du prédicat équivaut à la négation de cette extension – à la non-présence de l'extension dans la théorie.

Une formule de circonscription peut être formalisée au moyen d'une formule de la logique du second-ordre (c'est-à-dire une logique permettant de quantifier les prédicats et pas seulement les variables)²⁰. Soit $A(P)$ est une formule du premier ordre contenant une constante de prédicat P . P est un prédicat portant sur un n -uplet de variables libres $\langle x_1, \dots, x_n \rangle$ – afin d'adopter une notation synthétique, on suppose que $x = x_1, \dots, x_n$ – apparaissant au moins une fois dans A . $A(P)$ est la formule résultant du remplacement de toutes les occurrences de P dans A par une variable de prédicat p ²¹. La circonscription de P dans $A(P)$ est obtenue au moyen de la formule du second ordre $A^*(P)$ suivante

$$(16) \quad A(P) \wedge \forall p. [A(p) \wedge \forall x. (p(x) \rightarrow P(x)) \rightarrow \forall x. (P(x) \rightarrow p(x))]$$

ou, peut-être de manière plus intuitive²²,

20 La formule que l'on propose est à mi-chemin entre la formalisation de 1980 et celle de 1986. Dans cette dernière en effet, ce ne sont plus des prédicats P qui sont circonscrits, mais des *formules* Px , où non seulement x représente un n -uplet de variables libres $\langle x_1, \dots, x_n \rangle$, mais P représente un n -uplet de prédicats libres (non quantifiés au sein d'une formule de logique de second ordre). On s'en tient ici à la circonscription des prédicats pour des raisons de simplicité.

21 On exprime cette variable au moyen d'une lettre minuscule (pour la distinguer des constantes de prédicat, écrites en lettres majuscules) ; cependant, il convient d'insister sur le fait qu'il s'agit de variables du langage objet et non de métavariables (de variables du métalangage), étant donné que l'on a affaire à des formules de logique du second ordre.

22 On suit ici Lifschitz, 1994, p. 300.

$$(16a) \quad A(P) \wedge \neg \exists p. [A(p) \wedge \forall x. (p(x) \rightarrow P(x)) \wedge \neg (\forall x. (p(x) \equiv P(x)))]$$

L'idée est que si le prédicat P est circonscrit dans A , alors on ne peut trouver de modèle de A où l'extension de P est plus petite (autrement dit l'extension de P est la plus petite possible). En effet, la sous-formule $\forall x. (p(x) \rightarrow P(x)) \wedge \neg (\forall x. (p(x) \equiv P(x)))$ signifie que l'extension de p est un sous-ensemble propre de l'extension de P (i.e. l'extension de p est *strictement* incluse dans celle de P). Par conséquent, ce que dit (16a), c'est que si P est circonscrit dans A , alors on ne peut trouver de sous-ensemble propre de l'extension de P . Un modèle de A^* (i.e. de la formule où P est remplacé par p) est un modèle de A dès lors qu'on ne peut le transformer dans un autre modèle où l'extension de P est plus petite qu'elle n'est dans A .

Pour comprendre comment (16a) fonctionne, on peut supposer qu'on introduit une constante a de manière à ce que $A=P(a)$. La circonscription permet de traiter a comme la plus petite extension de P . On obtiendra en vertu de (16a) :

$$(17) \quad P(a) \wedge \neg \exists p. [p(a) \wedge \forall x. (p(x) \rightarrow P(x)) \wedge \neg (\forall x. (p(x) \equiv P(x)))]$$

L'objet dénoté par a appartient à l'extension de P (à l'ensemble des objets dénotés par P), mais n'appartient à aucun sous-ensemble propre de cette extension. Si a constitue l'extension minimale de P , alors p ne peut exprimer que « $=a$ ». Par conséquent, si $\forall x. p(x) \equiv P(x)$, alors $\forall x. P(x) \equiv x=a$; et par de même, $\forall x. (x \neq a) \equiv \neg P(x)$. Il va de soi que si on ajoute aux prémisses $P(b)$ – c'est-à-dire que $A=P(a) \wedge P(b)$ –, alors il est faux que $\forall x. (x \neq a) \equiv \neg P(x)$. Mais tant qu'on n'a pas introduit de nouvelle information dans le stock de formules initiales, alors cette information est réputée ne pas exister. Ainsi, si P signifie « vole », et si a dénote *Tweety*, et Pa est la seule occurrence de P dans A , alors pour tout x , si x vole, alors $x=\textit{Tweety}$. Le fait qu'il y ait d'autres objets qui volent n'est pas pertinent, dès lors que « vole » est circonscrit dans A : tous les objets autres que *Tweety* sont réputés ne pas voler.

A partir de ce cadre général, on peut formaliser les suppositions par défaut en introduisant un prédicat *ab* (pour « *abnormal* », c'est-à-dire « anormal »)²³. Ainsi, la formule « si x est un oiseau, x vole, sauf exceptions » sera exprimée :

$$(18) \quad \forall x. \text{oiseau}(x) \wedge \neg \text{ab}(x) \rightarrow \text{vole}(x)$$

Si *Tweety* est un oiseau, alors on doit pouvoir dériver que *Tweety* vole sans avoir besoin de se demander si *Tweety* est anormal relativement à la capacité de voler. Pour ce faire, on circonscrit le prédicat *ab*, et seulement ce prédicat. Par exemple, étant admis que $\forall x. \text{pingouin}(x) \rightarrow \text{oiseau}(x)$, et que $\forall x. \text{pingouin}(x) \rightarrow \text{ab}(x)$, si on introduit $\text{oiseau}(\textit{Tweety})$, alors on pourra dériver $\text{vole}(x)$ sans qu'il n'ait été besoin de spécifier $\neg \text{pingouin}(\textit{Tweety})$, puisque *ab* est circonscrit. En revanche, *oiseau* n'est pas circonscrit ; de sorte que si j'introduis $\text{vache}(\textit{Bertha})$, je ne peux dériver $\neg \text{vole}(\textit{Bertha})$; pour pouvoir le dériver, il faut introduire $\forall x. \text{vache}(x) \rightarrow \neg \text{oiseau}(x)$.

23 McCarthy, 1986, p. 93.

De fait **ab** est trop imprécis pour pouvoir être maniable, dans la mesure où un oiseau pourra être normal relativement au fait de pouvoir voler, mais anormal relativement à d'autres aspects du caractère-oiseau, et vice versa. On peut donc distinguer plusieurs aspects $\{1, 2 \dots n\}$ sous lesquels un oiseau peut être anormal, et on écrira

$$(18a) \quad \forall x. \text{oiseau}(x) \wedge \neg ab_1(x) \rightarrow \text{vole}(x)$$

$$(19) \quad ab_1(x) \rightarrow \neg \text{vole}(x)$$

De fait, la circonscription est un moyen beaucoup plus maniable que la logique des défauts pour représenter les clauses générales d'exception, que l'on évoquera plus bas.

3. La négation par l'échec en programmation logique

Certains langages de programmation logique, le plus célèbre étant Prolog²⁴, ont un équivalent fonctionnel de la circonscription, qui est la négation par l'échec (aussi appelée négation comme échec)²⁵. Un programme logique est un ensemble de règles définissant des relations entre des objets, dont la computation est la déduction des conséquences logiques à partir des règles du programme. On va prendre pour exemple Prolog, qui est fréquemment utilisé en *AI&Law*²⁶. On commence par définir une base de connaissances (*knowledge base*) *KB* qui sera composée de *faits* et de *règles*. Par exemple

pere(jacques, henri)

pere(jean, marc)

mere(marie, henri)

mere(hortense, marc)

est un ensemble de faits (Jacques est le père d'Henri, etc.). On peut d'autre part spécifier un certain nombre de règles, par exemple

enfant(X,Y) :- pere(Y,X)

enfant(X,Y) :- mere(Y,X)

Le symbole « :- » est l'équivalent fonctionnel de l'opérateur de condition nécessaire « $\leftarrow$ » ; dans le premier exemple ci-dessus, **pere(Y,X)** est le corps de la règle, et **enfant(X,Y)** est la tête. A partir de cette base de connaissance, on pourra poser des *questions* (ou *requêtes*). Syntactiquement, les faits et les questions sont identiques ; ils portent tous deux sur des *buts* : un fait *P* énonce que le but *P* est vrai ; une question *?-P* cherche à déterminer si le but *P* est vrai. Il est possible sur Prolog de poser deux types de questions. En premier lieu, on peut poser des questions simples portant sur un but et ne contenant aucune variable ; elles appelleront une réponse positive ou négative. Par exemple, on posera la question *?- pere(jacques, henri)* et on obtiendra

24 Voir Sterling et Shapiro, 1999, p. 198 *sq.*

25 Voir Sheperdson, 1998.

26 Voir Sartor, 1994, Lodder, 1999.

la réponse oui. En second lieu, on peut poser une question existentielle, qui contiendra au moins une variable ; par exemple ?- père(jacques, X) (« existe-t-il un x tel jacques est le père de x ? ») obtiendra la réponse X=henri.

On a donc trois éléments : des faits, des règles, et des questions, qui sont nécessairement des « clauses de Horn »²⁷. En calcul booléen, une clause est une disjonction de littéraux, et une clause de Horn est une disjonction comportant au plus un littéral positif, c'est-à-dire :

$$(20) \quad Q \wedge \neg P_1 \vee \neg P_2 \vee \dots \vee \neg P_n \text{ c'est-à-dire } P_1 \wedge P_2 \wedge \dots \wedge P_n \rightarrow Q \text{ (clause stricte)}$$

$$(21) \quad Q \text{ (clause positive)}$$

$$(22) \quad \neg P_1 \vee \neg P_2 \vee \dots \vee \neg P_n \text{ c'est-à-dire } \neg P_1 \wedge P_2 \wedge \dots \wedge P_n \text{ (clause négative).}$$

Les règles sont des clauses de Horn strictes ; les faits sont des clauses positives ; les questions sont des clauses négatives. Le corps de la règle peut comporter autant de conjonctions possibles

$$\text{fils}(X,Y) \text{ :- père}(Y,X), \text{ male}(X)$$

mais ne peut comporter aucune disjonction, et la tête ne peut comporter qu'une seule formule atomique (en raison de la définition des règles comme clauses de Horn strictes).

Les programmes logiques fonctionnent au moyen de ce que Reiter a appelé une hypothèse de monde clos (*close world assumption*, abrégé CWA)²⁸. Si une base de connaissances *KB* ne permet pas de dériver une formule atomique φ alors elle permet de dériver *non- φ* . Ainsi si je pose la question suivante : ?-pere(jacques,patrice) j'obtiendrai la réponse non, bien que *KB* ne contienne nulle part $\neg$ pere(jacques,patrice). L'hypothèse de monde clos s'exprime ainsi :

$$(23) \quad KB \vdash_{\text{CWA}} \neg \varphi \text{ ssi ce n'est pas le cas que } KB \vdash \varphi$$

Comme dans la circonscription le but est de minimiser les informations nécessaires pour que le programme puisse dériver un *output* à partir de la base de connaissances. Le principe de négation par l'échec est le suivant : est nié tout ce que le programme échoue à dériver à partir de *KB*.

Prolog dispose d'un prédicat not (analogue au prédicat ab de la circonscription de McCarthy)²⁹, qui permet de spécifier les exceptions (à savoir ce qui, s'il n'est pas présent dans *KB*, est réputé faux, mais qui, ajouté à *KB*, implique la fausseté de son complément). Il s'agit bien d'un prédicat et non d'un opérateur logique (tel que la négation classique). Autrement dit, alors que $\neg P$ est un littéral, not *P* n'est pas un littéral. Ainsi, si on a la base de connaissances *KB*₁ suivante :

27 Voir pour une explication (beaucoup) plus approfondie, Loveland et Nadathur, 1998, p. 188.

28 Voir Reiter, 1978.

29 La différence est que les exceptions doivent être spécifiées dans des clauses spécifiques, et non dans des clauses générales.

```
vole(X) :- oiseau(X), not(pingouin(X))
oiseau(X) :- pingouin(X)
oiseau(tweety)
```

A la question ?- vole(tweety) le programme répondra par la positive, et si on pose la question ?-pingouin(tweety), la réponse sera négative. Si, cependant, on ajoute à KB_1 pingouin(tweety), alors la réponse à la première question sera négative, et la réponse à la seconde positive³⁰.

4. Logique conditionnelle défaisable

Un certain nombre d'approches tentent de formaliser le raisonnement défaisable au moyen d'outils déjà existants. L'explicitation détaillée de ces approches déborderait largement le cadre du présent travail (et les capacités de son auteur), c'est pourquoi on va seulement en esquisser les contours.

Certains auteurs ont établi des liens entre la logique conditionnelle et la logique non monotone³¹. La logique conditionnelle a été développée d'une part à la suite des travaux de C.I. Lewis sur les conditionnels stricts et d'autre part à la suite des travaux de David Lewis³² et Robert Stalnaker³³ sur les conditionnels contrefactuels (« si Oswald n'avait pas tué Kennedy, alors quelqu'un d'autre l'aurait tué »), et élargie aux conditionnels indicatifs³⁴ (« si Oswald n'a pas tué Kennedy, alors quelqu'un d'autre l'a tué »). La logique conditionnelle interprète les contrefactuels au moyen d'une sémantique des mondes possibles. Si « $>$ » est un conditionnel contrefactuel, alors $P > Q$ est trivialement vrai si et seulement s'il n'y a aucun monde où P est vrai, et non trivialement vrai ssi Q est vrai dans un sous-ensemble non strict des mondes où P est vrai tel que les mondes où Q est vrai ressemblent plus au monde réel que les mondes où Q est faux. Autrement dit $P > Q$ est vrai si Q est vrai dans les mondes où P est vrai qui sont les plus proches du monde réel³⁵.

Pour formaliser le raisonnement défaisable, James Delgrande³⁶ a introduit un conditionnel « $\Rightarrow$ » ; un énoncé $P \Rightarrow Q$ est interprété de telle manière que si P est le cas, alors il est normalement le cas que Q . Ce conditionnel est adossé à une sémantique des mondes possibles *normaux*. $P \Rightarrow Q$ est vrai lorsque dans les mondes les moins exceptionnels (ou les plus normaux) où P est vrai, Q est vrai. Soit M est un modèle contenant un ensemble de mondes W et une relation d'accessibilité telle que

30 Sur la construction de not au sein de Prolog (en particulier sur les opérations cut et fail qui lui sont indispensables), voir Sterling et Shapiro, 1999, p. 189 *sq.*

31 Voir Arlo-Costa et Shapiro, 1992 ; Levi, 1996, p. 112 *sq.*

32 Lewis, 1973.

33 Stalnaker, 1968.

34 Jackson, 1987.

35 Voir Stalnaker, 1968, p. 102 ; Lewis, 1973, p. 10 *sq.* On ne prétend fournir ici de la logique contrefactuelle qu'un aperçu rudimentaire.

36 Delgrande, 1988.

Rw_1w_2 existe entre w_1 et w_2 lorsque w_2 est au moins aussi uniforme (ou aussi peu exceptionnel) que w_1 , et soient α et γ deux formules bien formées de la logique des prédicats du premier ordre. Le symbolisme $\|\alpha\|^M$ dénote l'ensemble des mondes où α est vraie ; le symbolisme $\models_w^M \alpha$ signifie que α est vrai dans M pour le monde w ; f dénote une fonction de sélection de mondes fonctionnant de la manière suivante : $f(w, \|\alpha\|^M)$ signifie

$$\{w_1 \mid Rww_1 \text{ et } \models_{w_1}^M \alpha, \text{ et pour tout } w_2 \text{ tel que pour tout } Rww_2 \text{ et } \models_{w_2}^M \alpha, \text{ alors } Rww_2\}$$

Autrement dit, f sélectionne, parmi les mondes w dans M où α est vraie, ceux qui sont les moins exceptionnels. La formule $\alpha \Rightarrow \gamma$ est vraie dans un monde w appartenant à W dans M ssi $f(w, \|\alpha\|^M) \subseteq \|\gamma\|^M$.

Ensuite, Delgrande construit (de manière analogue à Reiter) une théorie de défaut $\Delta = (D, W)^{37}$, où D comportera des formules contenant le conditionnel $\Rightarrow$ et W des formules bien formées représentant des faits. Il faut remarquer qu'à ce stade, le conditionnel est monotone, dans la mesure où il respecte la règle du renforcement de l'antécédent. La non-monotonie est ajoutée en définissant (au moyen d'un point-fixe) une extension E non pas de la théorie, mais de D , c'est-à-dire de l'ensemble de défauts initial – étant donné que l'ajout d'une formule bien formée ne change rien, puisque le conditionnel respecte la règle du renforcement. C'est pourquoi Delgrande définit une relation de conséquence non monotone $\mid \sim$ telle que

$$(24) \quad \Delta \mid \sim \rho \text{ ssi } C \Rightarrow \rho \text{ est dérivable de } E(D).$$

On peut ajouter autant de défauts à $E(D)$ tant que, étant donné C , cela n'entraîne pas une inconsistance (c'est-à-dire à la fois $C \Rightarrow \rho$ et $C \Rightarrow \neg \rho$) ; si c'est le cas, alors la sélection s'effectue au moyen d'une hypothèse de *pertinence*. Ainsi, si on a un défaut $\alpha \Rightarrow \gamma$, alors on peut « augmenter » ce défaut en $\alpha \wedge \beta \Rightarrow \gamma$ aussi longtemps que n'est pas introduit dans D un défaut pertinent, c'est-à-dire un défaut dont on sait qu'il aura une incidence sur la valeur de vérité du conditionnel, et qui *nie* γ . Pour l'illustrer, on peut emprunter les exemples suivants à Prakken³⁸. Soit une théorie de défaut :

$$D = \{\text{Oiseau}(x) \Rightarrow \text{Vole}(x)\}$$

$$W = \{\text{Oiseau}(\text{Tweety}), \text{Mort}(\text{Tweety}), \text{Vert}(\text{Tweety})\}$$

Grâce à (24), on peut ajouter un nouveau défaut $\text{Oiseau}(x) \wedge \text{Mort}(x) \wedge \text{Vert}(x) \Rightarrow \text{Vole}(x)$ et étant donné la nouvelle extension obtenue, alors $\Delta \mid \sim \text{Vole}(\text{Tweety})$. En revanche, si un nouveau défaut $\text{Oiseau}(x) \wedge \text{Mort}(x) \Rightarrow \neg \text{Vole}(x)$, alors l'addition de $\text{Oiseau}(x) \wedge \text{Mort}(x) \wedge \text{Vert}(x) \Rightarrow \text{Vole}(x)$ est bloquée dans la mesure où l'on sait que le nouveau défaut a une incidence sur la valeur de vérité de $\text{Vole}(x)$. Autrement dit, contrairement à la plupart des formalisations envisagées auparavant où ce sont des *faits* qui défont le défaut, ici, c'est l'ajout d'un nouveau défaut qui bloque le défaut initial – on obtient donc la non-monotonie au détour de l'ajout non pas d'un nouvel élément dans l'antécédent, mais d'un nouveau défaut dans l'extension.

37 On harmonise la notation.

38 Prakken, 1997, pp. 88-89.

II. LES EXCEPTIONS « EXPLICITES » DANS LE RAISONNEMENT JURIDIQUE

A. Une classification des exceptions

On va en premier lieu envisager la manière dont la logique des défauts peut permettre de formaliser les *clauses d'exceptions* au sein des règles juridiques. Dans *Logical Tools for Modelling Legal Argument*, Henry Prakken a évalué de manière plus détaillée l'intérêt de la logique des défauts pour une représentation des exceptions explicites³⁹. Pour ce faire, Prakken effectue un certain nombre de distinctions utiles. Il distingue entre *rebutting* et *undercutting defeaters*, entre *exceptions douces* et *dures* et entre clauses d'exceptions spécifiques et générales.

Il emprunte tout d'abord à John Pollock la distinction entre *rebutting defeaters* et *undercutting defeaters*⁴⁰, originellement établie dans un cadre de philosophie de la connaissance. Pollock définit ces notions de la manière suivante : pour une croyance que p, un *rebutting defeater* (un « défaiseur réfutateur ») est une raison pour inférer la négation de p ou une proposition q incompatible avec p ; un *undercutting defeater* (un « défaiseur sapeur ») est une raison pour ne plus croire que p, sans être elle-même une raison pour croire que non-p. Par exemple, « X me semble rouge » est une raison pour croire que « X est rouge » ; toute raison de croire que « X n'est pas rouge » est un *rebutting defeater*. En revanche, si je découvre que X est illuminé par des lumières rouges (et je sais que, bien souvent, des lumières rouges permettent de rendre rouges des objets qui ne le sont pas), ma découverte constitue une raison pour ne plus croire que « X est rouge », mais elle ne constitue pas une raison pour croire que « X n'est pas rouge » ou « X est d'une autre couleur de rouge » – car il arrive que des objets rouges soient illuminés au moyen d'une couleur rouge !⁴¹ Ma découverte n'est pas une raison pour nier que X est rouge, mais seulement pour nier que « X ne me paraîtrait pas rouge s'il n'était pas rouge », *i.e.* une raison pour nier l'applicabilité d'une règle d'inférence : $\forall(x). \text{paraît\_rouge}(x) \rightarrow \text{est\_rouge}(x)$.

Cette distinction est adaptée au raisonnement juridique de la manière suivante⁴². Les *rebutters* (ou *rebutting defeaters*, ou *rebutting exceptions*) sont tout fait – *i.e.*

39 Prakken, 1997, p. 105 *sq.* Il évalue de la même manière quelques-unes des théories mentionnées ci-dessus, mais on préfère s'en tenir à la seule logique des défauts.

40 Pollock, 1987, pp. 483-485 ; voir aussi Pollock et Cruz, 1999, pp. 196-197. Chez Pollock, la justification épistémique est explicitée en termes de raisons pour la croyance : une raison de croire p est une raison logiquement conclusive si et seulement si elle est indéfaisable ; une raison de croire p est une raison *prima facie* si elle est susceptible d'être défaite par l'ajout d'une raison supplémentaire (voir Pollock, 1974, p. 33, *sq.* et pour un commentaire, Calvalcante, 1994, p. 32). Voir plus bas notre analyse sur la notion de raison *prima facie*.

41 L'exemple est repris de Pollock, 1987.

42 Outre Prakken, 1997, voir Sartor, 1994, p. 191 ; Verheij, 1996, pp. 120-122 ; Prakken et Sartor, 1996, p. 343 ; Hage, 1997, pp. 166-169 ; Lodder, 1999, pp. 14-15 ; Prakken et Vreeswijk, 2002, p. 230 *sq.* ; Nute, 2003, pp. 153-154 ; Brozek, 2004, p. 88 *sq.* ; Sartor, 2005, p. 62 *sq.* ; Sartor, 2012, pp. 120-121.

toute formule bien formée de *W* – qui bloquent une conséquence juridique donnée *B* pour toutes les règles établissant cette conséquence. (Par « établir une conséquence *B* », on entend le fait de faire figurer *B* dans le conséquent de la règle, conçue comme une norme conditionnelle). Les *undercutters* (ou *undercutting defeaters* ou *undercutting exceptions*) sont les faits qui rendent une règle inapplicable (et de ce fait empêchent que la conséquence juridique soit dérivée), mais n'empêchent pas nécessairement que la même conséquence soit obtenue par d'autres moyens (sur le fondement d'autres règles, applicables, elles). Un *undercutter* ne bloque pas la conclusion du raisonnement, mais empêche que les prémisses du raisonnement soient applicables.

Pour illustrer la distinction entre *rebutters* et *undercutters*, on peut faire appel au schéma d'argumentation de Toulmin – que l'on va évoquer plus loin. La terminologie est d'ailleurs souvent proche : ce que Toulmin appelle des réfutations (*rebuttals*) – c'est-à-dire des clauses : « sauf si... » – correspond à ce qu'on appelle ici des *rebutters*, et Toulmin note de manière correcte qu'ils bloquent la *conclusion* de l'argument⁴³. En revanche, les *undercutters* bloquent les *garanties* (*warrants*) des arguments – ou plutôt le fondement (*backing*) des garanties⁴⁴.

Par exemple, l'exception de légitime défense est typiquement un *rebutter* en droit pénal dans la mesure où elle bloque la conclusion de toutes les règles établissant une responsabilité pénale et ayant un effet juridique déterminé (la condamnation) – pourvu que l'exception soit pertinente pour la règle en question : on ne saurait imaginer un viol ou un vol à main armée en état de légitime défense. Le fait que l'exception de légitime défense ne soit pas susceptible d'être soulevée à l'occasion de *toute* infraction suppose qu'elle ne constitue une exception qu'à certaines règles du Code pénal – elle ne peut être à proprement parler une cause générale d'irresponsabilité pénale. Le fait que la clause d'exception (l'article 122-5 al. 1 du Code pénal) soit *séparée* des règles substantielles s'explique pour des raisons d'individuation des règles, afin de ne pas ajouter à chaque article du Code « sauf si légitime défense, et sauf si {toute autre exception pertinente} », mais il est néanmoins possible de reformuler les règles de manière à ce que la légitime défense soit exprimée au moyen d'une clause d'exception explicite.

En revanche, les règles de prescription de l'action publique (par exemple les art. 6 à 10 du Code de procédure pénale) rendent *inapplicables* certaines règles à certains cas. Ainsi, alors que l'exception de légitime défense bloque la conclusion de *toutes* les règles auxquelles elle est une exception (étant entendu, répétons-le, qu'il n'y a pas d'exception de légitime défense à *toutes* les règles établissant une responsabilité pénale), la prescription de l'action publique bloque l'applicabilité (normative) de certaines règles et, par conséquent, bloque également la conclusion de ces règles, mais ne bloque pas la conclusion d'autres règles. Ainsi, la règle : homicide_involontaire → condamnation est rendue inapplicable dès lors que les faits ont été commis il y a plus de trois ans, mais elle n'empêche pas que la conclusion (*i.e.* condamnation) puisse être dérivée par d'autres moyens (une requalification en crime, par exemple, dont le délai de prescription est plus long).

43 Voir Toulmin, 1993, p. 125.

44 Voir Toulmin, 1993, pp. 127-128.

Les *rebutters* sont donc intuitivement plus « forts » que les *undercutters*, dans la mesure où ils ne se contentent pas de rendre la règle inapplicable, ce que font également les *undercutters*, mais ils bloquent la conclusion elle-même et en rendent impossible la dérivation à partir d'autres règles du système.

Les exceptions (qu'il s'agisse de *rebutters* ou d'*undercutters*) sont souvent elles-mêmes susceptibles d'exceptions. Pour désigner de telles exceptions, Prakken parle de *soft exceptions*⁴⁵, expression que l'on va traduire par « exceptions douces ». Les exceptions elles-mêmes insusceptibles d'exceptions sont des exceptions dures (*hard exceptions*).

Un *undercutter* est doux lorsqu'il est lui-même susceptible d'exceptions, qui ont pour effet de rendre la règle qui a été « sapée » de nouveau applicable. On peut prendre pour exemple le régime du divorce pour faute. Le divorce pour faute est prononcé pourvu que soit prouvé que l'époux contre lequel la procédure est engagée a commis des fautes graves (art. 242 du Code civil). L'article 243 al. 1 du Code civil dispose que la réconciliation des époux survenue entretemps empêche de considérer comme fautes les faits allégués lors de la demande de divorce. L'article 242 cesse alors d'être applicable. La conséquence juridique (le divorce) peut être obtenue par d'autres biais (par exemple, via la procédure du divorce par consentement mutuel) – et une nouvelle demande de divorce pour faute peut également être déposée, mais seulement à la lumière de faits nouveaux, survenus après que le juge a déclaré la première demande irrecevable (article 243 al. 2). En ce sens, l'article 243 al. 1 est un *undercutter dur*. En revanche lorsque l'époux qui a pris l'initiative de la demande de divorce pour faute a lui-même commis des fautes graves de nature à atténuer celles de son conjoint, cela peut ôter à ces dernières leur caractère de cause de divorce (art. 245, al. 1). Si tel est le cas, le divorce ne peut être prononcé – on passe sous silence le fait que le juge est souverain dans l'appréciation de la gravité des fautes. La règle de l'article 242 est alors inapplicable, et l'on a de nouveau un *undercutter*, le divorce peut toujours être obtenu par d'autres moyens. Cependant, si l'époux contre lequel est dirigée la procédure de divorce pour faute fait lui-même une demande reconventionnelle de divorce pour faute (art. 245 al. 2), alors la règle de l'article 242 est de nouveau applicable – à ce ceci près qu'on passe d'un divorce pour faute à un divorce aux torts partagés. L'article 245 al. 1 est donc un *undercutter doux*.

Un *rebutter* est doux lorsqu'il est lui-même susceptible d'exceptions. Ainsi la légitime défense est une exception à la règle prévoyant la condamnation pour meurtre, sauf si ce dernier a eu pour objet de prévenir ou d'interrompre une atteinte aux biens. On peut alors reformuler les alinéas 1 et 2 de l'article 122-5 et l'article 221-1 du Code pénal de la manière suivante : « le fait de donner volontairement la mort à autrui entraîne la condamnation⁴⁶, *sauf si légitime défense, sauf en cas d'atteinte aux biens* ».

45 Prakken, 1997, p. 103.

46 On ne précise ici ni la qualification, ni la peine pour les raisons suivantes : 1° la présence de l'exception bloque non seulement l'application de la règle, mais également la qualification, il semble donc peu praticable de faire entrer la qualification juridique (« meurtre ») dans la justification du défaut ; 2° la

Enfin, il convient de distinguer les clauses spécifiques d'exception et les clauses générales d'exception⁴⁷. Les clauses spécifiques sont celles qui spécifient chaque exception à la règle, tandis que les clauses générales sont formulées au moyen d'expressions du type « sauf s'il en est disposé autrement... », « sous réserve de dispositions contraires », etc. De prime abord, cette distinction est avant tout affaire d'individuation des règles : le choix d'incorporer les exceptions spécifiques au sein de la formulation de la règle ou d'en faire des règles séparées annoncées par des clauses générales semble n'être qu'un choix de représentation. Après tout, l'article 122-5 al. 1 et l'art. 221-1 du Code pénal ne sont pas réunis en une même formulation normative, mais en deux énoncés distincts, et le choix de traiter l'art. 122-5 al. 1 comme une clause spécifique est un choix de représentation. Cependant il y a un triple intérêt à distinguer les clauses générales des clauses spécifiques, même si *in fine* la modélisation complète d'un code ou d'un ensemble de règles données ne pourra pas toujours satisfaire le réquisit de ressemblance structurelle et d'isomorphisme avec les énoncés normatifs effectivement contenus dans le code ou l'ensemble de règles envisagées.

Le premier intérêt est que les clauses générales permettent une modification de la théorie de défauts initiale par l'ajout de nouvelles exceptions au moyen de l'adjonction de défauts supplémentaires (en cas d'exceptions douces) ou de formules bien formées quantifiées (en cas d'exceptions dures), sans qu'il y ait besoin de modifier les défauts de la théorie initiale. C'est ce qu'on appelle l'exigence de *modularité* de la formalisation : l'ajout de nouvelles informations n'implique pas la modification des informations déjà existantes⁴⁸. De manière générale, la plupart des énoncés normatifs peuvent être interprétés comme exprimant implicitement une clause générale d'exception. Le second intérêt, assez étroitement lié au premier, est qu'une clause générale d'exception permet à la fois d'obtenir un principe acceptable d'individuation des règles, de manière à ce que les exceptions ne figurent pas expressément dans l'antécédent des règles, évitant ainsi d'obtenir des règles immenses et non praticables⁴⁹ et de représenter les exceptions au sein de règles séparées sans que ces dernières entrent en conflit avec la règle principale, puisque cette dernière résout à l'avance le conflit au moyen de la clause générale d'exception. (Voir *infra* sur les conflits non résolus). Le troisième intérêt est que les *undercutters* ne sont pas représentables au moyen de clauses spécifiques en logique des défauts, comme on va le voir plus loin.

précision de la peine est superflue et elle peut induire en erreur, dans la mesure où la formulation pourrait laisser croire que l'exception porte sur le montant de la peine et non sur la condamnation elle-même.

47 Prakken, 1997, pp. 38-42 et pp. 106-107.

48 Voir Etherington, 1988, p. 151 ; Kyburg, 1991, p. 113 ; Prakken, 1997, p. 104.

49 C'est un réquisit sur lequel a insisté (eu égard à des enjeux philosophiques, et non aux problèmes de formalisation) Raz dans sa controverse avec Dworkin (Raz, 1972, p. 828) ; même si Raz n'envisage pas les clauses générales d'exception, il insiste néanmoins sur les difficultés que pose à un principe raisonnable d'individuation l'entreprise d'inclure toutes les exceptions dans l'antécédent de la règle.

B. Application de la logique des défauts

La théorie des défauts semi-normaux est intéressante pour la théorie du droit dans la mesure où elle permet de représenter les exceptions explicites⁵⁰ aux règles juridiques, conçues comme des défauts semi-normaux, au sein de clauses spécifiques. En effet, si les règles sont définies comme des défauts normaux, la liste des faits qui, ajoutés à W , entraînent une extension inconsistante de la théorie, n'est pas spécifiable : il s'agit de tout fait rendant la justification inconsistante avec l'extension obtenue par l'ajout dudit fait. En revanche, si les règles juridiques sont conçues comme des défauts semi-normaux, on peut formaliser les exceptions explicites dans la formulation même de la règle (mis à part les problèmes d'individuation des règles que cela emporte). Supposons que D comporte les deux défauts⁵¹ suivants :

$$d_1 : \frac{\text{Homicide\_volontaire}(x) : \text{Condamnation}(x)}{\text{Condamnation}(x)}$$

$$d_2 : \frac{\text{Legit\_defense}(x) : \neg \text{Condamnation}(x)}{\neg \text{Condamnation}(x)}$$

Si $W = \{\text{Homicide\_volontaire}(\text{Marcel}), \text{Legit\_defense}(\text{Marcel})\}$, alors il est possible de dériver deux extensions conflictuelles.

Une première solution consiste à faire de d_2 un *rebutter dur*, en le transformant une règle stricte et à l'ajouter à W :

$$w_1 : \forall (x). \text{Legit\_defense}(x) \rightarrow \neg \text{Condamnation}(x).$$

En revanche, si le *rebutter* est doux⁵², c'est-à-dire s'il y a des circonstances dans lesquelles l'exception de légitime défense est elle-même susceptible de recevoir une exception, ce qui est le cas en droit français (on l'a vu plus haut). On peut alors formaliser les alinéas 1 et 2 de l'article 122-5 et l'article 221-1 du Code pénal en faisant de d_3 un défaut semi-normal (d_4 demeurant identique) :

$$d_1 : \frac{\text{Homicide\_volontaire}(x) : \neg \text{Legit\_defense}(x) \wedge \text{Condamnation}(x)}{\text{Condamnation}(x)}$$

qui se lit : « si *Homicide_volontaire*, alors (il doit y avoir) *Condamnation*, pourvu qu'il soit consistant avec l'extension de la théorie de supposer que $\neg \text{Legit\_defense} \wedge \text{Condamnation}$ ». Dès lors que $\text{Legit\_defense}(\text{Marcel})$ est introduit dans W , alors la justification n'est évidemment plus consistante avec l'extension de la

50 On va se contenter d'une version très simplifiée de l'application de la logique des défauts semi-normaux aux exceptions explicites, qui suit largement Prakken, 1997, p. 105 *sq.* On trouvera une formalisation plus complète dans McCarty et Cohen, 1994.

51 On prend ici un exemple fictif, qui ne doit pas être pris comme une modélisation des articles 122-5 al. 1 et 221-1 du Code pénal. En premier lieu, le premier défaut ne fait référence ni à la qualification de meurtre, ni à la peine maximale ; ensuite, comme on va le voir plus loin, on a intérêt à ne pas faire de l'article 221-1 du Code pénal un défaut semi-normal, dans la mesure où la légitime défense ne constitue pas une exception au seul article 221-1, mais une cause générale d'irresponsabilité. On reviendra sur ces problèmes de modélisation plus loin.

52 A vrai dire, il est utile de transformer d_1 en d_1 de toute façon, afin de spécifier, dans la formulation du défaut, les cas d'exceptions.

théorie. Il est important que le défaut soit semi-normal et non pas non normal, dans la mesure où si *Legit_defense* est introduit dans $\mathcal{W}$, étant donné d_2 il n'est plus possible de supposer de manière consistante Condamnation ; mais il peut y avoir d'autres raisons pour lesquelles il n'est plus consistant de supposer Condamnation, qui doit donc continuer à figurer dans la justification du défaut. Si on l'en ôte, le défaut ne peut plus être défaut que par l'introduction de *Legit_defense* dans l'extension de la théorie – ce qui est une contrainte trop forte.

Il faut noter que le défaut est semi-normal, c'est-à-dire que $\neg \text{Legit\_defense}$ est ajoutée à la *justification* et non au *prérequis* du défaut⁵³ – s'il est ajouté au prérequis – par exemple $(A \wedge C : B/B)$, le défaut ne cesse pas d'être un défaut normal. Mais il faut noter que si $\neg \text{Legit\_defense}$ est ajouté au prérequis, alors *Legit_defense* cesse d'être une exception (un défaiseur), mais devient une condition (négative) d'application du défaut, puisque pour que Condamnation soit dérivé, il faut non seulement que Homicide fasse partie de $\mathcal{W}$, mais également que $\neg \text{Legit\_defense}$ fasse partie de $\mathcal{W}$. Dans ce cas, en ce qui concerne *Legit_defense* uniquement, le raisonnement n'est plus défaisable (même si la règle d'inférence demeure un défaut, et s'expose de ce fait à d'autres défaiseurs).

Enfin, il convient de souligner que d_2 est un *rebutter* doux, qui peut être défaut par l'application de l'article 122-5 alinéa 2 du Code pénal. Si ce dernier est un *rebutter* dur, alors il n'y a pas de problème. Il suffit de faire de d_2 un défaut semi-normal⁵⁴ :

$$d_2' : \frac{\text{Homicide\_volontaire}(x) \wedge \text{Legit\_defense}(x) : \neg \text{Atteinte\_biens}(x) \neg \text{Condamnation}(x)}{\neg \text{Condamnation}(x)}$$

et d'ajouter à $\mathcal{W}$ la formule bien formée suivante :

$$w_2 : \forall (x). \text{Homicide\_volontaire}(x) \wedge \text{Legit\_defense}(x) \wedge \text{Atteinte\_biens}(x) \rightarrow \text{Condamnation}(x)$$

En revanche, si l'article 122-5 al. 1 est un *rebutter* doux, alors il doit être exprimé au moyen d'un nouveau défaut ajouté à D :

$$d_3 : \frac{\text{Homicide\_volontaire}(x) \wedge \text{Legit\_defense}(x) \wedge \text{Atteinte\_biens}(x) : \text{Condamnation}(x)}{\text{Condamnation}(x)}$$

Si on ajoute à $\mathcal{W}$ *Atteinte_biens(Marcel)* (qui se lit « Marcel a essayé de prévenir ou d'interrompre une atteinte aux biens »)⁵⁵, alors la théorie a une seule extension :

53 Sur les conséquences de ce point, voir Prakken, 1997, p. 72.

54 On remarquera qu'est ajouté *Homicide_volontaire(x)* au prérequis de d_2' , puisque l'article 122-5 al. 2 du Code pénal ne s'applique qu'aux cas d'homicide volontaire. Cela ne change pas grand-chose puisque, par hypothèse, *Homicide_volontaire(Marcel)* est déjà présent dans $\mathcal{W}$.

55 En toute rigueur d_3 est insatisfaisant, dans la mesure où il peut y avoir de manière conjointe atteinte aux biens et atteinte aux personnes (auquel cas d_2 s'applique). Pour obtenir une formalisation rigoureuse, il faudrait rajouter dans D les défauts suivants : *Legit_defense : Atteinte_personnes / Atteintes_personnes* et *Legit_defense ∧ Atteinte_biens : ¬ Atteinte aux personnes / ¬ Atteinte aux personnes*, qui doivent être compris comme des méta-règles : quand *Legit_defense* apparaît dans les défauts ou dans les formules bien formées de $\mathcal{W}$, alors il est supposé par défaut qu'il d'un acte ayant eu pour objet de prévenir ou d'interrompre une atteinte aux personnes ; si *Atteinte_biens* est ajouté à la

Condamnation(Marcel). Il convient de noter que d_3 est un défaut *normal* qui, en tant que tel, ne peut être défait que par un fait (une formule bien formée appartenant à W) rendant inconsistante l'extension de la théorie où figure Condamnation(Marcel). On ne peut introduire de nouveau défaut dans la théorie qu'à condition de modifier le défaut déjà existant pour en faire un défaut semi-normal, ce qui viole l'exigence de modularité⁵⁶ – d'où l'intérêt de recourir à une clause générale d'exceptions.

Les *undercutters* ne sont pas formalisables au moyen de clauses spécifiques d'exceptions dans la logique des défauts. La raison en est simple : les défauts semi-normaux permettent d'inclure dans la justification des éléments dont la négation bloque le conséquent du défaut – c'est-à-dire, en l'espèce, la conséquence juridique. Dès lors que la négation de ces éléments se retrouve dans W , le conséquent n'est plus dérivable de manière cohérente dans aucune extension de la théorie. Or le propre d'un *undercutter* est de ne défaire que l'application du défaut lui-même et non de son conséquent. Dès lors que l'exception de légitime défense, qui est un *rebutter*, est soulevée avec succès, celui qui a commis un homicide ne peut être condamné pour les mêmes faits. En revanche, il n'est pas possible d'inclure les règles de prescription dans des clauses d'exception spécifiques, dans la mesure où elles n'ont pas pour objet de bloquer le conséquent, mais de rendre inapplicable le défaut – certes, bien souvent, étant donné qu'il n'y a pas d'autre défaut applicable, l'*undercutter* bloque également la conclusion.

C'est pourquoi il convient de formaliser également les clauses générales d'exception, qui sont généralement formulées au moyen d'expressions du type : « sauf dispositions contraires ». Pour ce faire, on introduit, suivant une suggestion de Brewka⁵⁷ et Prakken⁵⁸, un prédicat appl correspondant à une clause d'applicabilité. L'expression « $\text{appl}d_1(x)$ » peut être lue comme signifiant : d_1 n'est pas applicable à x . Afin de représenter les clauses d'exceptions générales, il suffit d'insérer une clause d'applicabilité dans la justification du défaut normal, par exemple $d_n : A(x) : B(x) \wedge \text{appl}d_n(x) / B(x)$ qui se lit : si A alors B, à supposer que B soit consistant avec l'extension de la théorie et à supposer que le défaut soit applicable.

Les clauses générales sont propres à représenter de manière relativement simple les *undercutters*. Reprenons l'exemple de la prescription de l'action publique. Il s'agit d'un *undercutter* qui est, à ma connaissance, dur : il peut certes y avoir des exceptions aux règles relative à la *durée* de la prescription (par exemple en matière de crimes l'action publique se prescrit par dix ans, sauf en cas de crimes contre l'humanité), mais il n'y a pas d'exception à la règle de la prescription elle-même (qui veut que les auteurs de crimes prescrits ne peuvent plus être poursuivis). On pourra donc représenter les *hard undercutters* de la manière suivante :

théorie, alors il est supposé que l'acte de légitime défense de prévenir ou interrompre une atteinte aux biens ; si enfin Atteinte_biens $\wedge$ Atteinte_personnes sont ajoutés à l'extension de la théorie, alors les règles qui s'appliquent exclusivement à Atteinte_biens ne s'appliquent pas.

56 Prakken, 1997, p. 107.

57 Brewka, 1991a, p. 36.

58 Prakken, 1997, p. 108.

$$d_4 : \frac{\text{Homicide\_volontaire}(x) : \text{appld}_4(x) \wedge \text{Condamnation}(x)}{\text{Condamnation}(x)}$$

$$w_3 : \forall(x). \text{Prescription}(x) \rightarrow \neg \text{appld}_4(x)$$

En revanche les *soft undercutters* seront représentables de la manière suivante⁵⁹ :

$$d_5 : \frac{\text{Epoux}(x,y) \wedge \text{Faute}(x) : \text{appld}_5(x,y) \wedge \text{Divorce}(x,y)}{\text{Divorce}(x,y)}$$

$$d_6 : \frac{\text{Faute}(y) : \text{appld}_6(x,y) \wedge \neg \text{appld}_5(x,y)}{\neg \text{appld}_5(x,y)}$$

L'interprétation des clauses d'exception générales en clauses d'applicabilité présomptive⁶⁰ permet de formaliser de manière relativement simple les *undercutters*. Il est également possible de représenter les *hard rebutters* au moyen de clauses générales. Ainsi, reprenons d_1 et reformulons-le de manière à y inclure une clause générale d'exception :

$$d_7 : \frac{\text{Homicide\_volontaire}(x) : \text{appld}_7(x) \wedge \text{Condamnation}(x)}{\text{Condamnation}(x)}$$

Si l'exception de légitime défense est un *hard rebutter* (ce qu'elle n'est pas en droit français), alors il est possible de l'exprimer au moyen de w_1 (qui, rappelons-le, est : $\forall(x). \text{Legit\_defense}(x) \rightarrow \neg \text{Condamnation}(x)$). Si w_1 défait la conclusion, alors *a fortiori* il défait l'applicabilité de la règle. Du reste, il suffit que la négation d'un seul membre de la conjonction de justifications soit présent dans $\mathcal{W}$ pour que le conséquent soit bloqué.

Par contraste, les *soft rebutters* ne peuvent pas être exprimés au moyen de clauses générales, sauf à être combinés avec des *undercutters*. Reprenons d_7 . L'homicide volontaire entraîne la condamnation, sous réserve de la non applicabilité de d_7 . Comment représenter d_2 ? Considérons d_8 :

$$d_8 : \frac{\text{Legit\_defense}(x) : \text{appld}_8(x) \wedge \neg \text{appld}_7(x) \wedge \neg \text{Condamnation}(x)}{\neg \text{appld}_7(x) \wedge \neg \text{Condamnation}(x)}$$

Il apparaît rapidement que d_8 est insatisfaisant dans la mesure où, comme le fait remarquer Prakken⁶¹, on revient à un conflit de défauts non priorisés, du type « diamant de Nixon ». Dès lors que $\mathcal{W} : \{\text{Homicide\_volontaire}(\text{Marcel}), \text{Legit\_defense}(\text{Marcel})\}$, la théorie a deux extensions : $\text{Condamnation}(x)$ et $\neg \text{Condamnation}(x)$. Si on veut préempter ou prioriser une extension, il faut inclure $\text{Legit\_defense}(x)$ dans la formulation de d_7 , c'est-à-dire en faire une clause spécifique, ce qui exclut la possibilité d'une clause générale. La solution de Prakken est élégante, elle consiste à scinder d_8 en deux :

$$d_9 : \frac{\text{Legit\_defense}(x) : \text{appld}_9(x) \wedge \neg \text{appld}_7(x)}{\neg \text{appld}_7(x)}$$

59 On notera que l'arité des prédicats est supérieure dans cet exemple dans la mesure où le divorce concerne deux individus. Cependant, d_5 est structurellement équivalent à d_4 . D'autre part, l'exemple est fortement simplifié pour ne pas tenir compte des traits procéduraux propres aux articles 242 *sq.* du Code civil (y est nécessairement l'époux introduisant la demande de divorce). Une formalisation complète ne peut faire l'économie de ces traits, puisque c'est un point de procédure (la demande reconventionnelle de divorce pour faute de la part de x) qui permet à d_5 de redevenir applicable.

60 Sartor, 2005, p. 70.

61 Prakken, 1997, p. 110.

$$d_9 : \frac{\text{Legit\_defense}(x) : \text{appl}d_9(x) \wedge \neg \text{Condamnation}(x)}{\neg \text{Condamnation}(x)}$$

Si, de nouveau, on a $W : \{\text{Homicide\_volontaire}(\text{Marcel}), \text{Legit\_defense}(\text{Marcel})\}$, alors d_7 est d'abord défait par l'*undercutter* d_9 , et par conséquent n'est plus applicable. Ensuite, le *rebutter* d_9 est appliqué de manière à dériver une unique extension $\neg \text{Condamnation}(\text{Marcel})$. Il faut noter que dans d_9 , c'est $\text{appl}d_9$ et non $\text{appl}d_7$, qui est inclus dans la justification de d_9 , de manière à ce qu'une exception pour $\{d_9 ; d_9\}$ – qui, après tout sont la formalisation d'une seule et même règle – n'ait besoin de ne faire référence qu'à un seul défaut. L'applicabilité de d_9 est liée à l'applicabilité de d_9 . Ainsi, la règle de l'irrecevabilité de l'exception de légitime défense en cas d'homicide volontaire, lorsque ce dernier a été commis pour prévenir ou interrompre une atteinte aux biens, pourra être elle-même représentée au moyen des deux défauts suivants (dont aucun ne fait référence à d_9) :

$$d_{10} : \frac{\text{Homicide\_volontaire}(x) \wedge \text{Legit\_defense}(x) \wedge \text{Atteinte\_biens}(x) : \text{appl}d_{10}(x) \wedge \neg \text{appl}d_9(x)}{\neg \text{appl}d_9(x)}$$

$$d_{10'} : \frac{\text{Homicide\_volontaire}(x) \wedge \text{Legit\_defense}(x) \wedge \text{Atteinte\_biens}(x) : \text{Condamnation}(x) \wedge \text{appl}d_{10}}{\text{Condamnation}(x)}$$

Si il y a atteinte aux biens, alors d_9 est inapplicable ; par conséquent d_9 est également bloqué, et $\neg \text{Condamnation}(\text{Marcel})$ ne peut plus être dérivé.

Il faut donc deux défauts (un *undercutter* et un *rebutter*) pour représenter les *soft rebutters* de défauts tels que d_7 qui comportent des clauses générales d'exceptions. Il est évident que ce « sous-*rebutter* » (d_9) doit lui-même être un *soft rebutter* pour que le *rebutter* total (à savoir $d_9 + d_9$) soit un *soft rebutter*. Mais rien ne s'oppose à ce que l'*undercutter* soit lui-même un *hard undercutter*, puisque la conclusion ($\neg \text{Condamnation}(\text{Marcel})$) est de toute façon dérivée par d_9 , – à supposer que d_9 , qui est un *soft rebutter*, ne soit lui-même pas défait. Ainsi, d_9 est indéfaisable, mais d_9 ne l'est pas. Cela implique de modifier la notation, afin de délier d_9 de d_9 . Etant donné que d_9 devient indéfaisable (*i.e.* est toujours applicable), on ne peut plus conditionner l'applicabilité de d_9 à celle de d_9 . Il faut donc remplacer ces deux défauts respectivement par :

$$w_4 : \forall (x). \text{Legit\_defense}(x) \rightarrow \neg \text{appl}d_7(x)$$

$$d_{11} : \frac{\text{Legit\_defense}(x) : \text{appl}d_{11}(x) \wedge \neg \text{Condamnation}(x)}{\neg \text{Condamnation}(x)}$$

Il est à noter que l'on pourrait faire de d_{11} un défaut semi-normal au moyen d'une clause spécifique, et obtenir ainsi d_{12} comme ci-dessus – ce qui est impossible si au lieu d'avoir $\{w_4, d_{11}\}$ on a $\{d_9, d_9\}$, où, les deux défauts étant liés, l'applicabilité de l'un conditionne celle de l'autre. Cependant, si on choisit de conserver d_{11} , c'est-à-dire une clause générale d'applicabilité du *soft rebutter*, alors pour défaire ce *rebutter* il faut utiliser de nouveau un double défaut sur le modèle de $\{d_{10}, d_{10'}\}$, qui doit être modifié ainsi :

$$d_{12} : \frac{\text{Homicide\_volontaire}(x) \wedge \text{Legit\_defense}(x) \wedge \text{Atteinte\_biens}(x) : \text{appl}d_{12}(x) \wedge \neg \text{appl}d_{11}(x)}{\neg \text{appl}d_9(x)}$$

$$d_{12'} : \frac{\text{Homicide\_volontaire}(x) \wedge \text{Legit\_defense}(x) \wedge \text{Atteinte\_biens}(x) : \text{Condamnation}(x) \wedge \text{appl}d_{11}}{\text{Condamnation}(x)}$$

De la sorte, la conclusion *Condamnation(Marcel)* est réinstallée (*reinstated*)⁶², bien qu'en raison de w_4 , d_7 soit toujours inapplicable.

On trouvera ci-dessous un tableau rappelant les diverses représentations possibles en logique des défauts semi-normaux⁶³ (pour les exceptions douces, on indique qu'un seul niveau de défaisabilité, à savoir le défaut semi-normal et le *rebutter* ou l'*undercutter* doux).

Clauses spécifiques d'exception			
	<i>Undercutter</i>	<i>Rebutter</i>	
<i>Dur</i>	$\emptyset$	$d_1 : A(x):B(x)/B(x)$ OU $d_1 : A(x):\neg C(x) \wedge B(x)/B(x)$ $w_1 : \forall x.C(x) \rightarrow \neg B(x)$	
<i>Doux</i>	$\emptyset$	$d_1 : A(x):\neg C(x) \wedge B(x)/B(x)$ $d_2 : C(x):\neg D(x) \wedge \neg B(x)/\neg B(x)$	
Clauses générales d'exception			
	<i>Undercutter</i>	<i>Rebutter</i>	
<i>Dur</i>	$d_4 : A(x):\text{appl}d_4(x) \wedge B(x)/B(x)$ $w_3 : \forall x.C(x) \rightarrow \neg \text{appl}d_4(x)$	$d_7 : A(x):\text{appl}d_7(x) \wedge B(x)/B(x)$ $w_1 : \forall x.C(x) \rightarrow \neg B(x)$	
<i>Doux</i>	$d_5 : A(x):\text{appl}d_5(x) \wedge B(x)/B(x)$ $d_6 : C(x):\text{appl}d_6(x) \wedge \neg \text{appl}d_5(x)/\neg \text{appl}d_5(x)$	$d_7 : A(x):\text{appl}d_7(x) \wedge B(x)/B(x)$ $d_9 : C(x):\text{appl}d_9(x) \wedge \neg \text{appl}d_7(x)/\neg \text{appl}d_7(x)$ $d_9 : C(x):\text{appl}d_9(x) \wedge \neg B(x)/\neg B(x)$	Avec <i>undercutter</i> doux
		$d_7 : A(x):\text{appl}d_7(x) \wedge B(x)/B(x)$ $w_4 : \forall x.C(x) \wedge \neg \text{appl}d_7(x)$ $d_{11} : C(x):\text{appl}d_{11}(x) \wedge \neg B(x)/\neg B(x)$	Avec <i>undercutter</i> dur

Tableau 1. Clauses d'exceptions explicites en logique des défauts

62 Voir sur la « réinstallation » (*reinstatement*) de la conclusion Prakken et Vreeswijk, 2002, p. 269.

63 Des versions plus sophistiquées permettent d'alléger considérablement la notation, comme la logique des défauts priorisés de Brewka. Celle-ci a l'avantage de conserver des défauts normaux (dont la notation est elle-même allégée), et permet de prioriser les inférences à partir de théories de défauts aux extensions incompatibles, au moyen d'un opérateur de priorité « < » ajouté à la théorie de défauts (par exemple : $\Delta = \{D, W, <\}$). Voir Brewka, 1994a, p. 251 *sq.* Le système PDL (*Prioritized Default Logic*) de Brewka a également pour intérêt de permettre de raisonner à un méta-niveau *sur* les défauts eux-mêmes et sur leurs priorités (Brewka, 1994b).

C. Autres approches

Il y a assez peu de modélisations du raisonnement défaisable qui s'en tiennent à la seule « couche logique » – ainsi même la « logique défaisable » de Nute que l'on va mentionner plus bas peut être développée en une logique de l'argumentation. Les philosophes du droit, jusqu'à récemment, se sont peu intéressés à la structure formelle du raisonnement juridique (si on excepte les controverses voisines sur le caractère déductif ou non du raisonnement⁶⁴) et en particulier au caractère strict ou défaisable de l'inférence.

1. Peczenik et les « sauts »

Une exception est Aleksander Peczenik qui a théorisé la notion de « saut » (*jump*) dans le raisonnement juridique et moral⁶⁵. Un « saut » intervient lorsque la conclusion ne suit pas logiquement des prémisses, et lorsque le stock de prémisses ne peut être étendu par l'ajout de nouvelles prémisses dont la conclusion initiale suit logiquement (autrement dit, un « saut » n'est pas un enthymème). Ainsi, si mes prémisses sont : « B ne nuit pas à autrui ; B aide habituellement autrui » ; la conclusion « B est une bonne personne » ne suit pas logiquement des prémisses ; si le raisonnement est un enthymème, alors il est possible d'ajouter une nouvelle prémisse : « $\forall x$, si x ne cause pas de tort à autrui et si x aide autrui, alors x est une bonne personne ». Or il est impossible d'ajouter une telle prémisse à l'ensemble initial, dans la mesure où d'autres critères de « bonne personne » peuvent entrer en ligne de compte (le courage, le fait de tenir ses promesses, l'équité, etc.) ; c'est pourquoi la seule prémisse pouvant être ajoutée est : « $\forall x$, si x ne cause pas de tort à autrui et si x aide autrui, alors x est *raisonnablement* une bonne personne » ; mais du nouvel ensemble, la conclusion initiale ne dérive pas, et il faut la remplacer par « B est *raisonnablement* une bonne personne » ; pour cette raison, si des prémisses « B ne nuit pas à autrui ; B aide habituellement autrui », on déduit « B est *raisonnablement* une bonne personne », on n'a plus un saut, mais un enthymème classique. Autrement dit, il y a un « saut » non seulement lorsque la conclusion ne suit pas logiquement des prémisses, mais également lorsque l'inférence elle-même est justifiée par une hypothèse (extra-logique) sous-jacente de raisonnabilité : un saut peut-être transformé en déduction classique, dès lors que des prémisses raisonnables sont ajoutées au stock de prémisses suit logiquement la conclusion, celle-ci étant réinterprétée à l'aune d'une hypothèse de raisonnabilité – un tel saut est raisonnable. Un saut qui ne peut pas être transformé au moyen de ce procédé n'est pas raisonnable.

64 La controverse la plus célèbre est celle qui a opposé Chaïm Perelman et Georges Kalinowski (voir Kalinowski, 1959 ; Perelman, 1960). Cependant, pour Perelman, le caractère non déductif du raisonnement est dû à des facteurs que Kalinowski n'envisage pas (la fonction argumentative du raisonnement), de sorte qu'on peut se demander s'ils parlent bien de la même chose. Selon Perelman, il est possible de présenter le raisonnement juridique sous forme de syllogisme, mais cela ne constitue qu'une très faible représentation de ce qui est réellement à l'œuvre dans le raisonnement (voir ci-dessus Appendice, note 70) ; Kalinowski ne s'intéresse pas à la forme du raisonnement, mais à la validité des inférences.

65 Voir Peczenik, 1996, pp. 300-301 ; Peczenik, 2008, p. 96, *sq* et p. 244.

L'idée de « saut », pour laquelle Peczenik ne fournit d'ailleurs aucun formalisme, semble cependant affectée de plusieurs confusions. La première est qu'elle confond le problème de la structure logique du raisonnement avec celui de l'acceptabilité des prémisses : le fait que certaines prémisses soient qualitativement différentes que d'autres (au point de vue de la « raisonnabilité ») ne peut logiquement pas avoir d'incidence sur la recevabilité de la « déduction ». C'est la raison pour laquelle aucune formalisation de ces « sauts » n'est possible en logique non monotone. Le second problème est que Peczenik ne fournit aucune caractérisation conceptuelle de la raisonnabilité qui oscille pour ainsi dire entre deux pôles : la probabilité (il y a plus de chances qu'un individu qui ne nuit pas aux autres et leur porte secours à l'occasion soit une bonne personne) et le caractère présomptivement vrai (si l'individu aide les autres et ne leur cause aucun tort, on peut présumer que cet individu est une bonne personne). Or le concept de probabilité et celui de vérité présomptive ne sont pas identiques ni même équivalents.

On va envisager deux formalisations logiques du raisonnement défaissable – *i.e.* admettant des exceptions, dont la première n'est pas spécifiquement destinée à formaliser le raisonnement juridique (mais l'application au raisonnement juridique semble aller de soi) : la « logique défaissable » de Donald Nute et certains aspects de la logique basée sur les raisons (*reason-based logic*, RBL) de Jaap Hage et Bart Verheij.

2. La « logique défaissable » de Nute

A partir de travaux effectués en logique conditionnelle, Nute a développé une « logique défaissable »⁶⁶ qui distingue trois types de règles. Soit $AU\{p\}$ un ensemble de formules : $A \rightarrow p$ est une règle *stricte* ; $A \Rightarrow p$ est une règle défaissable ; $A \sim p$ est un défaiseur. Le défaiseur doit être interprété comme un *undercutter* et non comme un *rebutter*⁶⁷ : une règle stricte défait toujours une règle défaissable dès lors que leurs conséquents sont incompatibles (l'une est donc le *rebutter* de l'autre), et il en va de même de la relation entre deux règles défaissables, que s'il existe une relation de priorité entre elles. La nécessité de recourir à un troisième type de règle n'est donc pas justifiée si $A \sim p$ est interprété comme un *rebutter*. C'est pourquoi $A \sim p$ s'interprète comme « si A, alors ce pourrait être le cas que p »⁶⁸. L'idée est que les défaiseurs ne soutiennent jamais directement des inférences, mais peuvent prévenir des inférences. Ainsi, si $\bar{p}$ est le complément⁶⁹ de p, $A \sim p$ bloque l'inférence $B \Rightarrow \bar{p}$, c'est-à-dire défait l'implication sans nécessairement rendre p dérivable.

Une théorie défaissable est la paire⁷⁰ $T = \langle K, R \rangle$ où K est un ensemble de littéraux (*i.e.* de formules atomiques de logique propositionnelle ou de logique des prédicats

66 Nute, 1992 ; Nute, 1994 ; Nute, 2003 (les articles de 1994 et de 2003 portent le même titre, mais sont substantiellement différents).

67 Voir là-dessus Nute, 2003, p. 153.

68 Nute, 1982, p. 127.

69 On harmonise la notation. On rappelle que le complément de p est $\neg p$ et que le complément de $\neg p$ est p.

70 La théorie défaissable de Nute étant radicalement différente des théories de défauts inspirées de Reiter, on n'harmonise pas la notation et on conserve celle de Nute.

du premier degré) et R un ensemble de règles. A partir d'une théorie défaisable, on va tenter de dériver des conclusions. Si la théorie ne contient que des règles strictes (non contradictoires), l'affaire est vite réglée. Si les règles sont défaisables, alors on ne peut les appliquer que si elles ne sont pas défaites ; or cela est rendu compliqué par la présence d'*undercutters*, dans la mesure où ces derniers ne soutiennent pas une conclusion ou son complément en particulier. C'est pourquoi la dérivation de la conclusion n'a rien d'automatique et il faut démontrer que la conclusion est bien dérivable. Pour ce faire, Nute introduit quatre notions : $\mid\sim$ (qui signifie la dérivabilité défaisable), $\vdash$ (qui signifie la dérivabilité stricte), $\sim\mid$ (qui signifie la non-dérivabilité défaisable démontrable) et $\neg\mid$ (qui signifie la non-dérivabilité stricte démontrable). Comme l'écrit Nute, il faut prendre en compte que $T\sim\mid\phi$ est une « assertion beaucoup plus forte »⁷¹ que $T\mid\neg\phi$ (qui signifie T « non $\mid\sim$ ϕ ») : elle indique non pas que ϕ n'est pas défaisablement dérivable de T , mais qu'il est *démontré* que ϕ n'est pas dérivable défaisablement (et *a fortiori* strictement) de T . Il en va de même pour $\neg\mid$.

Ainsi, la dérivation d'une conclusion à partir d'une théorie défaisable est formalisable au moyen d'un arbre de preuves utilisant ces notions de dérivabilité. Suivant l'interprétation de ces dernières, tout ce qui est nécessaire pour que $T\mid\sim\phi$ est qu'il y ait au moins une preuve de ϕ démontrable dans l'arbre de preuves ; en revanche, pour que $T\sim\mid\phi$, il faut montrer que toutes les tentatives de prouver ϕ échouent – la raison en est qu'un arbre de preuves peut échouer à démontrer une tautologie. Chaque nœud de l'arbre de preuves sera indiqué au moyen d'une théorie défaisable et d'une formule quelconque ϕ dérivable ou non. Ainsi (K,R,ϕ^+) signifie que l'on est à un nœud où ϕ est dérivable de $\langle K,R \rangle$ (selon l'une des quatre notions), là où (K,R,ϕ^-) signifie que l'on est à un nœud où ϕ est démontrablement non dérivable. Chacune de ces théories est le « label » d'un nœud déterminé.

Prenons une théorie⁷² contenant une règle défaisable $A\Rightarrow p$ et supposons que pour tout $a\in A$ on peut dériver a^+ de cette théorie. Pour que l'on puisse dériver p^+ , il faut déterminer si $A\Rightarrow p$ n'est pas défait. Pour ce faire on regarde seulement les règles de la théorie qui ont p et $\bar{p}$ comme conséquents. Cela veut dire que, si on a un entrelacs de règles strictes et défaisables tel que l'antécédent de l'une soit le conséquent d'une autre (par exemple $a\rightarrow b$; $b\Rightarrow p$)⁷³, on regarde seulement les règles qui ont p ou son complément comme conséquent.

Si p^- est strictement dérivable, la question est vite résolue. C'est pourquoi il faut supposer que $T\neg\mid\bar{p}$, ce qui ne veut pas nécessairement dire qu'il n'y a pas de règle $A\rightarrow\bar{p}$ ⁷⁴. Là où la démonstration est plus difficile, c'est lorsque nous avons affaire à deux règles défaisables (dont, par hypothèse, l'une est le *rebutter* de l'autre) ou bien à une règle défaisable et à un défaisseur (c'est-à-dire un *undercutter*). C'est pourquoi Nute

71 Nute, 2003, p. 156.

72 On résume et simplifie ici la procédure détaillée dans Nute, 1992, p. 132.

73 Il faut remarquer à cette occasion que le caractère strict ou défaisable de la dérivabilité d'une conclusion est indépendant du caractère strict de la *règle*, dans la mesure où l'antécédent de cette dernière peut être dérivé dans la démonstration comme la conclusion d'une règle défaisable.

74 Voir note précédente.

introduit une relation de priorité au moyen d'un ordre partiel $<$, qui va être explicitée dans la définition qui suit.

Dans un arbre de preuves, p est défaisablement dérivable d'une théorie T si un nœud n de label (K, R, p^+) a un « enfant » de label $(K, R, \bar{p}^-)$. Dès lors que le complément de p n'est pas démontrablement dérivable (strictement ou défaisablement), alors p est dérivable – d'où la non-monotonie de l'inférence. Que le complément de p ne soit pas strictement dérivable est un prérequis, mais il faut également qu'il ne soit pas défaisablement dérivable, ce qui suppose un ordre de priorité entre les règles défaisables ainsi qu'entre les règles défaisables et leurs défaiseurs (*undercutters*). Par conséquent p est dérivable d'une théorie $T = \langle K, R \rangle$ – c'est-à-dire que $T \mid \sim p$ – si il y a une règle $A \Rightarrow p$ appartenant à T telle que

1. $T \vdash \bar{p}$; **et**
2. pour tout $a \in A$, n a un enfant de label (K, R, a^+) – c'est-à-dire qu'à ce stade de la démonstration $T \mid \sim a$; **et**
3. pour tout $(C \rightarrow \bar{p}) \in R$ où $\rightarrow$ est tout conditionnel au choix $\rightarrow, \Rightarrow$ ou $\rightsquigarrow$, **soit**
 - a. $C \rightarrow \bar{p} < A \Rightarrow p$ – c'est-à-dire que la règle défaisable a une priorité sur toute autre règle, règles strictes comprises ; **soit**
 - b. il y a un $c \in C$ et un enfant de n de label (K, R, c^-) – c'est-à-dire que $T \mid c$.

Normalement, les règles strictes ont priorité sur les autres types de règles, mais il est possible de définir des priorités *ad hoc*. Notamment lorsque, dans le cas d'un « entrelacs » de règles strictes et de règles défaisables, l'antécédent d'une règle stricte est lui-même dérivable de manière défaisable, alors le conséquent de la règle stricte ne pourra lui-même être dérivé que de manière défaisable (d'où l'intérêt de pouvoir parfois prioriser les règles défaisables sur les règles strictes elles-mêmes).

3. Aspects de la logique des raisons de Hage et Verheij

La logique des raisons (RBL), développée principalement par Jaap Hage (seul⁷⁵ et en collaboration avec Bart Verheij⁷⁶) est l'une des formalisations les plus ambitieuses du raisonnement juridique, qui a ceci de particulier de ne pas être l'application d'une logique préexistante (*e.g.* la logique des défauts, la circonscription, etc.), mais de prendre appui sur une logique *ad hoc* adaptée aux complexités du raisonnement juridique. Ainsi le formalisme de Hage (et Verheij) permet de distinguer les règles et les principes⁷⁷, de fournir une modélisation de la pesée des raisons⁷⁸, de raisonner non seulement à partir des règles, mais *sur* la validité des règles ainsi que sur leur applicabilité

75 Hage, 1993 ; Hage, 1996 ; Hage, 1997, pp. 130-202. On se basera surtout sur Hage, 1997, qui est la version la plus simplifiée de RBL.

76 Hage et Verheij, 1994.

77 Voir Hage, 1997, p. 146 *sq.*

78 Voir Hage, 1997, p. 163 *sq.*

et même de formaliser certains problèmes interprétatifs⁷⁹ (qui sont pourtant les plus rétifs à la formalisation, en particulier pour les raisons de variabilité contextuelle des cas difficiles mentionnée au chapitre précédent). De ce fait, on obtient à la fois une formalisation de la défaisabilité du raisonnement juridique et une formalisation de la défaisabilité des règles (selon le sens de cette distinction tel qu'il est fourni dans le précédent chapitre) : l'idée est que les règles, comme les principes, sont des énoncés exprimant des *raisons*, ou plutôt des énoncés transformant des faits en raisons pour d'autres faits. Ainsi, la règle si « A alors B » transforme A en une raison pour B⁸⁰. La défaisabilité provient à la fois de ce que l'ajout de nouvelles informations crée de nouvelles raisons « défaisant » celles constituées par les règles (ce qui est au cœur de la non-monotonie « classique », si l'on ose dire), mais de traits propres au droit, à savoir la possibilité de peser les raisons et l'existence de principes. Or ces dernières thèses sont, comme on le verra dans la troisième partie, très controversées en philosophie du droit, de sorte que, sauf à préempter le traitement de ces questions, il convient de laisser de côté certains des aspects les plus intéressants de RBL pour se concentrer sur le seul traitement des règles et de leurs exceptions, sans s'attarder sur l'*origine* de ces exceptions.

Les règles génèrent des raisons pour que si tel antécédent est le cas, tel conséquent soit le cas. Si aucune raison (de même ou moindre poids) pour le complément du conséquent n'intervient, alors le conséquent est dérivable. Pour rendre compte des exceptions, Hage mobilise la notion razienne de raisons exclusives (*exclusionary reasons*) sur laquelle on aura l'occasion de revenir dans la troisième partie⁸¹. L'usage de cette notion par Hage représente néanmoins une modification substantielle. Hage partage avec Raz l'idée que les raisons exclusives sont des raisons de second ordre : ce ne sont pas des raisons de *non-φ*, mais de raisons de ne pas agir pour une raison ; ce qu'elles excluent ne sont pas des actions, mais des raisons. Or chez Raz, les *règles* sont des raisons exclusives (ou plutôt, selon une terminologie plus récente, des raisons protégées)⁸² – de manière plus précise, *le fait qu'existe une règle* rendant obligatoire de *φ* est une raison (protégée) de *φ*. Chez Hage, au contraire, ni les règles ni leur existence ne sont des raisons exclusives, car ni les règles ni leur existence ne sont des raisons. Considérons la règle : « si *x* cause par sa faute un dommage à autrui, alors il est obligé de le réparer » ; selon Hage, ni cette règle, ni le fait qu'elle existe est une raison pour réparer le dommage ; le fait d'avoir causé par sa faute un dommage est une raison de le réparer, et ceci *à cause* de l'existence d'une règle⁸³. S'il y a une règle telle que si A alors B, alors le fait que A soit le cas est une raison pour B : une règle génère une raison, mais n'est pas une raison, et elle ne peut générer une raison que lorsqu'elle trouve à *s'appliquer*, *i.e.* dès lors que l'antécédent de la règle est réalisé.

79 Hage, 1997, p. 197 *sq.*

80 Hage, 1997.

81 Raz, 1999, p. 35 *sq.*

82 Une raison protégée est à la fois une raison de premier ordre de *φ* et une raison de second ordre excluant les raisons conflictuelles (Raz, 2009a, p. 18). Cependant, si le terme de raisons protégées n'apparaît dans *Practical Reasons and Norms*, l'idée, elle, est présente (voir Raz, 1999, p. 59).

83 Hage, 1997, p. 20.

Si tel est le cas, alors les règles ne sont pas des raisons exclusives ; les raisons exclusives sont des faits pour exclure certaines raisons. Aussi bien une règle génère-t-elle des raisons, en ce qu'elle transforme A en une raison pour B ; elle génère des raisons exclusives lorsqu'il existe déjà une raison pour B, et qu'elle génère une raison non seulement pour *non-B*, mais pour qu'il n'y ait pas de raison de B. Autrement, elle génère *une raison pour que la règle ne s'applique pas*⁸⁴. – Pour préciser ce point, on peut recourir à la distinction proposée par Giovanni Sartor entre exception-fait et exception-disposition⁸⁵ à laquelle Hage ne fait pas référence mais qui est très utile. L'exception-disposition est la règle ou la clause *Y* qui prévoit que dans certains cas, la règle *X* ne s'applique pas ; l'exception-fait est ce qui est dénoté par l'antécédent de la règle. L'exception-fait est ce qui est prévu par l'exception-disposition, pour ainsi dire. Si on importe cette distinction dans le dispositif de Hage, alors on peut dire qu'une exception-disposition *Y* génère une raison pour que la règle *X* ne s'applique pas, de sorte que le fait que l'exception-fait dénotée par l'antécédent de *Y* soit le cas est une raison de ne pas réaliser le conséquent de *X* – ou plutôt le fait dénoté par le conséquent de *X*.

Une fois ceci acquis on peut entrer davantage dans le détail technique de RBL, même si pour les raisons rappelées plus haut, le propos ne laissera pas d'être quelque peu superficiel eu égard à la richesse du système. L'idée directrice est que l'on peut représenter au moyen d'une même notation le raisonnement sur les règles et le raisonnement à partir de règles elles-mêmes – on se fonde ici sur la version quelque peu simplifiée proposée par Hage, 1997⁸⁶. Une règle s'écrira paradigmatiquement ainsi :

punissable : voleur(*x*) $\Rightarrow$ punissable(*x*)

L'élément situé à gauche de ... : ... est le *nom* de la règle et l'élément à droite est la règle proprement dite. (Comme chez Nute et Delgrande, le conditionnel $\Rightarrow$ indique une règle défaisable). Le fait de nommer les règles permet d'abréger la notation. On pourra donc noter

Valide(punissable)⁸⁷

84 Hage fait justement remarquer que l'exclusion d'une règle n'est pas la même chose que son invalidité (Hage, 1996, p. 218, et Hage 1995, p. 109).

85 Sartor, 1993, p. 293.

86 Voir Hage, 1997, p. 134 *sq.*

87 La présence de minuscules ou de majuscules en tête des énoncés s'explique par des choix métallogiques qu'on ne peut détailler ici (voir Hage, 1997, pp. 132-133). Hage distingue les termes (par exemple voleur(marcel)) qui *dénotent* un certain état de choses (le fait que Marcel est un voleur) et les *phrases* (« Marcel est un voleur ») qui *expriment* cet état de chose. Les premiers sont exprimés par une minuscule, les secondes par des majuscules. La distinction est la suivante : une phrase est une formule de logique des prédicats du second ordre, c'est-à-dire qu'elle prédique quelque chose d'un objet (ici, elle prédique « voleur » de Marcel) ; les termes ne sont pas des formules bien formées, mais l'équivalent fonctionnel de *noms* par lequel on dénote un certain état de choses. Cette technique est appelée *rification* en métallogie. Son intérêt est le suivant : le même état de fait peut être exprimé au moyen d'une phrase (Voleur(marcel)) et dénoté au moyen d'un terme (voleur(marcel)) ; seul ce dernier pourtant peut être utilisé *au sein d'une phrase*. Par exemple, R(voleur(marcel), punissable(marcel)) signifie que le fait que Marcel soit un voleur est une raison pour que Marcel soit punissable, mais ne prédique pas « voleur » de Marcel ; en revanche R(Voleur(marcel), Punissable(marcel)) n'est pas une formule bien formée ; il en va de même de Voleur(marcel) $\Rightarrow$ Punissable(marcel)), qui n'est pas

qui signifie que la règle $\text{voleur}(x) \Rightarrow \text{punissable}(x)$ est valide dans le système juridique considéré. A partir de la notion de validité, Hage dérive une notion d'applicabilité (qui doit s'entendre en termes d'applicabilité normative, cf. l'appendice de la première partie du présent travail). Ainsi si on a une théorie contenant notamment les phrases suivantes

Valide(punissable)

Voleur(marcel)

on pourra, à certaines conditions, dériver

Applicable(voleur(marcel) $\Rightarrow$ punissable(marcel))

qui indique que la règle est applicable au cas de Marcel. Elle ne l'est cependant qu'à plusieurs conditions. La première, c'est que la règle ne soit pas « exclue », c'est-à-dire qu'il n'y ait pas de raison exclusive (au sens de Hage) de ne pas appliquer la règle. Il faut donc que de la théorie ne soit pas dérivable

Exclu(punissable)

La seconde raison (qu'on va laisser de côté) est que la raison engendrée par la règle surpasse (est de poids supérieur) toutes les raisons conflictuelles⁸⁸.

L'applicabilité d'une règle engendre une raison pour son application. Lorsque la règle est « exclue », alors elle n'est plus applicable et il n'y a plus de raison pour son application. Mais cela ne veut pas dire qu'il n'y a plus de raison pour réaliser le conséquent de la règle. Ici, il faut, de nouveau, faire intervenir la distinction entre *rebutters* et *undercutters*⁸⁹. Commençons par les *undercutters*. Il faut commencer par introduire dans notre langage des variables, qui seront notées en italique. Par exemple

$\text{exclu}(\text{regle}) \rightarrow \neg \text{applicable}(\text{regle})$

qui signifie que si une règle est exclue, alors elle n'est pas applicable (le quantifieur étant omis). Si on reprend l'exemple de la prescription, on peut exemplifier la formalisation des *undercutters* au moyen de la théorie suivante⁹⁰ :

une formule bien formée. Alors que les phrases ont une fonction assertive (Voleur(marcel) signifie que Marcel est un voleur), les termes ont une fonction purement dénotative, et peuvent donc être employés dans des contextes non assertifs, par exemple pour effectuer une hypothèse (si Marcel est un voleur, alors...).

88 Il faut bien souligner que, contrairement à ce qui a lieu dans la théorie de Raz, les règles ne bloquent pas la balance des raisons, mais ne s'appliquent qu'après balance des raisons. La différence entre une règle et, e.g., un principe, est qu'une règle sert à trancher entre plusieurs principes conflictuels, et s'applique donc *prima facie* (mais il est toujours possible que des raisons supplémentaires tirées de principes non considérés lors de l'adoption de la règle viennent défaire cette dernière). Derechef, cette thèse est très controversée, on en rejette donc l'examen à la troisième partie.

89 Chez Hage, les exceptions sont douces. Hage ne fournissant pas de formalisme pour les règles indéfaisables, on ne peut formaliser les exceptions dures qu'au moyen de formules bien formées (et universellement quantifiées) de logique des prédicats du premier ordre.

90 Voir Hage, 1997, pp. 166-167.

Valide(punissable)

Voleur(marcel)

Droit_penal(punissable)⁹¹

Infraction(punissable, vol)⁹²

Prescrit(vol)

prescription : droit_penal(*regle*) & infraction(*regle*, *infraction*) &
prescrit(*infraction*) $\Rightarrow$ exclu(*regle*)

Valide(prescription)

A partir d'une telle théorie (que l'on simplifie légèrement par rapport à l'original chez Hage), on pourra dériver Exclu(punissable) – à condition bien sûr que la théorie ne soit pas augmentée de telle sorte que Exclu(prescription) soit dérivable.

Dans le cas des *rebutters* (par exemple l'exception de légitime défense), la situation est différente, dans la mesure où non seulement la règle est inapplicable, mais une conséquence juridique est dérivable de la théorie qui est incompatible avec la conséquence juridique de la règle. Prenons une nouvelle théorie⁹³ :

punissable_meurtre : homicide_volontaire(x) $\Rightarrow$ punissable_meurtre(x)

Droit_penal(punissable_meurtre)

legit_defense1 : legit_defense(x) & homicide_volontaire(x) $\Rightarrow \neg$ punissable_meurtre(x)

legit_defense2 : legit_defense(x) & Droit_penal(*regle*) $\Rightarrow$ exclu(*regle*)

Homicide_volontaire(marcel)

Legit_defense(marcel)

Valide(punissable_meurtre)

Valide(legit_defense1)

Valide(legit_defense2)

Ici, comme dans la formalisation au moyen des défauts présentée ci-dessus, la représentation des *rebutters* (qui sont des exceptions douces) suppose de les scinder en deux au moyen d'un *undercutter* (ici legit_defense2). En effet, si seulement legit_defense1 est introduit dans la théorie, alors on est en présence de deux règles défaisables non priorisées. Il faut donc supposer que non seulement le *rebutter* entraîne la dérivabilité du complément du conséquent de la règle, mais également qu'il exclut cette dernière, et, par conséquent, en bloque l'applicabilité. Cela est rendu nécessaire non seulement par le fait que les exceptions, chez Hage, sont douces, *i.e.* sont formalisées au moyen

91 Qui signifie : la règle punissable fait partie du droit pénal.

92 Qui signifie : l'infraction sur laquelle porte la règle punissable est le vol.

93 Hage, 1997, pp. 167-169.

de règles défaisables, mais qu'il n'est pas possible de les exprimer au moyen de clauses spécifiques, dans la mesure où les règles défaisables n'ont pas la plasticité syntaxique des défauts. Les exceptions prendront donc la forme de conflits de règles avec exclusion explicite de l'une des règles, et la formalisation des règles au moyen de l'opérateur $\Rightarrow$ indique que toute règle comprend, de manière implicite, une clause générale d'exception. De la sorte, les conflits qui naissent de la présence de *rebutters* et/ou d'*undercutters* sont généralement résolus *prima facie*.

SECTION 2. CONFLITS DE NORMES ET OBLIGATIONS *PRIMA FACIE*

Comme on a commencé à le voir, les exceptions naissent d'un conflit *résolu* (*prima facie*) de règles, reposant sur l'existence (même implicite) d'une clause générale d'exception. Mais il convient également de formaliser les conflits *irrésolus* de règles. Ici, pour une raison ou une autre, on ne peut résoudre le conflit en « rendant explicite » une clause générale, dans la mesure où l'explicitation d'une telle clause générale suppose *ab initio* le conflit résolu⁹⁴. Les conflits irrésolus nécessitent qu'une fonction de priorité soit donnée à une règle sur l'autre. Cette fonction de priorité est généralement assurée par l'existence de métarègles, en particulier les célèbres *Lex specialis*, *Lex posterior*, *Lex superior*. Et comme ces métarègles peuvent elles-mêmes entrer en conflit⁹⁵ (lorsque, par exemple, l'une des deux règles entrant en conflit est plus spécifique que l'autre, mais que cette dernière est supérieure dans la hiérarchie des normes), il faudra déterminer une méta-métarègle établissant des priorités.

La possibilité de conflits de normes est reconnue depuis longtemps en théorie du droit et en logique déontique⁹⁶. Il existe de nombreuses manières d'envisager ces situations d'inconsistance du système juridique – la plus simple étant d'en nier l'existence⁹⁷. On peut en effet arguer de ce que si deux normes entrent en conflit, l'une

94 Comme l'écrit à juste titre Juliano Maranhão : « le fait que ces outils [*Lex posterior*, etc.] aident à résoudre le conflit n'exclut pas la possibilité d'un conflit, mais la présupposent » (Maranhão, 2008, p. 193). Lorsqu'existe une clause générale d'exception, le conflit n'existe pas, si ce n'est de manière apparente ; en revanche, la présence des métarègles suppose l'existence d'un conflit véritable.

95 Voir là-dessus, Hilpinen, 1985, p. 197 ; Sartor, 1994, p. 204 *sq.*

96 Voir, *e.g.*, Ross, 1958, p. 129 ; Downing, 1961, p. 496 *sq.* ; Kelsen, 1962b ; Kelsen, 1996, p. 161-166 ; von Wright, 1963a, p. 141-152 ; Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 146 ; Munzer, 1973 ; Hilpinen, 1985 ; Hilpinen, 1987 ; Soeteman, 1989, p. 170-76 et p. 214-225 ; Alexy, 1989, p. 240 ; Alchourrón, 1991 ; Schauer, 1991b, p. 188-191 ; Sartor, 1992 ; Pazos, 1995 ; Rodriguez, 1995 ; Loui, 1997 ; Prakken, 1997, p. 141 *sq.* ; Horty, 1997, p. 18 ; Moreso, 1998, p. 56-57 ; Hage, 2000b ; Guastini, 2004, p. 249 ; Raz, 1980, 172-173 ; Raz, 2006, p. 1023 ; Raz, 2009a, p. 74-75 ; Zorzetto, 2010, p. 505 *sq.*

97 On sait que jusqu'en 1962, date à laquelle paraît son important article « On Derogation » (Kelsen, 1962b), Kelsen soutient qu'il n'y a pas de conflit de normes non-résolubles, c'est-à-dire que tout

des deux n'est pas valide⁹⁸ ; ou encore qu'il faut supposer une clause d'exception à l'une des deux normes, de sorte que le conflit n'est qu'apparent⁹⁹ (après tout, il m'est matériellement possible d'énoncer une contradiction ; cela n'invalidé pas le principe de non-contradiction).

L'existence de conflits normatifs s'est d'abord posée à la *logique déontique* et non spécifiquement à la logique non monotone¹⁰⁰ – dans la mesure où cette dernière n'envisage pas de manière privilégiée le raisonnement normatif. Ainsi, on s'est déjà penché (dans le deuxième chapitre) sur un cas particulier de conflit, les obligations contraires au devoir de Chisholm, dont on a vu qu'il posait des problèmes importants à la représentation des normes conditionnelles dans la logique déontique standard (SDL), ainsi que dans le nouveau système dyadique de von Wright. Il s'agit d'un conflit stratifié entre une norme catégorique et deux normes conditionnelles, la première supposant que la norme catégorique a été obéie, et la seconde supposant qu'elle a été violée. D'autres conflits normatifs fournissent des paradoxes classiques dans SDL, comme par exemple le paradoxe du bon samaritain ; il en va de même du problème particulier des dilemmes moraux que l'on évoquera brièvement.

Cependant, il est possible de trouver de nombreux points de contact entre la logique déontique et la logique non monotone, dès lors que les conflits non résolus de normes conditionnelles semblent impliquer une inférence non monotone. On ne se penchera pas de nouveau sur le cas spécifique du paradoxe de Chisholm (et des paradoxes similaires)¹⁰¹, afin d'évoquer les cas plus standard de conflits normatifs, et l'approche non monotone de ces derniers.

I. THÉORIES DES CONFLITS DE NORMES

A. Contradiction, contrariété, incompatibilité

Comme on vient de le suggérer, les conflits peuvent intervenir entre normes catégoriques, entre normes conditionnelles et entre normes catégoriques et conditionnelles. Dans les trois cas, le conflit porte sur la *solution normative*, au sens d'Alchourrón et Bulygin (cf. *supra*, deuxième chapitre) – on se rappelle qu'une norme catégorique est une solution normative attachée à tout cas générique possible (d'où la représentation d'une norme catégorique en logique déontique dyadique : $O(p/T)$). En ce sens, la nature du conflit ne change pas fondamentalement avec la nature de la norme

conflit est apparent (voir *infra*). Ce point de la doctrine de Kelsen a été critiqué par Hart, 1983, p. 324.

98 Pour un examen critique de cette thèse, voir Munzer, 1973, p. 1153.

99 C'est la stratégie retenue par Dworkin (voir Dworkin, 1977, p. 27).

100 Voir pour un rappel sur ce point Horty, 1997, p. 17.

101 Voir, pour une approche non-monotone du paradoxe de Chisholm, Horty, 1991 ; Horty, 1997 ; McCarty, 1994 ; Prakken et Sergot, 1996 ; Parkken et Sergot, 1997.

envisagée, dans la mesure où le premier type de conflit (entre normes catégoriques) est nécessairement un conflit total (au sens défini *infra*), alors qu'un conflit entre normes conditionnelles peut être total ou partiel ; en revanche, un conflit entre normes catégoriques et conditionnelles est toujours un conflit partiel. Étant donné, d'une part, que le conflit entre normes conditionnelles recoupe les deux cas principaux (conflit total ou partiel) et, d'autre part, que la réflexion porte pour l'instant avant tout sur les *règles* (telles que définies *supra*), on va se concentrer ici uniquement sur les normes conditionnelles, mais le propos peut sans difficulté être élargi aux normes catégoriques, y compris les normes individuelles (du type : « ferme la porte ! ne ferme pas la porte ! » ou « ferme la porte et ouvre la porte (en même temps) ! », etc.).

Comme on a commencé à le voir, l'*existence*, ou la *source*, d'un conflit de normes provient des *solutions normatives* des normes en question, mais la *nature* du conflit est déterminée par la classe de cas (ou le cas générique) qui en constitue l'antécédent. Commençons par la première (en supposant pour l'instant que les classes de cas régulées par les normes en question sont identiques). La possibilité d'un conflit provient d'une incompatibilité entre les solutions normatives ; cette incompatibilité doit s'entendre en un sens large afin de recouvrir essentiellement trois types de situations¹⁰². La première situation est la contrariété normative : pour une même classe de cas, il est possible de dériver du système normatif à la fois *OA* et $\sim PA$ (c'est-à-dire $O\sim A$). C'est la situation de conflit la plus forte dans la mesure où il est impossible d'obéir simultanément aux deux normes : la présence d'un conflit rend non seulement la justification, mais la *motivation* du comportement impossible. On peut donc dire qu'il y a *contrariété* normative lorsque, à deux actions *contradictaires*, l'opérateur déontique *O non nié* est attaché.

La seconde situation est la contradiction normative¹⁰³ : pour une même classe de cas, il est possible de dériver du système normatif à la fois *OA* et $P\sim A$ (c'est-à-dire $\sim OA$). Il s'agit d'une situation de conflit plus faible, dans la mesure où un comportement peut être motivé à partir de ces deux solutions normatives (un principe prudentiel recommandant de choisir d'agir selon la solution normative la plus forte) ; en revanche, cela demeure une situation de conflit, qui affecte la *justification* du comportement. Si j'accomplis $\sim A$, il semble bien que, selon le système, je sois à la fois justifié à agir de la sorte (parce qu'après tout, il y a bien un acte de l'autorité normative me

102 Pour une typologie proche, voir Munzer, 1973, pp. 1041-1043 ; et de manière identique Hilpinen, 1985, p. 195. Notre typologie n'est cependant pas identique à celle de Munzer et d'Hilpinen, dans la mesure où elle ne retient que les deux premiers cas (à savoir la contradiction et la contrariété), mais pas le troisième cas, la subcontrariété (à savoir la présence simultanée de *PA* et de $P\sim A$). Comme le reconnaît Hilpinen (mais pas Munzer, pour qui il peut s'agir d'un vrai conflit), le conflit de subcontraires est si faible « qu'il semble inapproprié de [lui] appliquer l'expression 'conflit normatif' » (Hilpinen, *ibid.*). La distinction entre contradiction et contrariété se trouve déjà chez Bentham, 1970a, pp. 110-111.

103 Selon Lars Lindahl (1992, p. 39) seules les contrariétés normatives sont de véritables conflits, dès lors qu'on ne peut y obéir conjointement. Cela suppose que la seule fonction des normes est de guider le comportement, passant par pertes et profits leur fonction justificative qui est mise en danger par les contradictions normatives.

permettant de faire $\sim A^{104}$) et non justifié (puisque j'avais l'obligation de faire A). Il y a *contradiction* normative lorsqu'à des actions *contradictaires*, l'opérateur déontique O et sa négation (*i.e.* P) sont attachés.

Le troisième type de situation est celui où le conflit porte non pas sur l'opérateur déontique mais sur le contenu propositionnel de la norme (l'action prescrite ou permise), situation que l'on va appeler *incompatibilité normative*¹⁰⁵. Soient deux propositions p et q : ces propositions sont incompatibles si et seulement si elles ne peuvent être vraies ensemble mais que leur disjonction peut être fautive : autrement dit p et q sont incompatibles si $p \wedge q$ est toujours faux, mais s'il n'est pas vrai que $\sim(p \wedge \sim q)$. L'incompatibilité se distingue en cela de la contradiction, dans la mesure où si p et q ne peuvent être ni vraies ensemble ni disjointement fautes, alors *ipso facto* $q = \sim p$ (ou $p = \sim q$). Si on remplace les variables propositionnelles par les littéraux utilisés plus haut, on dira qu'il y a *incompatibilité normative* lorsque l'opérateur déontique O – ou l'opérateur déontique O et sa négation – est attaché à deux actions A et B incompatibles (que l'on va représenter ainsi $A \mid B$). Alors qu'il ne peut être faux que l'on fasse A ou $\sim A$ (si par $\sim A$ on entend « ne pas faire A »), il peut être faux que l'on fasse A ou B (si, par exemple, on fait C , tel que $C \neq A$ et $C \neq B$). Il y a ici deux cas de figure, analogues aux cas de contrariété et de contradiction : 1° $OA \wedge OB$ (contrariété-incompatibilité) ; 2° $OA \wedge PB$ (contradiction-incompatibilité). Un exemple de 1° serait : « il est obligatoire de peindre la façade de sa maison en rose » et « il est obligatoire de peindre la façade de sa maison en bleu » ; un exemple de 2° serait : « il est obligatoire de peindre la façade de sa maison en rose » et « il est permis de peindre la façade de sa maison en bleu ». On retrouve les mêmes effets que précédemment, dans le premier cas, l'impossible motivation de l'acte, dans le second cas, son impossible justification.

Quel est l'intérêt de distinguer l'incompatibilité des deux autres formes de conflit normatif ? Après tout, si $A \mid B$, alors $A \neq B$, et par conséquent $B \rightarrow \sim A$, de sorte qu'on a affaire à des actions contradictoires. Il n'en va cependant pas ainsi, comme cela

104 On suppose qu'il s'agit d'une permission *forte*. En effet, s'il s'agit d'une permission faible, résultat d'une règle de clôture du type : tout ce qui n'est pas interdit est permis, alors au moins pour les interdictions, on peut supposer que la converse de la règle de clôture tient : tout ce qui est interdit ne peut être faiblement permis. D'autre part, si comme Alchourrón et Bulygin, 1998, on fait d'une norme permissive forte le résultat d'un acte de rejet d'une norme d'obligation contradictoire (PA est obtenu en « rejetant « $O \sim A$ »), alors il ne peut y avoir de contradiction normative, puisque les normes permissives fortes n'existent que si leur contradictoire a été rejeté – quant à la règle de clôture, soit elle est interprétée en un sens faible, et n'est donc pas susceptible de donner naissance à des contradictions normatives, soit elle est interprétée en un sens fort, et est purement contingente (ce qu'Alchourrón et Bulygin soutiennent depuis longtemps : voir Alchourrón et Bulygin, 1971 p. 116, *sq.*). Pour une conception expressive des normes, il y a des contrariétés normatives, mais pas de contradiction normative.

105 Il ne faut pas confondre cela avec ce que Uta Bindreiter appelle incompatibilité normative (lorsque l'observation conjointe des deux normes est blâmable d'un point de vue normatif), ni ce qu'il appelle incompatibilité empirique (lorsqu'il est matériellement impossible de faire ce que les normes requièrent de moi : par exemple : *tu dois travailler de midi à minuit ; tu dois travailler de minuit à midi*) (Bindreiter, 2002, p. 139-141). Dans aucun cas on n'a affaire à une incompatibilité normative, telle qu'on l'entend ici. Une norme OA et OB (ou PB) sont normativement incompatibles si A et B peuvent être fautes ensemble, mais A et B ne peuvent être vraies ensemble.

apparaît clairement dès lors que l'on envisage des conflits d'interdiction (ou d'interdiction et de permission positive). En effet, « il est interdit de A » et « il est interdit de $\sim A$ » est une contrariété normative, dans la mesure où $O\sim A \wedge O\sim\sim A$ est équivalent à la formule de la contrariété telle qu'elle a été envisagée ci-dessus : $OA \wedge O\sim A$; de même « il est interdit de A » et « il est permis de A » est une contradiction normative, dans la mesure où $O\sim A \wedge O\sim\sim A$ est équivalent à $O\sim A \wedge PA$ (on a bien une situation où à des actions contradictoires est attaché à la fois O et P). En revanche, si $A \mid B$ alors ni $O\sim A \wedge O\sim B$ ni $O\sim A \wedge P\sim B$ (ni d'ailleurs $O\sim A \wedge PB$) ne sont des conflits normatifs (respectivement une contrariété-incompatibilité et une contradiction-incompatibilité). S'il est interdit de peindre sa maison en rose et interdit de peindre sa maison en bleu, il n'y a pas de conflit ; s'il est interdit de peindre sa maison en rose et permis de ne pas la peindre en bleu (ou de la peindre en bleu), il n'y a pas davantage de conflit. L'incompatibilité normative *stricto sensu* intervient donc uniquement lorsque, à toute paire d'actions¹⁰⁶ (A, B) telle que $A \mid B$, est attaché soit l'opérateur O (distribué) soit l'opérateur O et l'opérateur P , sans qu'il en aille de même pour la paire $(\sim A, \sim B)$. S'il en va de même pour $(\sim A, \sim B)$, alors on a affaire, respectivement, à une contrariété normative ou à une contradiction normative.

B. Ross, Kelsen et la nature des conflits normatifs

Il y a donc trois types (quatre, si on compte les deux sous-types du troisième type) de *sources* de conflits normatifs en fonction de la nature de la solution normative. La *nature* du conflit normatif lui-même varie en fonction de la classe de cas régulée par la norme. On peut ainsi commencer par envisager la classification classique d'Alf Ross, avant de se pencher sur la typologie plus complexe – et à vrai dire plus absconse – proposée par le « dernier » Kelsen dans la *Théorie générale des normes*.

Dans *On Law and Justice*¹⁰⁷, Alf Ross distingue trois types de conflits (qu'il appelle *inconsistencies*). En premier lieu, un conflit total (en version longue total-total) intervient lorsque aucune des deux normes¹⁰⁸ ne peut être appliquée à aucun cas indi-

106 On peut remplacer les actions par des états de choses si on souhaite adapter ces considérations au *Seinsollen*, à « l'obligation-d'être ». C'est la raison pour laquelle on utilise les littéraux A, B représentant n'importe quelle formule atomique plutôt que les variables propositionnelles retenues dans la première partie de ce travail.

107 Ross, 1958, p. 129 *sq.* Pour un commentaire, voir Elhag, Breuker et Brouwer, 1999, pp. 37-38 (qui intervertissent par mégarde les schémas explicatifs, mais le lecteur rectifie aisément) ; Ratti, 2013, pp. 128-129.

108 On suppose qu'il n'y a que deux normes entrant en conflit. En réalité, les sources de conflits ne sont pas mutuellement exclusives, de sorte que des situations de conflit peuvent intervenir entre un nombre potentiellement infini de normes – étant donné qu'il y a un nombre potentiellement infini de normes incompatibles. Pour des besoins de simplicité, on se restreint à une situation où deux normes entrent en conflit. D'autre part, il va de soi que, dans les systèmes normatifs complexes tels que le droit, les conflits partiels ou totaux-partiels interviennent généralement entre plusieurs normes (en nombre supérieur à 2), y compris lorsque la source de conflit est la même (*e.g.* une contrariété normative). Étant donné que les conflits partiels ou totaux-partiels impliquent une intersection (ou une inclusion) de classes de cas distinctes, une norme N_i peut entrer en conflit partiel (ou total-partiel)

viduel sans entrer en conflit l'une avec l'autre. La raison en est naturellement que leurs classes de cas respectives (ce que Ross appelle leurs « faits conditionnels » ou leur « champ d'application ») sont coextensives. Des solutions normatives conflictuelles sont dérivables du système juridique au sujet d'une même classe de cas. La situation la plus simple est naturellement le conflit de normes catégoriques, c'est-à-dire où l'antécédent de la norme est une tautologie (toute cas générique possible). Mais des normes conditionnelles entrent également en conflit, dès lors qu'à la même classe de cas, quelque restreinte qu'elle soit, le système normatif attache une solution normative conflictuelle. Selon Ross, on peut représenter ce genre de conflit au moyen d'un diagramme de Venn où les deux cercles¹⁰⁹ coïncident exactement.

En second lieu, un conflit total-partiel intervient lorsque la classe de cas de la norme N_1 est incluse dans la classe de cas de la norme N_2 – et lorsque le système attache une solution normative conflictuelle à chacune de ces classes de cas. Ce type de conflit implique qu'alors que N_2 peut être appliquée à de nombreux cas (ceux situés en dehors de la classe de cas de N_1), N_1 ne peut être appliqué sans entrer en conflit avec N_2 . Ici, la relation de conflictualité entre N_1 et N_2 s'explique par le fait que la classe de cas de N_2 est « plus générique » que celle de N_1 . C'est évidemment ce type de conflit de normes qui est pertinent pour l'étude de la défaisabilité ; l'exemple de *Tweety* est un cas non normatif d'inclusion de cas génériques ; la règle autorisant l'ambulance à pénétrer dans le parc entre en conflit total-partiel avec la règle bannissant les véhicules.

Enfin, un conflit partiel (ou en version longue un conflit partiel-partiel) voit les cercles entrer en intersection. Il s'agit de cas de chevauchement (*overlapping*) entre les classes de cas des normes conflictuelles, de sorte qu'il y a des cas, potentiellement nombreux, où chacune des normes peut s'appliquer sans qu'il y ait conflit, dans la mesure où les cas génériques de chaque norme possèdent des propriétés communes, mais de nombreuses propriétés divergentes. Les exemples sont sans doute plus rares dans les systèmes juridiques positifs, dans la mesure où les intersections constituent une espèce unique de deux genres différents, mais on peut aisément en imaginer. Ainsi le diamant de Nixon est un exemple non normatif d'une telle intersection : il y a de nombreux quakers non-Républicains, et de nombreux Républicains non-quakers, Nixon est à l'intersection des deux ensembles. Un exemple de contradiction normative partielle serait la suivante. N_1 : Les véhicules sont interdits dans le parc¹¹⁰ ; N_2 : Le matériel

avec une norme N_2 , qui elle-même peut entrer en conflit avec une norme N_3 , même si cette dernière n'est nullement en conflit avec N_1 , parce que la classe de cas de N_1 n'entre pas en intersection avec – et *a fortiori* n'est pas incluse dans – la classe de cas de N_3 . Autrement dit, la relation de conflictualité n'est pas transitive.

- 109 Il est impropre de se référer aux diagrammes de Venn en parlant de « cercles », mais étant donné le caractère informel de cette discussion, on a recours à une telle facilité de langage afin de rendre la présentation plus visuellement frappante.
- 110 On emploie ici une version abrégée de la règle, où la conditionnalité n'apparaît pas de manière explicite. Il y a de nombreuses manières d'individuer une telle règle selon une structure conditionnelle : si x est véhicule, alors il est interdit d'introduire x dans le parc ; ou bien si x introduit y dans le parc et que y est un véhicule, alors x doit être puni. (On laisse de côté le quantificateur). Il est illusoire de chercher la « vraie » règle, dès lors que, comme on l'a souligné à la fin du deuxième chapitre, il convient d'être agnostique quant au critère d'individuation.

de jardinage est autorisé dans le parc. A l'intersection, par exemple, se trouvent les petites voitures destinées à élaguer les arbres (on laisse de côté les cas limites, comme par exemple la question de savoir si une brouette est un véhicule). Ou encore (exemple de contrariété normative, cette fois-ci), N_1 : Si le feu est rouge, on doit arrêter son véhicule ; N_2 : Si l'on traverse une zone militaire, alors il est interdit d'arrêter son véhicule¹¹¹. Le conflit intervient à l'intersection des deux classes de cas, à savoir lorsque, traversant une zone militaire, on rencontre un feu rouge.

Cette classification simple des conflits de normes est celle que nous allons retenir ici, même si elle peut et doit être compliquée par d'autres critères, en particulier le rang hiérarchique des normes en conflit et le caractère diachronique ou synchronique de leur édicition – on y reviendra lorsqu'on envisagera les métarègles. On va cependant envisager une autre classification, beaucoup plus élaborée, proposée par Kelsen dans la *Théorie générale des normes*. On sait que Kelsen a beaucoup varié sur la question de la possibilité des conflits de normes¹¹², en particulier sur le statut des métarègles : si ces métarègles sont une nécessité logique, alors les conflits ne sont qu'apparents. Dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, Kelsen reconnaît que le principe de non-contradiction est inapplicable aux normes, qui ne sont pas susceptibles du vrai et du faux ; il demeure applicable au *Rechtssätze*, aux propositions de droit¹¹³. Par conséquent, tout conflit est apparent, dans la mesure où l'une des deux normes ne peut être valide¹¹⁴ : les outils de résolution des conflits de normes (chez Kelsen, principalement *lex posterior*) doivent nécessairement être mis en œuvre par la science du droit, sous peine de se contredire ; ils lui permettent de déterminer quelle est la norme valide, et ainsi de reconstruire le système juridique de manière cohérente. Cependant, la *Théorie pure du droit* n'offre qu'une classification très sommaire des conflits de normes¹¹⁵ (selon le caractère diachronique ou synchronique de l'édiction des deux normes¹¹⁶, et selon le critère de supériorité dans la hiérarchie des normes¹¹⁷) – de fait, selon une telle classification aucun conflit n'est insoluble.

Dans la *Théorie générale des normes*, Kelsen reconnaît l'existence de conflits non résolus et, par conséquent, admet que les métarègles ne soient pas des nécessités logiques, mais des principes de droit positif¹¹⁸. Ce constat a amené Kelsen à proposer,

111 On emprunte cet exemple à Rodriguez, 1995, p. 371.

112 On trouvera une périodisation très utile dans Paulson, 1986. Il apparaît que Kelsen a brièvement adopté la position radicale qu'il défendra à la fin de sa vie beaucoup plus tôt dans sa carrière, sous l'influence d'Adolf Merkl, en particulier en 1920 dans *Der Problem der Souveränität* (voir Paulson, 1986, pp. 236-238).

113 Kelsen, 1962a, p. 101.

114 Kelsen, 1962a, p. 274.

115 Il est intéressant que Josep Aguilo Regla et Juan Ruiz Manero croisent cette classification avec celle de Ross (voir Aguilo Regla, 1991, p. 238 ; Ruiz Manero, 1990, p. 53).

116 Kelsen, 1962a, p. 275.

117 Kelsen, 1962a, p. 355 *sq.*

118 Voir Kelsen, 1996, p. 165 – voir aussi Alchourrón et Bulygin, 1976, p. 21 ; Raz, 1976, p. 501. Il en résulte, incidemment, que le principe de contradiction n'est plus absolument applicable aux propositions de droit. (Voir sur le problème du principe de contradiction chez Kelsen, Celano, 1998).

au chapitre 29, une classification très élaborée des conflits de normes¹¹⁹, selon une grille reposant sur trois couples de critères : un conflit peut être 1° nécessaire ou possible ; 2° bilatéral ou unilatéral ; 3° partiel ou total. Il y a donc en principe huit combinaisons possibles, même si Kelsen ne les envisage pas toutes. L'examen du contenu de chacun des couples de critères révèle malheureusement une certaine confusion, en particulier entre la *source* du conflit et sa *nature*, c'est-à-dire, d'un côté, entre le conflit de solutions normatives et, de l'autre, la relation entre les classes de cas. C'est pourquoi, en dépit de la sophistication de la théorie, on a du mal à voir ce qu'elle apporte par rapport à celle de Ross (qui n'est d'ailleurs pas cité).

Ainsi, le premier couple de critères (selon que le conflit est possible ou nécessaire) porte en réalité sur la relation des classes de cas (un conflit total, au sens de Ross, est nécessaire). Il en va de même du second couple de critères : un conflit est bilatéral « lorsque l'obéissance ou l'application de chacune des deux normes implique de façon nécessaire ou possible la violation de l'autre »¹²⁰ ; il est unilatéral lorsque la violation de l'un entraîne la violation de l'autre, mais pas inversement. Le fait que Kelsen n'arrive pas à définir le caractère nécessaire ou possible séparément du caractère unilatéral ou bilatéral est révélateur. Ainsi un conflit bilatéral nécessaire est ce que Ross appelle un conflit total ; un conflit bilatéral possible est ce que Ross appelle un conflit partiel. Les choses se compliquent pour les conflits unilatéraux. Un conflit unilatéral nécessaire est ce que Ross appelle un conflit total-partiel *du point de vue* de la norme dont la classe de cas est incluse dans celle de la norme conflictuelle ; un conflit unilatéral possible est également un conflit total-partiel, mais cette fois-ci du point de vue de la norme dont la classe de cas *inclut* la classe de cas de la norme conflictuelle.

Le troisième couple de critères, à savoir le couple « total/partiel » porte, de manière surprenante, non pas sur la classe de cas, mais sur la solution normative. Un conflit est total lorsque « l'une des normes commande un certain comportement que l'autre justement interdit (...) ». Il est partiel quand le contenu de l'une des normes est différent de manière seulement partielle du contenu de l'autre norme »¹²¹. Il faut remarquer en premier lieu que Kelsen semble envisager uniquement les cas de contrariété normative. Ainsi, l'exemple de conflit total envisagé par Kelsen est : N_1 : Aime tes ennemis ! ; N_2 : N'aime pas tes ennemis ! On a bien deux actions contradictoires (aimer ses ennemis, ne pas aimer ses ennemis)¹²² auxquelles est attaché l'opérateur déontique *O*. En revanche, Kelsen est bien en peine de donner un exemple convaincant de « conflit partiel » au sens où il l'entend. Ainsi, selon lui, l'exemple suivant est un conflit partiel (ainsi que nécessaire et bilatéral) : N_1 : Le meurtre doit être puni ;

119 Voir Kelsen, 1996, p. 161 *sq.* Cette classification est reprise de Kelsen, 1962b, p. 349 *sq.*

120 Kelsen, 1996, p. 161.

121 Kelsen, *ibid.*

122 On simplifie l'exemple de Kelsen, qui est plus fort, puisque N_2 s'énonce ainsi : N'aime pas tes ennemis, mais déteste-les ! On ne retient que le cas, plus simple, de contradiction d'actions, étant entendu que « détester » est incompatible avec « aimer », mais n'est pas son contradictoire (puisque l'on peut à la fois ne pas aimer et ne pas détester). Kelsen ne semble pas avoir été sensible à la distinction entre contradiction et incompatibilité.

N_2 : Le meurtre doit être puni d'une peine de prison. « Punir d'une peine de prison » est bien un sous-ensemble de « punir *tout court* » (on a donc bien quelque chose de « partiel ») ; mais précisément, puisque effectuer la première action *implique* d'effectuer la seconde, il ne peut y avoir aucun conflit normatif ici. Pour qu'il y ait conflit, il faut réinterpréter N_1 de telle manière à ce qu'elle signifie : « le meurtre doit être puni d'une peine *autre* que de la prison » (ou encore « le meurtre doit être puni d'une amende »), qui est un conflit total au sens de Kelsen (une contrariété normative, ou une contrariété-incompatibilité dans le cas de l'amende). Mais si on interprète N_1 de telle manière à ce qu'elle signifie : « le meurtre doit être puni d'une peine de prison *ou* d'une amende », alors la présence simultanée de N_2 n'entraîne aucun conflit – puisqu'il est possible d'obéir à l'une et à l'autre norme simultanément¹²³.

De fait, la plupart des autres exemples que Kelsen donne de conflits « partiels » sont en réalité des conflits totaux-partiels ou partiels *au sens de Ross*, et, en réalité des conflits totaux *au sens de Kelsen*. Ainsi, N_1 : Tous les hommes doivent s'abstenir de mentir ; N_2 : Les médecins doivent mentir si, en le faisant, ils ménagent leurs patients – il s'agit clairement un conflit total-partiel au sens de Ross, c'est-à-dire un conflit entre deux normes dont la classe de cas de l'une inclut celle de l'autre (la classe de cas « hommes » inclut la classe de cas « médecins mentant pour ménager leur patient »). Il en va de même pour N_1 : Le vol doit être puni ; N_2 : Le vol entre parents ne doit pas être puni. On a une contrariété normative relative à une classe de cas incluant une autre classe de cas.

Un cas particulier est l'exemple suivant (qui est également de Kelsen) : N_1 : Le meurtre doit être puni de la peine de mort si le meurtrier a plus de 20 ans ; N_2 : Le meurtre doit être puni de la peine de mort si le meurtrier a plus de 18 ans. La confusion atteint hélas ici son comble : en effet, il n'y a conflit que si pour au moins l'une des deux normes, on considère que la condition d'âge est non seulement suffisante, mais également *nécessaire*. Ainsi si on réinterprète N_1 ainsi N_3 : Le meurtre doit être puni de la peine de mort si et seulement si le meurtrier a plus de 20 ans, alors N_3 implique N_4 : si le meurtrier a moins de 20 ans (n'a pas plus de 20 ans), alors on ne doit pas punir le meurtre de la peine de mort. De fait, N_4 (et seulement N_4 , qui énonce une condition suffisante) entre en conflit avec N_2 dans la mesure où la classe de cas de N_2 (les meurtriers de plus de 18 ans) entre en intersection avec la classe de cas de N_4 (les meurtriers de moins de 20 ans). Il s'agit donc d'un conflit partiel au sens de Ross (un conflit bilatéral possible). Si, en revanche, N_1 énonce une simple condition suffisante, il n'y a pas plus de conflit de normes que dans N_5 : Si l'on possède des animaux de ferme, on doit s'acquitter d'un impôt ; N_6 : si l'on possède des vaches, on doit s'acquitter d'un impôt. Si la classe de cas de N_1 est incluse dans la classe de cas de N_2 et que le système normatif attache la même solution normative à chacune des deux normes, il n'y a pas de conflit.

123 Il faut noter que cette hypothèse a été envisagée par Kelsen dans Kelsen, 1962a, p. 276.

C. Aspects de la controverse Alchourrón/Hilpinen

Il convient donc de maintenir la distinction entre les *sources* de conflit, qui sont imputables aux solutions normatives des normes et la *nature* du conflit, qui concerne la relation entre les classes de cas des normes conflictuelles, et pour lesquelles la classification d'Alf Ross est bien suffisante. Cette distinction permet d'éclairer la controverse entre Alchourrón et Hilpinen au sujet des conflits de normes. A bien des égards cette controverse excède le simple problème de *classification* des conflits normatifs, mais porte sur la nature de leur résolution – et elle joue un rôle important¹²⁴ dans le rejet, par Alchourrón, de la non-monotonicité que l'on évoquera plus loin. Dans un article de 1987¹²⁵, marquant d'ailleurs une modification eu égard à ses vues antérieures¹²⁶, Hilpinen introduit une distinction entre « contradiction normative » (ou inconsistance normative) et « conflit normatif », qui a pour vocation de remplacer la terminologie existante. Une contradiction normative (au sens d'Hilpinen) intervient dès lors que le système normatif contient une inconsistance, de telle sorte qu'il est impossible d'obéir simultanément à l'une et à l'autre norme (Hilpinen ayant vraisemblablement en tête ce qu'on a appelé ici contrariété normative). Il est impossible de résoudre le conflit sans réviser le système, c'est-à-dire éliminer l'une des normes conflictuelles. En revanche, un « conflit normatif » (ou dilemme, *quandary* en anglais) intervient lorsque deux normes non contradictoires (au sens d'Hilpinen) ne peuvent être également suivies dans une certaine situation. L'idée est « qu'un système de normes n'a pas besoin d'être formellement inconsistant pour générer des conflits normatifs »¹²⁷. Ainsi les normes N_1 , les meurtriers doivent être punis ; N_2 , les mineurs ne doivent pas être punis est selon Hilpinen un conflit normatif, dont la résolution n'appelle nullement le retrait de l'une ou de l'autre norme.

Comme Alchourrón le note dans sa réponse à Hilpinen, il y a bien là une inconsistance normative (ou plutôt du système normatif), mais il s'agit d'une inconsistance *modulo* un ensemble de faits F ¹²⁸, c'est-à-dire une inconsistance conditionnelle. Un système normatif peut être consistant *modulo* certains faits et inconsistant *modulo* d'autres faits ; par conséquent, la distinction d'Hilpinen ne tient pas : ce que Hilpinen appelle « contradiction normative » n'est rien d'autre qu'une inconsistance *modulo* tout fait (pertinent). Mais cette réponse était déjà contenue dans la théorie d'Alf Ross : les conflits (que Ross appelle d'ailleurs inconsistances) partiels et totaux-partiels sont des conflits de normes comme des autres, qui, *par définition*, ne se manifestent qu'à l'occasion des cas pour lesquels le conflit

124 Voir Maranhão, 2006, p. 69 ; Ratti, 2013, pp. 126-127.

125 Hilpinen, 1987, p. 38 *sq.*

126 Dans Hilpinen, 1985, Hilpinen s'en tient en effet à une classification des sources de conflit.

127 Hilpinen, 1987, p. 39.

128 Alchourrón, 1991, pp. 423-424. Voir aussi Alchourrón, « Conflictos de normas y revision de sistemas normativos » in Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 299.

existe (en vertu de l'inclusion ou de l'intersection du scope respectif des normes considérées).

Avant d'envisager la manière dont les métarègles permettent de prendre en charge de l'extérieur la représentation de ces conflits et leur résolution, ainsi que la manière dont ces métarègles peuvent être formalisées, il convient d'envisager un cas particulier de conflit normatif : les dilemmes moraux ou conflits d'obligations *prima facie*. En effet, l'idée d'obligation *prima facie* fait entrer en jeu une dimension proprement normative de force obligatoire plus ou moins grande¹²⁹, alors que les logiques non monotones importent généralement des outils non-spécifiquement déontiques. Ces derniers peuvent être certes envisagés à l'aune de raisons *prima facie*, comme c'est le cas chez Pollock¹³⁰ : les raisons épistémiques (raisons pour la croyance) de même que les raisons pratiques (raisons pour l'action)¹³¹ sont également susceptibles de poids. Cependant la défaisabilité du raisonnement, telle que modélisée au moyen d'une logique non monotone, n'est pas nécessairement imputable – encore qu'elle puisse l'être, et le soit souvent – à *poids divergent* des raisons (pour croire que p ou pour faire ϕ), mais à la simple existence de *raisons divergentes* (ou conflictuelles), nécessitant des outils extrinsèques de résolution, sans qu'il soit besoin de *peser* les raisons afin de dériver une inférence correcte. Pour le dire autrement, la défaisabilité du raisonnement suppose moins que les *raisons* soient *prima facie*, mais que l'*inférence*, ou plutôt la validité de l'inférence (à partir de ces raisons) soit *prima facie* – pourvu que la notion de *prima facie* soit correctement désambiguïsée.

En effet, la notion d'obligation ou de raison *prima facie* est, comme on va le voir, ambiguë dans la mesure où elle semble impliquer qu'une obligation ou une raison *prima facie* n'est pas une obligation ou une raison véritable. Comme le notent Hage et Peczenik au sujet du concept voisin de « raison contributive » (sur lesquelles on reviendra dans la prochaine partie), les raisons contributives sont des raisons véritables¹³².

129 Il convient d'ores et déjà de distinguer entre la plus ou moins grande force obligatoire des normes et la hiérarchisation de ces dernières (au moyen, par exemple, de la métarègle *Lex Superior*). Une norme constitutionnelle n'est pas « plus obligatoire » qu'une norme législative. Du reste une telle hiérarchie fait peu de sens dans un contexte moral.

130 La théorie de Pollock fait explicitement fond sur l'idée de raison épistémique *prima facie* (laquelle est défaite, le cas échéant par un *rebutter* ou un *undercutter*) – voir par exemple Pollock, 1974, p. 39. Indépendamment de la question rebattue de la normativité des raisons épistémiques, il semble que l'idée de raison épistémique défaisable doit être séparable, et séparée, de l'idée d'obligation *prima facie* (voir par exemple, Swain, 1974, p. 15 *sq.*, qui envisage le problème dans l'autre sens, à savoir la question de savoir si une connaissance peut être indéfaisable, avec en arrière-plan les problèmes de Gettier).

131 Le *locus classicus* de la distinction est bien entendu Raz, 1999.

132 Hage et Peczenik, 2000, p. 307.

II. DILEMMES NORMATIFS ET OBLIGATIONS *PRIMA FACIE*

A. La notion d'obligation *prima facie*

La littérature sur les dilemmes moraux est immense et recouvre une série de problématiques qui dépassent largement le cadre du présent travail, portant notamment 1° sur la possibilité de dilemmes moraux authentiques (insolubles)¹³³ – si un dilemme moral est soluble, alors il ne s'agit pas d'un dilemme moral authentique – et 2° sur les conséquences morales de la présence éventuelle de dilemmes moraux au sein du raisonnement pratique. Ces problématiques sont de peu d'importance ici dans la mesure où elles concernent que très marginalement le problème des conflits d'obligation en droit. En effet, l'idée de dilemme moral authentique suppose qu'il soit impossible de résoudre le dilemme ; cependant cette impossibilité doit s'entendre en un sens normatif. Ce qui définit un dilemme authentique, c'est qu'il est moralement impossible de le résoudre, étant donné qu'une solution arbitraire n'est pas moralement acceptable. En droit, la question ne se pose pas en ces termes, puisque c'est la possibilité *matérielle* de résolution du conflit qui fait problème – étant donné que la résolution arbitraire, par exemple par un juge, d'un conflit de normes juridiques est une résolution juridiquement acceptable, dès lors que le juge a l'autorité requise. Cependant, des outils conceptuels destinés à la résolution conceptuelle du *problème* des dilemmes moraux peuvent être importés avec profit en philosophie du droit, en particulier la notion d'obligation *prima facie*, que l'on va brièvement expliciter ici. On rejette en revanche à la prochaine partie la question de savoir si les règles juridiques créent des obligations *prima facie* défaisables par d'autres types de normes (normes morales, principes, etc.).

Il est de bonne tradition d'attribuer la paternité de l'expression « devoir (ou obligation) *prima facie* » à David Ross¹³⁴, mais la notion remonte à Platon¹³⁵. Comme le font remarquer Nicholas Asher et Daniel Bonevac¹³⁶, on en trouve également des traces dans la notion « d'intempérance vertueuse » mentionnée par Aristote au livre VII, chapitre 3, de l'*Ethique à Nicomaque*¹³⁷. L'enjeu de l'introduction de cette expression par Ross dans *The Right and the Good* est de démontrer qu'il n'y a pas de dilemme

133 Voir notamment, parmi les classiques, Marcus, 1980 ; Foot, 1983 ; Sinnott-Armstrong, 1988. On reprend ici la définition célèbre proposée par Sinnott-Armstrong : un dilemme moral est un conflit d'exigences dont aucune ne surpasse l'autre (*non overridden requirements*) (Sinnott-Armstrong, 1988, p. 18).

134 Ross, 2002, p. 19 *sq.*

135 Dans un passage très célèbre du I^{er} livre de la *République*, Socrate envisage la situation suivante : un ami vous a remis en dépôt des armes, et, devenu fou, il en demande la restitution. Selon Socrate, l'obligation de restitution s'efface devant les circonstances. (Voir Platon, 1966, p. 79).

136 Asher et Bonevac, 1996, p. 19 ; Asher et Bonevac, 1997, p. 159.

137 Aristote, 2001, p. 323. Il va de soi cependant que chez Aristote le dilemme moral (instancié par Néoptolème dans le *Philoctète* de Sophocle) est moins un conflit d'obligations qu'un conflit de vertus : l'homme vertueux est tempérant *et* honnête. Lorsque la force de la volonté (la tempérance) implique de persister dans une entreprise malhonnête, alors l'intempérance devient vertueuse.

moral authentique¹³⁸. Ce que la survenance d'un conflit d'obligations traduit est la présence, parmi les obligations conflictuelles, d'une obligation *prima facie*. L'exemple classique est celui de la promesse : lorsque je promets à un ami de venir lui rendre visite, ma promesse fait naître une obligation *prima facie*, qui ne tient plus dès lors qu'elle entre en conflit avec une autre obligation, par exemple lorsque ne pas tenir ma promesse me permet de prévenir un accident sérieux. Cette notion est cependant de prime abord confuse, comme l'a montré Searle dans un article célèbre¹³⁹ – bien que totalement dénué de charité interprétative.

Selon Searle, Ross oscille entre deux notions d'obligation *prima facie*¹⁴⁰. En premier lieu, il semble que par « obligation *prima facie* », Ross entende l'apparence d'une obligation – c'est pourquoi il l'oppose à « obligation réelle ou au sens propre » (*actual duty or duty proper*)¹⁴¹. Ross écrit ainsi qu'un devoir *prima facie* n'est « en réalité pas un devoir du tout »¹⁴². La distinction entre les obligations *prima facie* et les obligations réelles provient de ce que les premières ne sont pas des obligations du tout, mais « tendent »¹⁴³ à être des obligations. En second lieu, Ross oppose obligation *prima facie* à obligation *absolue*¹⁴⁴ (et non plus réelle) : selon cette seconde acception, une obligation *prima facie* est bien une obligation, mais elle est susceptible d'être surpassée (*overridden*) par une obligation de statut ou de poids supérieur. Selon Searle, la première acception n'est pas correcte dans la mesure où c'est une nécessité conceptuelle qu'une promesse fasse naître une obligation, même si cette dernière est surpassable, et surpassée, dans de nombreux contextes¹⁴⁵. C'est donc la seconde acception qui se rapproche le plus de ce qui a lieu dans un dilemme moral, ou plus largement, un conflit d'obligations, mais elle demeure confuse. En effet (selon Searle), Ross procède comme s'il y avait là deux classes d'obligations distinctes¹⁴⁶, or toute obligation est susceptible d'être surpassée dans des circonstances particulières. De sorte que si l'on suppose l'ensemble d'obligations fini, et étant donné que la relation de « surpassabilité »¹⁴⁷ est transitive, alors la classe des obligations absolues comprend au plus une obligation absolue (celle qui surpasse toutes les autres).

138 C'est pourquoi, dans ce contexte, les critiques de la notion d'obligation *prima facie* contestent moins qu'il y ait des obligations *prima facie* que l'idée selon laquelle ces dernières permettent de considérer tout dilemme moral soluble (voir Sinnott-Armstrong, 1986, p. 97).

139 Searle, 1980a.

140 Searle, 1980a, pp. 240-242.

141 Ross, 2002, p. 20.

142 Ross, 2002, *ibid.*

143 Ross, 2002, p. 28. On reviendra sur cette « tendance » plus bas.

144 Ross, 2002, *ibid.*

145 A l'arrière-plan se trouve une thèse anti-humienne de Searle, selon lequel un devoir-être peut être dérivé d'un être (voir Searle, 1964). Le fait d'être que représente l'énonciation de « je promets de ϕ » fait naître une obligation, en vertu de la définition de ce qu'est une promesse.

146 Searle, 1980a, p. 245.

147 Selon Searle. En réalité, on peut douter que cette relation soit transitive, dès lors que la surpassabilité d'une obligation par une autre obligation dépend de facteurs qui sont souvent incommensurables aux facteurs déterminant la surpassabilité d'autres obligations. Il n'y a pas de pesée purement quantitative des raisons.

Selon Searle, le caractère surpassable n'est pas l'attribut d'un certain type d'obligations, mais est déterminé par le conflit lui-même : une obligation « absolue » peut devenir « *prima facie* » en fonction de la force de l'obligation avec laquelle elle entre en conflit. Pour reprendre l'exemple de Ross, si je promets à un ami de le rencontrer, ma promesse fait naître une obligation, y compris lorsqu'elle est surpassée par une obligation plus forte ; le fait qu'elle soit surpassée ne lui ôte pas son caractère d'obligation. Elle se distingue de l'obligation qui la surpasse non par la non-obligatorité, ou par le fait d'appartenir à une classe différente d'obligation, mais par le fait que l'énoncé : « je dois tenir ma promesse » est l'énoncé d'une obligation *toutes choses égales par ailleurs*, alors que l'énoncé : « je dois prévenir l'accident » est, *étant donné les circonstances*, l'énoncé d'une obligation *tout bien considéré*. Ce sont les circonstances factuelles du conflit qui confèrent du poids aux obligations : la correction¹⁴⁸ d'un énoncé d'obligation *tout bien considéré* dépend des circonstances qui font, au départ, naître le conflit lui-même (ma promesse ; l'éventualité d'un accident). Les obligations n'ont pas de poids indépendamment du conflit lui-même ; s'il n'y a pas de conflit, alors l'obligation *toutes choses égales par ailleurs* devient une obligation *tout bien considéré*.

Il semble que Searle se montre peu charitable envers Ross, dont la notion de devoir *prima facie* est en réalité une voie médiane entre les deux acceptions mentionnées par Searle. Ross caractérise les devoirs *prima facie* comme étant des « devoirs conditionnels »¹⁴⁹ : il s'agit selon lui d'une « caractéristique » qu'un acte a en vertu du fait qu'il est d'un type (*kind*) particulier (une promesse, par exemple¹⁵⁰). – On passe sous silence que le fait d'être une obligation n'est pas la *caractéristique* d'un acte, mais que l'acte est soit *créateur* d'obligation (*e.g.* le fait de promettre), soit l'*objet* de l'obligation (le substrat normatif, *e.g.* le fait de tenir sa promesse). De fait, Ross joue sur l'expression : « *to be our duty* », comme si « devoir » se prédisait de l'acte – le français distingue « être un devoir » et « être de notre devoir ». On continuera à employer la terminologie de Ross bien qu'elle soit confuse, en laissant au lecteur la tâche aisée de la désambiguïsation. – Or Ross écrit qu'est un devoir *prima facie* un acte « qui serait un devoir au sens propre (*duty proper*) s'il n'était pas en même temps d'un autre type moralement important »¹⁵¹. Par exemple, l'acte qui me conduit à tenir ma promesse est le même acte par lequel je m'abstiens de porter secours à un ami dans le péril. Un acte est de plusieurs types moraux en même temps, ce par quoi Ross veut dire qu'il est l'objet de plusieurs obligations en même temps. Et Ross ajoute : qu'un acte soit un devoir réel (ou au sens propre) « dépend de tous les types d'actes moralement importants dont il est un exemplaire »¹⁵². Mais dès lors que l'on détermine quel aspect de l'acte est le plus important moralement, alors les autres aspects perdent nécessairement

148 Searle parle de « vérité » et non de correction de l'énoncé d'obligation ; il s'agit d'une regrettable confusion entre norme ou énoncé normatif, d'un côté, et proposition normative de l'autre (voir le premier chapitre ci-dessus). Cette confusion est d'ailleurs à la racine de la négation par Searle de la loi de Hume.

149 Ross, 2002, p. 19.

150 En ceci, Ross est d'ailleurs très proche de Searle.

151 Ross, 2002, *Ibid.*

152 Ross, 2012, p. 20.

leur importance morale, et *ipso facto*, l'acte ne peut plus être obligatoire. S'il est plus important moralement de venir en aide à un ami en péril, alors il ne peut plus être moralement obligatoire de tenir ma promesse ; bien davantage, il devient moralement obligatoire de *ne pas* la tenir.

Par conséquent, Ross n'indique nullement qu'il soit possible de distinguer les obligations en deux classes distinctes¹⁵³. Au contraire, l'obligatorité réelle ou *prima facie* dépend des circonstances, c'est-à-dire des propriétés moralement pertinentes de l'acte. C'est à l'aune de cette observation que l'on peut comprendre le propos de Ross selon lequel un devoir *prima facie* « n'est, en fait, pas un devoir, mais quelque chose relié en un sens spécial à un devoir ». C'est également la raison pour laquelle Ross écrit que, bien que l'obligation *prima facie* ne soit pas une obligation réelle, il ne s'agit pas « d'une apparence qu'une situation morale présente au premier abord, mais qui se révèle être illusoire, (...) [mais] d'un fait objectif impliqué dans la nature d'une situation, mais ne naissant pas (comme le fait un devoir au sens propre) de sa nature tout entière ».¹⁵⁴ Aussi bien la première lecture de Searle doit-elle être sérieusement remise en doute. Une obligation *prima facie* n'est pas une illusion d'obligation ; lorsque l'on me donne à penser, au moyen d'un enregistrement trafiqué, que j'ai fait une promesse, me donnant ainsi l'illusion qu'une obligation m'incombe, je n'ai même pas de devoir *prima facie* de tenir cette « promesse ». Comme l'écrit Ross dans un passage que Searle lui-même cite sans en tirer toutes les conséquences, lorsqu'il est moralement justifié de rompre une promesse « nous ne cessons à aucun moment de reconnaître un devoir *prima facie* de tenir notre promesse »¹⁵⁵.

A quoi donc s'oppose l'obligation *prima facie* ? A l'obligation « réelle » ou à l'obligation « absolue » ? Ross a de bonnes raisons de confondre les deux réponses. Par obligation « réelle », Ross veut dire (en d'autres termes) l'obligation qui fournit la raison décisive d'agir de telle ou telle manière. Une fois que j'ai contemplé l'ensemble des circonstances de mon action, il ne peut y avoir qu'une seule manière moralement correcte d'agir ; c'est à cette manière d'agir que correspond l'obligation réelle. (Ross n'explique pas ce point en termes de manières d'agir, mais en termes d'aspects d'un seul et même acte). En ce sens, l'obligation *prima facie* ne peut pas être une obligation réelle, puisque, par hypothèse, elle ne détermine pas l'action moralement bonne dans les circonstances présentes. Si l'obligation réelle se définit comme celle qui détermine la raison décisive de l'action, *i.e.* celle qui défait toutes les autres dans la balance des raisons, alors elle est également absolue, dans la mesure où, par hypothèse toujours, la raison surpasse toutes les autres¹⁵⁶ ; par contraste, l'obligation *prima facie* désigne une

153 Il dit clairement le contraire dans Ross, 1939, p. 85.

154 Ross, 2012, *ibid.*

155 Ross, 2012, p. 28.

156 Voir pour un exposé éclairant des thèses de Ross, Pietroski, 1993, p. 490 *sq.* et surtout Dancy, 1993, p. 221. On reviendra dans la troisième partie sur la compréhension des obligations *prima facie* par le particularisme moral, dont Dancy fournit en 1993 l'esquisse suivante : « Nous ne pouvons pas dire à l'avance quel devoir *prima facie* se révélera avoir le plus d'importance dans la situation à laquelle nous sommes confrontés. (...) Aucune règle ni aucun ensemble de règles ne peut nous y aider » (Dancy, 1993, *ibid.*).

raison *pro tanto* d'agir¹⁵⁷ qui est surpassée dans la pesée des raisons. Ross exprime cette idée avec une certaine acuité dans un texte ultérieur, les *Foundations of Ethics* : « Nous sommes seulement tenus d'effectuer l'action dont l'obligatorité *prima facie*, relativement aux aspects (*respects*) pour lesquelles elle est *prima facie* obligatoire, surpasse (*outweighs*) le plus sa propre désobligatorité (*disobligatoriness*) *prima facie* relativement aux aspects pour lesquels l'action est *prima facie* désobligatoire »¹⁵⁸.

La question de savoir quelle est l'obligation réelle ou absolue dépend donc de la considération de la totalité des circonstances ou, selon l'expression de Ross, des aspects de l'acte. C'est ainsi que Ross explique la « tendance » à être une obligation par laquelle il caractérise les devoirs *prima facie*. La tendance à être un devoir est un attribut partiel (*parti-resultant attribute*, selon l'expression, non inhabituellement jargonneuse, de Ross), « qui appartient à un acte en vertu de quelque composant (*component*) de sa nature » ; le fait d'être un devoir est un attribut total (*toti-resultant attribute*) « qui appartient à un acte en vertu de sa nature entière »¹⁵⁹. Le problème, naturellement, est que l'on ne peut jamais être sûr d'avoir fait le tour de la « nature entière », c'est-à-dire de l'ensemble des aspects, de l'acte.

Filant une analogie déjà présente dans *The Right and the Good* avec les lois naturelles¹⁶⁰, Ross définit, dans *Foundations of Ethics*, des « lois d'obligation *prima facie* » : « Lorsque nous essayons de formuler les lois de la nature, nous réalisons que si nous voulons les énoncer sous une forme universelle qui n'admette pas d'exception, nous devons les énoncer comme (...) des lois décrivant une *tendance*. (...) De la même manière, si nous voulons formuler des lois morales universelles, nous pouvons seulement les formuler comme des lois d'obligation *prima facie*, des lois énonçant la tendance de certaines actions à être obligatoires en vertu de telle ou telle caractéristique. »¹⁶¹ A la probabilité scientifique correspond, dans le domaine moral, la force relative des obligations (ou, pour le dire en termes non rossiens, le poids relatif des raisons)¹⁶².

B. Obligation *prima facie* et défaisabilité

L'idée même d'obligation *prima facie*, telle que Ross l'entend semble supposer la défaisabilité du raisonnement moral. Comme l'écrivent Donald Nute et Xiaochang Yu : « L'expression même "obligation *prima facie*" réclame une analyse en termes de défaisabilité ou de non-monotonie (...). Si nous représentons les *obligations prima*

157 On reste délibérément imprécis sur les rapports entre obligations *prima facie* et raisons *pro tanto*, sur lesquelles on reviendra plus bas.

158 Ross, 1939, p. 85. (On conserve le jargonneux « désobligatorité » afin de garder l'ambiguïté : non obligation ? obligation de ne pas ?).

159 Ross, 1930, p. 28.

160 Ross, 1930, p. 29.

161 Ross, 1939, p. 86.

162 T.R. Girill a insisté sur la différence entre obligation *prima facie* et règle *prima facie* (voir Girill, 1978, pp. 208-209).

facie correctement au sein d'une théorie défaisable, nous pouvons peut-être considérer que les conséquences de la théorie représentent nos obligations réelles. »¹⁶³ Ainsi la promesse crée une obligation *prima facie* de ϕ , qui « tient » aussi longtemps que d'autres aspects du « fait » faisant naître l'obligation contraire (ou l'obligation contradictoire du reste) ne se font pas jour. Dès lors que l'ensemble des circonstances est connu, alors on sait quelle est l'obligation réelle.

1. Chisholm et la défaisabilité

L'idée selon laquelle l'obligation *prima facie* s'explique en termes de défaisabilité (entendu en un sens non technique, non spécifiquement lié à une logique non monotone) a été avancée pour la première fois par Roderick Chisholm dans un article célèbre¹⁶⁴. Chisholm part de l'expression morale selon lui fondamentale : « p requiert q » ; par exemple, faire une promesse requiert de la tenir (on maintient la traduction de « *requires* » par « requiert » en dépit de sa maladresse¹⁶⁵ et de l'absence d'équivalent en français du substantif « *requirement* », que l'on traduit, avec aussi peu de bonheur, par « exigence »¹⁶⁶). Si p intervient, alors il est requis de faire en sorte que q . Selon Chisholm, le propre des « exigences » est d'être surpassables¹⁶⁷. Soit $\exists p(p \& pRq)$, qui est la formule d'une exigence : il existe un p tel que p est le cas et p requiert q ¹⁶⁸. Cet énoncé s'entend comme l'exigence réelle de faire en sorte que q et non comme un énoncé conditionnel (si p alors q est requis), qui est exprimé par pRq . Il ne peut être requis que q que si p est le cas. J'ai fait une promesse ; il m'est requis de la tenir. Cette exigence est surpassée lorsque $\exists p \exists s [(p \& pRq) \& (s \& \sim ((p \& s)Rq))]$ ¹⁶⁹. On remarquera qu'il s'agit ici, pour reprendre la terminologie (non chisholmienne) employée plus haut, d'une simple

163 Nute et Yu, 1997, p. 1. Le terme « théorie » est à prendre ici en son sens logique (cf. *supra*). Voir aussi Prakken et Sartor, 2004, p. 119.

164 Chisholm, 1964. Voir aussi Chisholm, 1974.

165 Il s'agit en effet d'un faux ami, qui serait mieux rendu par « exige » ; cependant, Raz a noté que l'usage par Chisholm de ce « *requires* » et ses dérivés n'était pas idiomatique en anglais (Raz, 1974, p. 22).

166 Il est tentant de traduire « *requires* » par « engage » : faire une promesse nous engage à la tenir. Cependant le concept de *requirement* est distinct de celui de *commitment*, que l'on a traduit, dans le deuxième chapitre ci-dessus, par engagement. Seule une action de notre part (ou de la part d'un autre agent) nous engage à faire quelque chose ; or, si ce schéma s'applique bien à la promesse, il semble douteux qu'il s'applique à d'autres *requirements* : le fait qu'un accident se produise à proximité de chez moi requiert que je vienne au secours des victimes ; mais il ne fait aucun sens d'affirmer que cet accident m'*engage* à venir à leur secours, sauf, bien entendu, à supposer que j'aie moi-même causé (intentionnellement ou non) cet accident.

167 Chisholm, 1964, p. 148.

168 On reprend la notation de Chisholm (Chisholm, 1964, p. 147) qui est tout à fait hétérodoxe, puisqu'elle quantifie des variables propositionnelles. Dans Chisholm, 1974, p. 5, Chisholm modifie sa notation, de manière guère plus satisfaisante, puisqu'elle produit des énoncés hybrides du type : $pRq \rightarrow (\exists x)(\exists y)(xRy)$. Si « $\rightarrow$ » (Chisholm emploie « $\supset$ », mais on uniformise la notation) désigne l'implication matérielle, cet énoncé ne fait aucun sens. On peut à la rigueur le prendre comme un signe métalinguistique d'équivalence fonctionnelle entre deux langages.

169 Chisholm ajoute dans un article ultérieur une condition suffisante : il faut que $p \& s$ soit logiquement compatible avec q . Sinon, il serait possible que $s = \sim q$, ce qui entraînerait pour conséquence fâcheuse que le fait de promettre et le fait de ne pas tenir ma promesse ne requièrent pas que je tienne ma promesse ! (Voir là-dessus, Chisholm, 1974, p. 8).

contradiction normative, puisque lorsque c'est le cas que s , alors ce n'est pas le cas que p et s requièrent de faire en sorte que q . Il y a contrariété si p et s requièrent de faire en sorte que *non- q* . Selon Chisholm, dans ce cas, il y a deux opérations distinctes : l'exigence de q est tout d'abord *surpassée* (il n'y a plus d'exigence de q) puis elle est *remplacée* par une exigence de *non- q* ¹⁷⁰.

A partir de la notion de *requirement*, d'exigence, on peut définir la notion d'obligation, ou plutôt la notion de « devoir être », comme par exemple dans l'énoncé : « ce doit être le cas que p » (*it ought to be that p*), ou « on doit faire en sorte que p » (*one ought to bring about that p*) – on va se concentrer exclusivement sur la deuxième sorte d'énoncés, les énoncés de *Tunsollen*¹⁷¹. S'il est requis que q , et si cette exigence n'est pas surpassée, alors on doit faire en sorte que q ¹⁷².

Or selon Chisholm l'idée de surpassabilité et celle de défaisabilité sont identiques¹⁷³. Une exigence est défaisable si elle est susceptible d'être surpassée ; au contraire p requiert indéfaisablement de faire en sorte que q si pRq et s'il n'y a aucune exigence pouvant la surpasser. Lorsque p requiert indéfaisablement de faire en sorte que q alors on *doit* faire en sorte que q ; lorsque p requiert défaisablement de faire en sorte que q , alors on doit fait en sorte que q *aussi longtemps* que l'exigence pRq n'est pas surpassée. C'est ainsi que Chisholm explique la différence entre devoirs *prima facie* et devoirs absolus ou au sens propre chez Ross. Les devoirs *prima facie* sont des exigences : « Un homme a le devoir *prima facie* d'effectuer un certain acte a s'il lui est requis de faire a »¹⁷⁴ ; les devoirs absolus correspondent à ce que l'on *doit* faire (*what one ought to do*). Il faut remarquer que les devoirs absolus ne sont pas ceux qui naissent d'exigences *indéfaisables* (non surpassables), mais ceux qui naissent d'exigences *non surpassées*. S'il y a une exigence de faire en sorte que p et si cette exigence n'est pas surpassée, alors on doit faire en sorte que p . Pour résumer : l'expression « obligation *prima facie* » désigne une exigence défaisable ; l'expression « obligation absolue » désigne la conséquence de cette exigence pour autant que celle-ci n'a pas été surpassée. Les exigences *indéfaisables* ont pour conséquence des obligations absolues, et ne donnent jamais naissance à des obligations *prima facie* ; mais les obligations absolues ne sont pas nécessairement la conséquence d'exigences non défaisables, mais d'exigences non défaites. Aussi longtemps que l'exigence n'est pas défaite, on a bien une obligation absolue de faire en sorte que p , *i.e.* on *doit* faire en sorte que p . – Comme on va le voir plus bas, il est possible de reformuler la notion assez idiosyncratique d'exigences défaisables en termes de raisons *pro tanto*, et de critiquer sur cette base la solution de Chisholm.

170 Chisholm, 1964, p. 148.

171 Cf. deuxième chapitre ci-dessus. Voir sur les relations entre « ought-to-be » et « ought-to-do », Chisholm, 1964, p. 149.

172 Chisholm, 1964, *ibid.* ; Chisholm, 1974, p. 11.

173 Chisholm, 1964, p. 148.

174 Chisholm, 1974, p. 14. Voir aussi Chisholm, 1964, p. 150.

2. Formalisations conditionnelles

Il faut noter cependant que Ross exprime cette idée au moyen non d'un opérateur diachronique (*aussi longtemps que*), mais d'un conditionnel contrefactuel, qui vise à considérer en un seul « moment » l'obligation *prima facie* et l'obligation réelle (*i.e.* tout bien considéré) : « Un acte qui *serait* un devoir au sens propre *s'il* n'était pas *en même temps* d'un autre type moralement important »¹⁷⁵. Le fait qu'une obligation soit *prima facie* se révèle au moment où nous sommes en présence de la situation morale totale¹⁷⁶ : l'obligation *prima facie* est celle qui serait l'obligation au sens propre si elle n'avait pas été défaite dans la pesée des raisons. D'autre part, Ross lui-même définit les obligations *prima facie* en termes de « devoirs conditionnels ». Pour ces deux raisons, il est tentant de formaliser les obligations *prima facie* au moyen d'un conditionnel défaisable, s'ajoutant aux opérateurs normaux de la logique déontique. On va ici envisager parmi de nombreuses tentatives¹⁷⁷, celle de Michael Morreau, et celle de Nicholas Asher et Daniel Bonevac, qui sont très proches, et que l'on va, pour cette raison, évoquer de front. On évoquera ensuite une objection de Kent Hurtig à la défaisabilité du raisonnement moral, qui, bien que visant mal, permet néanmoins de clarifier utilement les rapports entre obligations *prima facie*, raisons *pro tanto* et défaisabilité.

Morreau introduit deux conditionnels permettant de formaliser respectivement les obligations *prima facie*¹⁷⁸ et les lois d'obligation *prima facie*. Le premier est l'opéra-

175 Cf. *supra*, c'est nous qui soulignons. Certains auteurs ont insisté sur l'importance du caractère contrefactuel du conditionnel (voir Pietroski, 1993, p. 514 ; Frazier, 1995, pp. 115-116 ; Morreau, 1996, p. 49).

176 Ross suggère ainsi que l'on peut « faire le tour » des circonstances totales de l'action. Ce postulat n'est pas requis, y compris dans la version « contrefactualiste » de l'obligation *prima facie*. Sur la base de ce qu'on sait, une obligation *prima facie* est celle qui serait une obligation réelle si l'acte n'était pas d'un autre type moralement important. Mais il se peut toujours que l'ajout de circonstances vienne révéler que l'obligation « réelle » est en réalité une obligation *prima facie*. C'est la raison pour laquelle Nute et Yu ajoutent, immédiatement après les lignes citées ci-dessus : « ... ou à tout le moins, les devoirs que nous devrions mettre en œuvre *pour autant que nous pouvons le déterminer* » (c'est moi qui souligne).

177 Une première tentative a été effectuée par Hintikka (voir Hintikka, 1969, p. 203 *sq.* ; Hintikka, 1971). Hintikka formalise les obligations *prima facie* au moyen de l'implication externe $p \rightarrow Oq$ et les obligations absolues au moyen de l'implication interne $O(p \rightarrow q)$. Selon Hintikka, dans une obligation *prima facie*, la relation de conséquence entre l'antécédent et le conséquent est une « simple » conséquence logique (telle qu'exprimée par une implication matérielle), alors que dans une obligation absolue, la conséquence est une conséquence déontique, telle que $\sim(p \wedge \sim q)$ est vrai dans un monde déontiquement parfait : dans un monde déontiquement parfait, il est impossible de réaliser p sans réaliser q . Il y a plusieurs problèmes avec cette notation. Tout d'abord, elle suppose l'existence de deux classes distinctes d'obligation ; si une obligation *prima facie* devient absolue, il faut en modifier la formalisation, ce qui pose un problème de modularité évident ; ensuite, elle implique deux interprétations différentes d'un même opérateur. D'autre part, l'implication matérielle est monotone et Hintikka n'indique nullement de quelle manière une obligation *prima facie* peut être *défaite*, et comment représenter logiquement cette défaite. Enfin, la notion de « conséquence déontique » est intéressante, mais elle obère toute formalisation du raisonnement normatif, puisque, comme on l'a souligné dans le second chapitre, $(O(p \rightarrow q) \wedge p) \rightarrow Oq$ n'est pas valide dans SDL (ce que Hintikka reconnaît volontiers).

178 Il faut noter que Morreau interprète les obligations *prima facie* comme des devoirs apparents (*seeming duty*). On a montré plus haut qu'il s'agissait d'une mésinterprétation de la pensée de Ross, mais cela a finalement peu de conséquences pour la formalisation des obligations *prima facie*.

teur > inspiré du conditionnel contrefactuel de Lewis, mais recevant une interprétation différente¹⁷⁹. En effet $p > q$ signifie que si p est le cas, q *tend* à être le cas. L'opérateur > sert donc à formaliser la notion informelle de tendance telle qu'on la trouve chez Ross. Si F et G sont des prédicats d'actes et α une constante quelconque, tels que $F\alpha$ signifie « faire une promesse » et $G\alpha$ « tenir une promesse », alors une obligation *prima facie* s'écrit ainsi : $F\alpha \ \& \ F\alpha > OG\alpha$. Si je fais une promesse, alors faire cette promesse tend à rendre obligatoire de la tenir. – On notera la ressemblance avec la notation de « l'exigence » chez Chisholm.

Le second conditionnel est l'opérateur $\Rightarrow$ que Morreau ne définit pas explicitement. Il permet d'effectuer des généralisations *sans exceptions*, du type de celles que Ross avait en tête lorsqu'il définissait les lois d'obligation *prima facie*. La formule d'une telle loi est : $\forall x(Fx \Rightarrow (Fx > Gx))$: toute promesse, sans exception, crée une obligation *prima facie*, cela veut dire que toute promesse tend à créer une obligation *simpliciter*, même si elle peut y échouer. L'avantage d'une telle approche conditionnelle (qui est à bien des égards analogue à celle de Delgrande évoquée plus haut) est de ne pas avoir à mentionner les exceptions dans la formulation de la règle, dont la défaisabilité est uniquement due à la sémantique particulière du conditionnel, c'est-à-dire à ses conditions de vérité. Plutôt que d'écrire : « si promesse alors obligation, sauf si... et si... et si... », on peut écrire simplement « si promesse alors obligation » en interprétant « si... alors » d'une certaine manière.

On peut simplifier $\forall x(Fx \Rightarrow (Fx > Gx))$ en $\forall x(Fx > Gx)$, de manière à exprimer les obligations et les lois d'obligation (ou plus simplement *règles*) de manière syntaxiquement identique, à ceci près qu'une obligation *prima facie* comprend des constantes ; une règle *prima facie* comprend des variables liées (*i.e.* quantifiées)¹⁸⁰. Le raisonnement à partir de ces règles est défaisable¹⁸¹ : l'ajout de nouvelles considérations dans les prémisses amène à rétracter la conclusion.

Asher et Bonevac utilisent également le conditionnel > interprété informellement à peu près de la même manière : $A > OB$ signifie : « si A alors normalement B doit être le cas », ou encore « si A , alors toutes choses égales par ailleurs B doit être »¹⁸². Dans les énoncés qui précèdent, A et B sont des formules atomiques quelconques de la logique des prédicats du premier ordre. – Asher et Bonevac distinguent $A > OB$ et $A >_O B$ ¹⁸³, celui-ci étant plus fort que celui-là ; on passe sur ce point pour simplifier l'analyse ; et les auteurs reconnaissent eux-mêmes que les deux expressions « ont la même logique »¹⁸⁴.

179 Morreau, 1996, pp. 49-50. Cette interprétation est analogue à celle donnée par Asher et Morreau, 1991.

180 Voir Morreau, 1996, p. 53.

181 Morreau, 1996, pp. 53-54. Morreau écrit plus loin que ce raisonnement est « non monotone ».

182 Asher et Bonevac, 1996, p. 22.

183 Asher et Bonevac, 1996, p. 23.

184 Asher et Bonevac, 1996, p. 24.

Dans les deux théories (Morreau, Ascher et Bonevac), la sémantique de $>$ est très proche de celle de $\Rightarrow$ chez Delgrande, c'est-à-dire qu'il est défini par une sémantique des mondes possibles, fondée autour d'une relation d'accessibilité spéciale. Les deux théories diffèrent entre elles dans la mesure où Asher et Bonevac introduisent, outre la relation d'accessibilité « $*$ » commune à Morreau et eux, et permettant de fournir les conditions de vérité du conditionnel $>$, une relation « $\bullet$ » spécifique à l'analyse de $>_O$. Comme on l'a indiqué, la différence entre $>$ et $>_O$ n'étant pas déterminante, on va laisser de côté ces complications, et ne retenir que les aspects communs à la sémantique de Morreau et d'Ascher et Bonevac. On définit donc une relation d'accessibilité $*$ telle que $*(w, p)$ est l'ensemble des mondes w où p est normalement le cas, *i.e.* des mondes p -normaux ; $A > B$ est vrai dans w si B est vrai dans tous les mondes normaux accessibles à w où A est vrai, c'est-à-dire que $*(w, [A]) \subseteq [B]$. Enfin, on définit une relation $\oplus$ (« o » chez Morreau), telle que $\oplus w$ est l'ensemble des mondes idéaux (ou déontiquement parfaits) de w . Ainsi OA est vrai dans w si A est le cas dans tous les mondes idéaux de w , c'est-à-dire que $\oplus w [A]$. Il suit que $A > OB$ est vrai dans w si $\oplus*(w, [A]) \subseteq [B]$, autrement dit si B est vrai dans tous les mondes idéaux parmi les mondes normaux où A est vrai.

Par conséquent, l'inférence à partir d'un ensemble de prémisses comprenant A et $A > OB$ doit répondre à une double contrainte : la première est qu'il faut supposer que les mondes où A est vrai sont les plus normaux possibles ; la seconde est qu'il faut supposer qu'au moins l'un de ces mondes est déontiquement parfait. La seconde contrainte peut être laissée de côté, dans la mesure où, dans un conflit de normes (que l'on suppose également valides et/ou applicables), les conséquents contradictoires sont supposés être également vrais dans les mondes déontiquement parfaits qu'ils ont en commun. Ainsi si $A \rightarrow OB$ et $A \wedge C \rightarrow O \sim B$ ¹⁸⁵, l'ensemble de mondes où A est vrai est un sous-ensemble des mondes où $A \wedge C$ est vrai (puisque $A \wedge C \rightarrow A$). Or ces mondes sont également déontiquement parfaits. C'est la raison pour laquelle le choix sera effectué en fonction de la normalité des mondes où A et $A \wedge C$ sont vrais¹⁸⁶.

Si donc on a un ensemble de prémisses comprenant A et $A > OB$ le raisonnement à partir de ces prémisses est possible (étant donné la sémantique de $>$) doit procéder en supposant qu'étant donné les prémisses, tout est aussi normal que possible. – Ici encore, la proximité avec Delgrande est frappante : on a un analogue à l'idée que la non-monotonie s'obtient dès lors que l'extension de l'ensemble de défauts initiaux cesse d'être monotonicquement représentable. – Le renforcement de l'antécédent par l'ajout de prémisses est possible aussi longtemps que l'hypothèse de normalité est satisfaite (*i.e.* que les prémisses supplémentaires sont vraies dans au moins un monde

185 On utilise l'implication matérielle, conformément aux résultats du second chapitre ci-dessus, afin de mettre provisoirement entre parenthèses le problème de la normalité, qui affecte la définition de « $>$ ». D'autre part, on se concentre uniquement sur un cas de contrariété normative pour des besoins de simplicité.

186 On observera que la résolution des conflits normatifs ne se fait pas en fonction du poids normatif des normes, mais en fonction d'une hypothèse de normalité. On rabat le conflit normatif sur un conflit de règles d'inférence (voir pour la distinction, Hage, 2000b, p. 370), ce qui est rendu nécessaire par la formalisation du conditionnel défaisable.

ou sous-ensemble de mondes parmi les mondes normaux où les prémisses initiales sont vraies). L'idée développée par Asher et Bonevac¹⁸⁷ est que l'hypothèse de normalité nous permet de raisonner, c'est-à-dire de faire des inférences, étant donné un état minimal de l'information à notre disposition. Cet état s peut être mis à jour (*updated*) dès lors que de nouvelles informations se font jour. Lorsque l'on effectue cette mise à jour, on *normalise* l'état de notre information de manière à le restreindre aux mondes normaux relativement aux prémisses nouvelles. Ainsi, un état s est normalisé relativement à une prémisses p lorsque s est restreint aux mondes qui sont p -normaux, de manière à obtenir $s \cap^*(s, p)$. Si l'ensemble à l'intersection de s et de $^*(s, p)$ est vide, la normalisation échoue, et nous avons affaire à une situation anormale. Lorsque c'est le cas, l'inférence n'est plus valide – et l'obligation *prima facie* est surpassée.

Cela peut se faire de deux manières ; en effet, l'hypothèse de normalité vaut aussi bien pour les prémisses factuelles (normalement, lorsque je dis : « je promets », je fais, ou j'ai l'intention de faire, une promesse) et pour les prémisses normatives (normalement, lorsque je fais une promesse, je dois la tenir). Cela s'explique par le fait que $>$ peut s'employer au sein d'expressions déontiques comme au sein d'expressions non déontiques (modales aléthiques, doxastiques, etc.). Selon Asher et Bonevac¹⁸⁸, le raisonnement normatif contient donc à la fois des généralisations factuelles et des généralisations normatives, qui correspondent à chaque fois à une hypothèse de normalité particulière. Si je mets à jour mon stock d'informations factuelles de telle manière qu'il est impossible de le normaliser (par exemple, Marcel était fou et n'avait donc pas l'intention de faire une promesse), alors l'inférence « *Marcel doit tenir sa promesse* » à partir des prémisses {*Marcel a dit : « je promets » ; Marcel est fou ; normalement lorsque x dit « je promets », il fait une promesse ; lorsque x est fou, il ne fait pas de promesse ; normalement, lorsque x fait une promesse, il doit la tenir*} n'est pas une inférence valide. – On suppose que, dans les mondes normaux, « Marcel est fou » est faux. Il en va de même lorsqu'on ajoute une prémisses normative (« *si tenir sa promesse implique de ne pas venir en aide aux victimes d'un accident, alors on ne doit pas tenir sa promesse* »). L'inférence à partir d'un ensemble de prémisses donné, eu égard à un certain état de l'information disponible, est donc non monotone.

3. Raisons pro tanto, obligations *prima facie*, règles *ceteris paribus*

Dans un article récent¹⁸⁹, Kent Hurtig entend réfuter que les obligations *prima facie* soient défaisables ou qu'elles requièrent une logique non monotone, ce que Hurtig tient pour équivalent. On va se contenter uniquement du problème de la défaisabilité du raisonnement moral à partir d'obligations *prima facie*, même s'il va de soi que, pour les auteurs que l'on vient d'étudier, la manière la plus simple de modéliser cette défaisabilité est de recourir à une logique non monotone.

187 Asher et Bonevac, 1996, p. 31 sq.

188 Asher et Bonevac, 1996, p. 32.

189 Hurtig, 2007.

L'argument de Hurtig est le suivant. Si on admet (comme Nute, Chisholm, Asher, Bonevac etc. le supposent) que les obligations *prima facie* sont des raisons *pro tanto*¹⁹⁰, alors il est impossible de dire qu'elles sont défaisables (au sens de la logique non monotone) ; en effet les raisons demeurent, bien qu'elles aient été surpassées. Lorsque ma raison *pro tanto* d'aller voir mon ami à qui j'ai promis de lui rendre visite est surpassée par une raison plus forte (par exemple, venir en aide aux victimes d'un accident), ma raison de tenir ma promesse ne disparaît pas¹⁹¹. Pour le dire autrement, alors que l'information nouvelle m'apprenant que Tweety est un pingouin infirme mon assertion selon laquelle Tweety vole, l'information nouvelle m'apprenant que je dois venir en aide aux victimes de l'accident n'invalide pas ma raison de tenir ma promesse. Elle l'invaliderait si tenir ma promesse ne faisait pas l'objet d'une raison *pro tanto*, mais constituait une obligation tout bien considéré – ce qui, par hypothèse n'est pas le cas. Par conséquent, la formule d'une obligation *prima facie* est : « si A a une raison de ϕ et ce n'est pas le cas que A a une raison plus forte de ne pas faire ϕ , alors A doit faire ϕ »¹⁹² ; cette formule, que l'on va appeler *formule de Hurtig*, est la définition fonctionnelle d'une raison *pro tanto* ; selon Hurtig, elle n'a pas une « structure non monotone ».

L'argument de Hurtig est cependant empreint d'une certaine confusion ; Hurtig parle à plusieurs reprises de « structure non monotone », sans s'apercevoir que ce qui a une structure non monotone est la logique (ou plutôt le métalangage d'une logique) permettant de modéliser un certain type de raisonnement, le raisonnement défaisable. Un raisonnement est défaisable si l'ajout de nouvelles informations *dans les prémisses* empêche de dériver la *conclusion*. Or c'est précisément ce que, sauf à confondre conditions négatives et exceptions, la formule de Hurtig décrit. En effet, selon Hurtig lui-même, l'énoncé « A a une raison *pro tanto* de ϕ » est la *prémisse* du raisonnement moral ; « A a l'obligation de ϕ » en est la *conclusion*. Or, en l'absence de toute information sur les raisons contraires, cette conclusion n'est pas l'énoncé d'une obligation tout bien considéré, mais seulement l'énoncé d'une obligation *ceteris paribus*.

Le raisonnement instancié par la formule de Hurtig est défaisable, dans la mesure où, s'il ne l'était pas, il faudrait, avant de pouvoir agir, chercher à déterminer l'ensemble des circonstances de l'acte. Il serait impossible d'agir si, au préalable, il nous fallait déterminer qu'aucune autre raison (de poids supérieur) pèse sur notre action. C'est précisément cela que désigne l'expression *raison pro tanto* : une raison d'agir qui vaut jusqu'à ce qu'une raison d'agir en sens contraire intervienne dans le raisonnement. Cette raison, par hypothèse, est absente des prémisses de mon raisonnement lorsque je conclus, de ce que j'ai une raison de ϕ , que j'ai l'obligation de ϕ .

Or en reconnaissant que l'énoncé des raisons figure dans la prémisse du raisonnement¹⁹³ (dans l'antécédent de la règle d'inférence), Hurtig sape les fondations de

190 Hurtig reconnaît que c'est la seule lecture possible des obligations *prima facie* (voir Hurtig, 2007 p. 601).

191 Hurtig, 2007, p. 602.

192 Hurtig, 2007, p. 603.

193 On remarquera que c'était déjà le cas chez Chisholm (à supposer que l'on remplace « requires » par « est une raison pour », comme le suggère Raz dans Raz, 1974, p. 34) : si p requiert q, alors si p, on *doit*

son argument. A aucun moment en effet, la défaisabilité du raisonnement n'entraîne une contraction du stock de prémisses ; elle procède au contraire de son augmentation. Par conséquent, lorsque la conclusion selon laquelle « A a l'obligation de ϕ » est invalide, cela n'invalide nullement le fait que « A a une raison de ϕ ». De même, de ce que Tweety est un oiseau, je peux conclure que Tweety vole, mais lorsque cette conclusion est défaite, je n'ai pas de raison de retrancher la prémisse « Tweety est un oiseau ». Autrement dit, ce ne sont pas les *raisons* qui sont défaisables, mais le *raisonnement* à partir de ces raisons. Les raisons, elles, sont *surpassables* par des raisons de poids supérieur.

Ce point doit nous permettre de clarifier les relations entre raisons *pro tanto*, obligations *prima facie* et défaisabilité. En effet, on a indiqué brièvement plus haut que la notion de raison épistémique *prima facie* importée de la théorie de Pollock n'était pas satisfaisante, ou, plutôt, qu'il était peu satisfaisant d'y voir le reflet épistémique du concept moral ou pratique d'obligation *prima facie* – Pollock en a d'ailleurs proposé une application au raisonnement moral¹⁹⁴ qui ne fait à aucun moment référence aux obligations *prima facie*. Chez Pollock, le fait que *Tweety* soit un oiseau nous donne une « raison *prima facie* » de croire que *Tweety* vole. « X me semble rouge » est une raison *prima facie* de croire « X est rouge » – on va appeler cela la « formule de Pollock ».

Jusqu'ici il semble que nous ayons une analogie à l'inférence morale : « le fait de promettre me donne une raison *pro tanto* de tenir ma promesse ». Or, alors qu'à partir de cette première inférence, on peut déduire *défaisablement* que l'on *doit* tenir sa promesse, rien de tel n'intervient en matière de raisons épistémiques : de ce que nous avons une raison de croire que « X est rouge » nous ne saurions inférer que nous avons l'*obligation* de croire que « X est rouge ». Alors qu'en matière de raisonnement moral, nous avons deux inférences (du fait à la raison ; de la raison à l'obligation), le raisonnement épistémique se comprend d'une seule inférence : « X me semble rouge donc X est rouge ».

Or la conclusion de l'inférence épistémique est : « X est rouge », et non « j'ai une raison de croire que X est rouge ». Ce que décrit, dans l'inférence épistémique, l'expression « est une raison *prima facie* de croire que » n'est rien d'autre que l'*inférence* elle-même. On peut reformuler la formule de Pollock ainsi : « X me paraît rouge ; donc X est rouge » ; « est une raison *prima facie* de croire que » n'est rien d'autre que le développement de « donc ». Lorsque survient une information nouvelle, alors elle me fournit une raison de croire que « X n'est pas rouge » (*rebutter*) ou tout au moins de douter du bien-fondé de l'inférence (*undercutter*). Ici, le fait que la conclusion « X est rouge » soit défaite empêche que « X semble rouge » continue à être une raison valable de croire que « X est rouge » ; elle ne peut plus l'être puisque l'inférence n'était pas valable au départ.

faire en sorte que q . Cette inférence est valide, mais elle est défaisable, dans la mesure où « p requiert q » (la *prémisse* du raisonnement) est surpassable par une autre « exigence ».

194 Voir Pollock, 1986, p. 512 *sq.*

Au contraire, dans l'inférence morale, « est une raison *pro tanto* de (faire en sorte que) » désigne l'*objet* et non la *structure* du raisonnement, qui figure dans la conclusion de la première inférence : « si je promets de ϕ alors j'ai une raison *pro tanto* de ϕ » et dans la prémisse de la seconde inférence, qui est la formule de Hurtig rendue défaisable : « si j'ai une raison *pro tanto* de ϕ alors j'ai, défaisablement, l'obligation de ϕ ». Cette formule s'entend comme une règle d'inférence comprenant une clause *ceteris paribus* (ou, en raccourci, une règle *ceteris paribus*). Une obligation *prima facie* est créée par une règle *ceteris paribus* ; autrement dit une obligation *prima facie* est une obligation que l'on a *prima facie* sur la base des raisons que l'on sait s'appliquer à notre action. Cette obligation « devient » absolue ou réelle dès lors que l'on a bien pesé les raisons en jeu, *i.e.* qu'on a « fait le tour » des aspects moralement (ou normativement) pertinents de l'acte. Tout bien considéré, on a alors l'obligation de ϕ . En revanche, si, dans la pesée des raisons, une raison de non- ϕ *surpasse* la raison de ϕ , alors je n'ai plus l'obligation de ϕ . C'est donc la surpassabilité des raisons qui occasionne la défaisabilité du raisonnement.

On peut certes synthétiser les deux inférences morales de la sorte : « si je promets de ϕ , alors j'ai, *prima facie*, l'obligation de ϕ ». Mais la conclusion ne peut être défaite que si (et seulement si) j'ai une *raison* de non- ϕ : le défaiseur est la raison de non- ϕ , et non le fait qui me donne une raison de non- ϕ . Si on reprend l'exemple ci-dessus, mon obligation de tenir ma promesse de visite n'est pas défaite par le fait qu'il y a un accident, mais par le fait que cet accident me donne une raison de venir en aide aux victimes, ce qui est momentanément incompatible avec le fait de tenir ma promesse. Après tout, si cet accident a eu lieu à mille kilomètres, il ne me donne nullement une raison de ne pas tenir ma promesse (sinon, les excuses seraient un peu faciles !). En revanche, ce qui défait ma croyance que « X est rouge », c'est le *fait* que X soit bleu (*rebutter*), ou le *fait* que X soit éclairé par une lumière rouge (*undercutter*), et non le fait que j'ai une raison de croire que X est bleu.

Pour résumer : dans le raisonnement épistémique, la « pesée des raisons » se confond avec l'inférence elle-même ; pour le dire autrement, un raisonnement épistémique défaisable est un raisonnement où l'*inférence* ne vaut que *prima facie*. Dans le raisonnement pratique au contraire, c'est la *conclusion* qui vaut *prima facie* : une obligation *prima facie* est une obligation qui vaut *prima facie*, ou que l'on a *prima facie*. D'une raison *pro tanto*, dégagée à l'issue d'une première inférence, on peut inférer une obligation, en vertu de notre règle *ceteris paribus*. — Hurtig a donc raison de faire des raisons les prémisses du raisonnement, mais il a tort de nier que ce dernier soit défaisable (on laisse la non-monotonie de côté, étant donné que c'est un problème distinct). L'obligation est la *conclusion* du raisonnement, mais il ne peut s'agir que d'une obligation défaisable, *i.e.* valant *prima facie*.

On peut remarquer que ce modèle n'est pas identique à celui de Chisholm tel qu'on l'a résumé plus haut. Chez Chisholm, « obligation *prima facie* » est le nom donné aux raisons *pro tanto* elles-mêmes (ou, selon les termes de Chisholm, aux exigences), « obligation absolue » étant le nom ce que l'on doit faire sur la base de ces raisons. Au contraire, selon nous, les raisons *pro tanto* donnent naissance à des obligations

prima facie et qui correspondent à ce que l'on doit faire sur la base des informations disponibles relativement aux raisons de notre action. Lorsqu'il est impossible que l'on a pesé les raisons et que la raison n'est pas surpassée, alors cette obligation devient une obligation *absolue* ou *tout bien considéré* : par exemple si A est une raison *pro tanto* de ϕ , que B soit une raison de non- ϕ , et que seul B pourrait surpasser A, et si je sais que non-B, alors j'ai une obligation tout bien considéré de ϕ .

On remarquera que ce raisonnement ne peut être défait, bien que A soit une raison *pro tanto*, i.e. une raison *surpassable*. Autrement dit, il convient, contrairement à Chisholm, de distinguer la surpassabilité des *raisons* (i.e. leur caractère *pro tanto*) et la défaisabilité du *raisonnement* à partir de ces *raisons*. Le raisonnement est défaisable si les raisons sont surpassables, mais la converse ne tient pas. Dès lors que parmi les prémisses du raisonnement figure l'énoncé selon lequel la raison n'est pas *surpassée*, alors le raisonnement n'est plus *défaisable*. – Tout ceci implique que l'on puisse « faire le tour » des raisons, ce que suppose le modèle contrefactueliste de Ross. – Si le raisonnement est défaisable, alors l'obligation ne vaut que *prima facie* ; s'il n'est plus défaisable, alors l'obligation vaut *tout bien considéré*. Dans les deux cas, les raisons sont des raisons *pro tanto*.

III. MÉTARÈGLES ET PRIORITÉS

Les obligations *prima facie* sont un outil théorique intéressant dans la mesure où elles ont une double caractéristique qu'il est pourtant difficile de tenir ensemble : en premier lieu, l'obligation *prima facie* suppose, ou plutôt implique que, les conflits d'obligations, et plus largement les conflits normatifs, sont toujours solubles ; en second lieu, la résolution des conflits ne provient pas de l'existence d'une clause, spécifique ou générale, d'exception ; il suffit qu'existe une clause *ceteris paribus*, correspondant à une *hypothèse de normalité*, l'anormalité des cas exceptionnels se décidant au cas par cas. Il faut prendre garde au fait qu'une clause *ceteris paribus* n'est pas une clause générale d'exception. En effet, une clause générale d'exception (qui fait sens dans un contexte juridique ou para-juridique, mais pas dans un contexte moral) suppose que la détermination des propriétés pertinentes des « choses non égales par ailleurs » (i.e. des propriétés qui sont pertinentes pour qu'on reconnaisse ces choses comme des « exceptions ») est automatique. La méthode la plus commune consiste à préciser une *source* possible d'exception, c'est-à-dire généralement une source identique à celle dont procède la règle à laquelle il est fait exception. C'est la raison pour laquelle les clauses générales d'exception concernent des exceptions *explicites*¹⁹⁵ : des exceptions qui sont explicitement présentes au sein du corpus de règles considéré, même si elles ne sont pas

195 Ce qui ne veut pas dire que les clauses d'exception elles-mêmes soient toujours explicites ! Il peut y avoir des clauses implicites d'exception (par hypothèse des clauses générales, puisqu'une clause spécifique se confond avec l'énoncé des exceptions elles-mêmes), mais elles concernent des exceptions *explicites* (explicitement prévues par d'autres règles) du système considéré.

explicitement présentes au sein de la règle elle-même¹⁹⁶, qui, par hypothèse, possède une clause *générale* et non spécifique d'exception. En revanche, une clause *ceteris paribus* n'indique nullement les propriétés pertinentes de l'exception ; est de prime abord exceptionnel tout ce qui est anormal. Afin de déterminer quelles sont ces propriétés pertinentes de l'exception il faudra se fonder uniquement sur la balance des raisons ; si une raison l'emporte sur une autre, alors les propriétés pertinentes de l'exception sont les traits moraux de l'acte qui revêtent le plus d'importance dans la balance des raisons. Le fait de porter secours à autrui est une propriété pertinente pour que l'on déroge à la règle qui veut, *ceteris paribus*, que l'on tienne ses promesses *parce que* la raison de porter secours l'emporte sur la raison de tenir sa promesse. Si cette raison l'emporte, c'est en raison des faits qui la font naître : l'accident est un accident grave, requérant des soins immédiats. S'il s'agit d'un banal accident de roller dont la « victime » ressort avec de petites éraflures, alors ma raison de porter secours ne l'emporte plus sur ma raison de tenir ma promesse. Par conséquent, la détermination de ce qui est ou non une exception à la *règle* dépendra ultimement des *circonstances* elles-mêmes, c'est-à-dire des exceptions-faits. Par contraste, l'application d'une clause générale d'exception dépend d'une exception-disposition¹⁹⁷. — Lorsque dans la prochaine partie on envisagera la question de la défaisabilité des *règles* juridiques, la question qui se posera sera en particulier celle de savoir si les règles juridiques comportent des clauses *ceteris paribus* ; personne ne nie que les règles juridiques, ou tout au moins, certaines d'entre elles, comportent des clauses générales d'exception. On va donc mettre provisoirement de côté le problème des règles *ceteris paribus* et des obligations *prima facie*, dans la mesure où leur importation en théorie du droit est pour le moins controversée.

En effet, il existe des cas, très nombreux, où l'on peut se demander si une règle juridique particulière comporte bien une clause générale d'exception. C'est le cas lorsqu'on a affaire à un conflit non résolu de règles : dans ce genre de situations, il est *a priori* impossible de dire si l'une des deux règles a une telle clause ou bien si elles n'en ont toutes deux pas une, et ainsi de suite¹⁹⁸. Dans ces circonstances, il est impossible de construire un défaut semi-normal (cf. *supra*) et l'on se retrouve dans le cas du diamant de Nixon.

A. « Dérogation »

Face à cette situation, on a typiquement deux solutions¹⁹⁹ : la première consiste à « transformer » le cas en cas-limite, et à interpréter les deux normes de manière à les rendre consistantes (technique coutumière des juristes) ; la seconde consiste à tenir les deux règles pour également valides, et à chercher une manière de résoudre le conflit

196 Et même si elles sont énoncées très longtemps après que la première règle, celle dotée d'une clause générale d'exception, a été elle-même énoncée.

197 On reprend ici l'heureuse distinction de Sartor, déjà introduite plus haut.

198 Voir Hage, 2000b, p. 379 *sq.*

199 Voir là-dessus Sartor, 1992, p. 212.

en priorisant une règle sur l'autre²⁰⁰. Comme on l'a souligné plus haut, le droit positif comporte, de façon coutumière, des métarègles à cette fin, à savoir *Lex specialis derogat generali*, *Lex posterior derogat priori* et *Lex superior derogat inferiori*²⁰¹. Il convient d'effectuer un certain nombre de remarques au sujet de ces métarègles.

La première porte sur l'interprétation du latin « *derogat* ». Le terme français « déroger » et ses dérivés sont, dans la langue juridique comme dans la langue courante, non ambigus : une dérogation est *grosso modo* la même chose qu'une exception²⁰², *i.e.* qu'une exception-disposition. On pourrait trouver des nuances sémantiques : la dérogation désigne généralement l'action d'excepter, tandis que l'exception(-disposition) est le résultat de cette action. On a admis jusqu'ici que l'exception affecte l'*applicabilité* de la règle : si une disposition quelconque déroge à une règle de droit commun, alors celle-ci n'est pas (plus) applicable aux cas régulés par la disposition en question. En revanche, en anglais, en allemand ou en espagnol, « dérogation » (*derogation*, *Derogation* ou *derogación*) est à la limite d'un faux-ami, dans la mesure où il signifie quelque chose comme une *abrogation*. Kelsen l'emploie en ce sens²⁰³, mais aussi, entre autres²⁰⁴, Alchourrón, Bulygin²⁰⁵ – ces deux auteurs ayant d'ailleurs attiré l'attention sur les problèmes logiques présentés par l'abrogation, entendue comme acte normatif. L'interprétation courante consiste à faire de la dérogation une abrogation *partielle* (là où abrogation *simpliciter* signifie abrogation totale)²⁰⁶, ce par quoi on entend le fait que la règle est abrogée uniquement en tant qu'elle s'applique aux cas exceptés. Et c'est d'ailleurs probablement ce sens qu'a le terme en latin dans les locutions énoncées ci-dessus²⁰⁷.

200 Selon certains auteurs, la morale comprend (ou devrait comprendre) également des règles de priorité, analogues aux métarègles juridiques. Voir en particulier Baier, 1958, p. 99 *sq.*

201 Un exemple élégant de formalisation de ces règles, ainsi que des méta-métarègles de résolution des conflits de métarègles se trouve dans Prakken, 1997, p. 210 *sq.*

202 De manière générale l'exception et la dérogation sont globalement synonymes, même si la dérogation a tendance à désigner une exception particulière, propre à un cas individuel. Si on se reporte au *Vocabulaire juridique* du professeur Cornu, on trouve les définitions suivantes :

« **Dérogation** : – 1. Action d'écarter l'application d'une règle dans un cas particulier ; (...) la dérogation (...) s'oppose en ce sens à l'exception (sens 1 *b*) en ce qu'elle n'arrache à la règle qu'un seul cas concrètement déterminé. – 2. Parfois synonyme d'exception (sens 1 *b*) » (Cornu, 2005, p. 294) ; « **Exception** : – 1 Action d'excepter et résultat de cette action. *a/* Parfois synonyme de dérogation (sens 1) (...) ; *b/* Plus souvent (et plus proprement) cas soumis à un régime particulier par l'effet d'une disposition spéciale dérogeant à la règle générale » (Cornu, 2005, p. 374).

203 Kelsen, 1996, p. 139 *sq.* Dans leur avant-propos à la *Théorie générale des normes*, les traducteurs, Fabrice Malkani et le professeur Olivier Beaud, écrivent : « La principale difficulté a consisté à rendre le mot *Derogation* et le verbe *aufheben*, ainsi que le substantif dérivé *Aufhebung* que Kelsen emploie simultanément. Le terme de *Derogation* tel que l'utilise Kelsen doit être traduit par « abrogation » (c'est donc un faux-ami), mais le verbe *aufheben* désigne également, dans la logique des normes, la fonction d'abroger » (Kelsen, 1996, p. viii).

204 Voir par exemple Aguilo Regla, 1992 ; Navarro, 1993 ; Gascon Abellán, 1994.

205 Parmi de multiples exemples, voir Alchourrón, 1982 ; Alchourrón et Bulygin, 1976, p. 10 *sq.* ; Bulygin, 1985, p. 158 ; Bulygin, « Tiempo y validez » in Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 197.

206 Voir par exemple Garner, 2009, p. 509.

207 Le *locus classicus* (cité par Kelsen, 1962b, p. 349 ; Kelsen, 1996, p. 149) est un passage de la *République* de Cicéron où celui-ci distingue entre « déroger quelque chose d'une loi » (*derogari aliquid ex hac*

Ce point de sémantique juridique a de l'importance, dans la mesure où l'inapplicabilité d'une loi est une chose différente de son invalidité (*i.e.* le résultat de son abrogation)²⁰⁸. Il faut donc se poser une question non plus terminologique, mais théorique : l'application d'une métarègle entraîne-t-elle l'invalidité de la norme défaite à l'issue du conflit ou seulement son inapplicabilité ? Le simple fait de poser cette question suppose que, quelle que soit la réponse, on admette que deux normes conflictuelles puissent être également valides. Si on fait de l'usage des métarègles une nécessité logique (thèse soutenue par Kelsen avant 1962, cf. *supra*), il en résulte que l'issue de leur application est nécessairement la reconnaissance de l'invalidité de l'une des deux règles. Dans ce cas, l'invalidité est pour ainsi dire *déjà là* et la science du droit ne fait que la « découvrir » dans sa reconstruction du système juridique. La question qui se pose, en revanche, est de savoir si l'usage des métarègles par les autorités juridiques (le législateur, les juges, etc.) a pour effet d'entraîner *ex post* l'invalidité de la norme défaite ou seulement son inapplicabilité ?

On peut commencer par se demander ce que signifie l'expression « abrogation partielle ». Intuitivement, cette expression ne fait sens que si le conflit est total-partiel ou partiel, dans la terminologie d'Alf Ross ; si le conflit est total, alors l'abrogation ne peut être « partielle », puisque les deux règles conflictuelles ont exactement le même scope. Prenons, par exemple, les règles R_1 : *pour tout x, si x est une personne et si x donne la mort à autrui et si x le fait volontairement, alors x doit être puni* ; R_2 : *pour tout x, si x est une personne et si x est un mineur, alors x ne doit pas être puni*. Il s'agit d'un conflit partiel au sens de Ross, dans la mesure où il n'intervient qu'à l'intersection des ensembles définis respectivement par les propriétés : *personne, homicide, volontaire et personne, mineur, i.e.* lorsqu'un mineur commet un homicide volontaire. On suppose qu'en vertu d'une métarègle, R_2 sort victorieux du conflit – par exemple en vertu de *Lex Specialis*, qui s'applique surtout aux conflits totaux-partiels mais trouve parfois à s'appliquer dans des conflits partiels – et par conséquent que R_2 « abroge partiellement » R_1 . Pour ce faire, il faut d'abord procéder à la reformulation de R_1 en développant « personne ». On obtient R_{1a} , qui est une reformulation correcte de R_1 : *pour tout x, si x est majeur ou si x est mineur et si x donne la mort à autrui et si x le fait volontairement, alors x doit être puni*. À partir de R_{1a} , on obtient R_{1b} : *pour tout x, si x est majeur et si x donne la mort à autrui et si x le fait volontairement, alors x doit être puni* ; et R_{1c} : *pour tout x, si x est mineur et si x donne la mort à autrui et si x le fait volontairement, alors x doit être puni*, qui sont les conséquences logiques de R_{1a} , qui est elle-même une conséquence logique de R_1 . On supprime alors R_{1c} . Si le « *derogat* » de *Lex Specialis* signifie « abrogation ou abolition partielle », alors on a là une reconstruction de la procédure implicite suivie lors de l'édiction simultanée ou successive de R_1 et R_2 . Il s'agit de l'élimination non de la règle « dérogée » elle-même, mais d'une conséquence logique de la

[*lege*] et « l'abroger en son entier » (*tota abrogari*) ; voir Cicéron, 1991, p. 67 – à noter que la traductrice, Esther Bréguet, surtraduit légèrement « *ex hac derogari* » (Cicéron emploie une tournure passive) par « ne pas en appliquer une disposition ».

208 Bentham semble être de l'avis contraire : une disposition créant une exception à une *law* est destructive *pro tanto* de cette *law* (Bentham, 1970a, p. 129).

règle. Comme Alchourrón et Bulygin y ont souvent insisté²⁰⁹, le système juridique est déductivement clos (ce qui ne veut pas dire qu'il soit normativement clos, bien sûr) : il comprend toutes les normes lui appartenant ainsi que toutes leurs conséquences logiques. L'abrogation partielle s'entend donc comme l'abrogation d'une conséquence logique d'une norme.

Selon Kelsen, au contraire, la notion d'abrogation (ou d'abolition) partielle repose sur une confusion. Dans la *Théorie générale des normes*, Kelsen définit la *Dero-gation* (terme allemand) comme la suppression de la validité d'une norme²¹⁰, raison pour laquelle les traducteurs français traduisent à juste titre ce terme par *abrogation*. Selon Kelsen, cette *Dero-gation* peut intervenir dans deux cas : soit par une norme abrogatoire expresse, *i.e.* une norme dont la seule fonction est de supprimer une norme valide jusqu'alors ; soit en cas de conflit de normes (aucune des deux normes n'étant abrogatoire de l'autre). Dans ce cas, selon Kelsen, soit aucune des métarègles n'est applicable et le conflit demeure irrésolu ; soit une métarègle est applicable (Kelsen se concentre uniquement sur *Lex Posterior*) et le conflit est résolu par l'abrogation (*Dero-gation*) d'une des deux normes²¹¹ par l'autre. Kelsen insiste d'ailleurs sur le fait que la seconde règle *n'est pas* une norme abrogatoire, *i.e.* une norme dont l'unique fonction est d'abroger une autre norme²¹², car une norme abrogatoire ne crée aucun conflit avec la norme qu'elle abroge.

Se penchant sur la distinction latine entre *abrogatio* et *derogatio*, Kelsen rappelle que traditionnellement elle porte sur le caractère partiel ou total de l'abolition (*Aufhebung*, traduit par *repeal* en anglais²¹³). Selon Kelsen, la notion « d'abolition partielle » est une notion confuse, c'est pourquoi il emploie *Dero-gation* au sens d'abolition totale. Par abolition partielle on peut en effet entendre deux choses : soit (ce qui est une forme simplifiée de la procédure détaillée plus haut) on abolit totalement la norme et on la remplace par une norme différente, partiellement identique²¹⁴ à la norme abolie, ou plutôt, dont la validité a été abolie ; soit ce qu'on abolit partiellement est en réalité une « loi », c'est-à-dire un *ensemble* de normes (énoncées au sein d'un même texte), auquel cas on abolit totalement l'une des normes de la loi²¹⁵. Dans les deux cas, l'idée d'abolition partielle suppose une doctrine erronée de l'individuation des normes. Par conséquent, il n'y a pas de distinction entre *derogatio* et *abrogatio* : dans les deux cas on abolit totalement une norme et on la remplace par une autre.

209 Voir, par exemple, Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 185 ; Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 129, p. 163, p. 219, etc. Alchourrón et Bulygin emploient l'opérateur tarskien de conséquence Cn , tel que $Cn(A)$ est l'ensemble des conséquences logiques de A . Par définition A est inclus (de manière non-strict) dans $Cn(A)$.

210 Kelsen, 1996, p. 140. Ce passage est une reprise de Kelsen, 1962b, p. 345 *sq.*

211 Kelsen, 1996, p. 142.

212 Kelsen, 1996, p. 165.

213 Kelsen, 1991, p. 110.

214 Kelsen, 1996, p. 147.

215 Kelsen, 1996, pp. 148-149.

Selon Kelsen, que le conflit soit total, partiel ou total-partiel (au sens de Ross), la solution du conflit est toujours l'abrogation totale de la norme défaite (*i.e.* l'abolition de sa validité), et son remplacement par une norme compatible avec la norme victorieuse. Cela semble aller de soi en matière de conflit total (au sens de Ross, et non de Kelsen, cf. *supra*). Si le législateur en t_1 énonce : « si A alors OB » et en t_2 « si A alors $O\sim B$ », et que le système juridique comprend²¹⁶ une métarègle telle que *Lex Posterior*, alors il semble bien qu'en t_2 la règle *si A alors OB* ne soit plus valide, *i.e.* n'appartienne plus au système juridique considéré. En matière de conflit partiel ou total-partiel, selon une telle conception, la solution du conflit ne crée pas une exception à une règle demeurant valide, mais remplace cette dernière par une nouvelle règle. Or le fait que les mineurs ne soient pas punissables ne constitue nulle exception à la règle qui veut que les majeurs commettant un homicide volontaire soient punis. – Il faut insister ici sur le fait que, selon Kelsen, ce n'est pas la *formulation* de la règle qui est remplacée par une autre formulation, mais la règle elle-même. En effet la *formulation* demeure dans les textes, les codes, etc. jusqu'à ce que la règle soit formellement abrogée (par une norme abrogatoire). Par conséquent, on n'a pas affaire au remplacement de la *formulation* « les personnes qui commettent un homicide volontaire doivent être punis » par la formulation « les personnes qui commettent un homicide volontaire doivent être punis *sauf les mineurs* », mais au remplacement d'une règle par une autre règle²¹⁷ : la première régule les *cas* définis par les propriétés *personne, homicide, volontaire* ; la seconde régule les *cas* définis par les propriétés *non mineurs (i.e. majeurs), homicide, volontaire*.

L'exception suppose conceptuellement que la règle à laquelle il est « dérogé » demeure valide – et que ce soit la même règle qu'auparavant. Si, donc, le « *derogat* » des formules latines énonçant les métarègles signifie « abrogation »²¹⁸, alors la résolution d'un conflit de normes au moyen de ces métarègles ne crée aucune exception – que cette abrogation soit partielle au sens d'abrogation d'une conséquence logique de la règle ou soit une abrogation *tout court* comme Kelsen y a insisté. Si c'est le cas, alors l'étude des conflits normatifs ne nous avance en rien dans une meilleure compréhension du rôle des exceptions au sein du raisonnement normatif. Il n'en va en revanche pas ainsi si le résultat de la dérogation n'est pas l'invalidité de la norme défaite à l'issue du conflit, mais son inapplicabilité.

A l'appui d'une telle lecture, on peut commencer par envisager l'adage *Lex superior* – que Kelsen n'étudie pas explicitement. Supposons qu'une autorité ait énoncé une règle de rang législatif telle que *si A alors OB* et qu'une autre autorité ait énoncé une règle de rang réglementaire *si A alors O~B*. Dans l'exemple évoqué ci-dessus, où s'applique la règle *Lex posterior*, c'est la même autorité qui édicte les deux règles et on peut comprendre qu'une règle postérieure, fonctionnellement, abroge une règle

216 Il faut se souvenir que Kelsen insiste (à juste titre) sur le fait que *Lex posterior* est un principe de droit positif, et non une nécessité logique – thèse déjà défendue dans Kelsen, 1962b, p. 354 *sq.*

217 Sur la différence entre abrogation d'une formulation normative et abrogation d'une norme, voir Alchourrón et Bulygin, 1976, p. 11.

218 Il ne fait aucun doute, rappelons-le, que c'est bien le sens que ce terme revêt en latin.

antérieure – de sorte qu’il sera aisé, pour le juge, de ne prendre en considération que la règle postérieure. Mais ici, ce n’est pas la même autorité qui énonce les deux règles, et c’est le juge qui doit résoudre le conflit. On est alors tenté d’indiquer que le règlement, entrant en conflit avec une règle législative ou de rang législatif, est nul. Or Kelsen ne saurait succomber à cette tentation, puisque qu’aux termes de la *Théorie pure du droit* explicitement réitérés dans la *Théorie générale des normes*²¹⁹ : « pas de nullité sans annulation »²²⁰ – on a d’ailleurs vu dans l’appendice à la première partie que la validité-appartenance devait être distinguée de la validité-conformité. Autrement dit, un règlement illégal n’est pas nul sans annulation par une juridiction compétente, de la même manière qu’une loi n’est pas inconstitutionnelle sans déclaration de non-conformité par une juridiction compétente²²¹.

Or il se peut qu’une juridiction applique l’adage *Lex superior* sans qu’elle ait formellement le pouvoir d’annuler le règlement illégal ou la loi inconstitutionnelle²²². Un bon exemple est le problème de l’exception d’illégalité (exception s’entend ici au sens *d’exciper* naturellement) devant les juridictions judiciaires en droit français. En vertu de l’arrêt *Septfonds* du Tribunal des conflits²²³, le juge judiciaire, devant lequel est soulevé une exception d’illégalité, doit soumettre au juge administratif une question préjudicielle ; si celui-ci conclut à l’illégalité du règlement, le juge judiciaire est tenu d’en écarter l’application. Le règlement est ce faisant rendu inapplicable, il n’est formellement annulé par aucune des deux juridictions²²⁴ ; pourtant, en écartant l’application du règlement, le juge a fait implicitement application de la règle *Lex Superior*. De manière générale, lorsqu’un juge écarte l’application d’une norme parce qu’elle est non conforme à une norme supérieure, cela n’entraîne pas nécessairement la perte de validité de cette norme, mais seulement son inapplicabilité.

Ce qui semble valoir pour *Lex posterior* ne vaut donc pas pour *Lex superior*, dont l’usage n’implique pas nécessairement la suppression de la validité de la règle « dérogée ». Mais il en va en réalité de même pour *Lex posterior* elle-même. On peut par

219 Kelsen, 1996, p. 164.

220 Kelsen, 1962a, p. 367 sq. Voir là-dessus, Aguilo Regla, 1991, p. 241. Pour une critique de Kelsen, voir Harris, 1986, p. 218.

221 Que cette compétence soit conférée par une norme ou auto-conférée par la juridiction elle-même ne change rien. L’exemple classique d’auto-habilitation est la décision de la Cour suprême américaine *Marbury v. Madison* – à ceci près que la Cour suprême n’a pas formellement le pouvoir d’annuler les lois inconstitutionnelles, mais seulement de les rendre inapplicables. D’autre part une juridiction habilitée à connaître du contentieux de la constitutionnalité des lois peut également s’auto-habiller partiellement en étendant les chefs d’inconstitutionnalité au-delà de ceux initialement prévus par la norme d’habilitation (comme c’est le cas dans la fameuse décision Liberté d’association du Conseil constitutionnel).

222 C’est un point sur lequel Uta Bindreiter a insisté à juste titre (Bindreiter, 2002, p. 147-152).

223 TC, 16 juin 1923, *Septfonds*. Il y a plusieurs exceptions au principe posé par la jurisprudence *Septfonds*. Ainsi les juridictions répressives sont, en matière d’illégalité, juges de l’action comme de l’exception ; il leur revient d’apprécier intégralement la légalité des règlements dont il doit assurer l’application (voir TC, 5 juillet 1951, *Avanches et Desmarests*). Même dans cette hypothèse, le juge judiciaire n’est pas compétent pour annuler un règlement illégal.

224 Seule une action en illégalité (un recours pour excès de pouvoir) devant la juridiction administrative peut annuler, i.e, rendre invalide un acte de l’administration.

exemple supposer une situation où deux autorités émettent des normes conflictuelles de même rang, mais qu'aucune des autorités ne soit habilitée à abroger les normes édictées par l'autre. Dans ce cas de figure, *Lex posterior* guide la décision de l'organe d'application, et ne concerne que l'applicabilité de la norme. Une norme postérieure ne peut abroger une norme antérieure avec laquelle elle entre en conflit que si elle est édictée par la même autorité ou par une autorité habilitée à abroger les normes édictées par la première. Mais cette opération est, en fin de compte, différente de celle prévue par la règle *Lex posterior*, si, du moins, le « *derogat* » y a le même sens que dans *Lex superior*. Toute définition de ce « *derogat* » étant stipulative, on va l'interpréter de manière uniforme²²⁵ dans chacune des trois métarègles de manière à en faire des règles d'applicabilité, ce qui ne veut pas dire qu'elles sont toujours utilisées de cette manière dans la doctrine, et plus largement, le discours juridique.

Selon cette lecture, les métarègles ont donc effet d'entraîner l'inapplicabilité²²⁶ totale ou partielle, en fonction de la nature du conflit, de la norme sortie défaite du conflit. De fait, la notion d'inapplicabilité partielle ne pose aucun des problèmes posés par celle d'abrogation ou d'invalidité partielle : une règle est partiellement inapplicable lorsque certains cas (ou sous-classes de cas) entrant dans le scope de la règle sont soustraits à son application. Autrement dit, les métarègles ont pour effet de créer, en cas de conflit partiel ou total-partiel des *exceptions*. Certes, il semble contre-intuitif d'affirmer que, par exemple, la non-conformité d'un règlement à une loi (ou à une norme de rang législatif, ou à tout le moins supra-réglementaire) crée une exception au règlement ; de même, il semble contre-intuitif d'affirmer que l'inconstitutionnalité d'une loi occasionne une exception à cette dernière. Mais en matière de non-conformité (surtout lorsque cette dernière fait l'objet d'un contrôle de validité), on a généralement tendance à prendre en compte des conflits *totaux* (y compris lorsqu'ils portent sur des parties d'un acte dont chacune correspond à une norme individuée) ; cependant *Lex Superior* peut également être utilisée pour résoudre des conflits totaux-partiels mettant en jeu des normes de rang hiérarchique différent. Ainsi, en contentieux constitutionnel américain, on a coutume de distinguer le *facial challenge*, c'est-à-dire le recours en inconstitutionnalité selon lequel la loi (ou l'article de loi) incriminée est *toujours* inconstitutionnelle, et le *as-applied challenge*, c'est-à-dire le recours invoquant l'inconstitutionnalité de la loi dans certains de ses cas d'application. Si le *as-applied challenge* est couronné de succès, le juge reconnaît l'existence d'un conflit partiel ou total-partiel,

225 Selon Giovanni Battista Ratti, au contraire, chaque métarègle emploie « *derogat* » en un sens différent : *Lex Superior* a pour effet d'invalider la norme inférieure (selon un concept de validité-conformité) ; *Lex Posterior* abroge la norme antérieure (l'abrogation étant entendue comme suppression de la validité-appartenance) tandis que *Lex Specialis* est le seul « critère de priorité » (ce par quoi on suppose que Ratti entend une règle d'applicabilité). Voir Ratti, 2013, p. 133. Cependant, l'exemple des *as-applied challenges* montre que quelque chose comme *Lex superior* est utilisé pour effectuer une « priorité », et on peut envisager des usages de *Lex posterior* qui n'ont pas pour effet d'abroger la norme antérieure, de sorte que la tripartition de Ratti est au moins aussi arbitraire que notre interprétation uniforme de *derogat*.

226 C'est ainsi que les considère également Bulygin ; voir Bulygin « Tiempo y validez », in Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 203 ; voir aussi Gascon Abellan, 1994, p. 856 ; Hage, 1996, p. 62 sq.

et la loi devient inapplicable seulement dans certains cas²²⁷. Aussi bien, en cas de conflit partiel ou total-partiel, *Lex superior* crée-t-elle une exception à la règle « dérogée ».

Cependant, en matière d'exceptions, *Lex specialis* joue un rôle privilégié. En cas de conflit total, elle n'y joue aucun rôle, mais un conflit total n'occasionne par définition aucune exception : dans ce cas, seules *Lex superior* ou *Lex posterior* (selon l'identité et le rang de l'autorité émettrice de normes) entrent en ligne de compte. Comme l'a noté Alf Ross, *Lex specialis* intervient souvent en conjonction avec *Lex posterior* dans les conflits totaux-partiels, surtout lorsque les exceptions sont promulguées après la règle principale²²⁸ (*i.e.* lorsque la règle « plus spécifique » est énoncée après la règle générale). Lorsque c'est l'inverse, *Lex specialis* et *Lex posterior* entrent en conflit : par exemple, une règle générale est édictée en t_1 , une règle plus spécifique (détaillant des exceptions) en t_2 , et la première règle est abrogée en t_3 et remplacée par une règle générale différente entrant également en conflit avec la règle de t_2 . Dans ce cas, la question de savoir si les exceptions (*i.e.* la règle de t_2) sont encore applicables ou non se résout en fonction des informations que possède l'organe d'application.

Selon Ross, en matière de conflit partiel, soit la règle *Lex posterior* s'applique (par exemple, parce que le législateur a eu l'intention qu'elle s'applique), soit elle ne s'applique pas et la résolution est laissée à la discrétion de l'organe d'application. En réalité, *Lex specialis* s'applique également en matière de conflit partiel. Reprenons les règles déjà prises comme exemples R_1 : *pour tout x si x est une personne et si x donne la mort à autrui et si x le fait volontairement, alors x doit être puni* ; R_2 : *pour tout x, si x est une personne et si x est un mineur, alors x ne doit pas être puni*. Sur le fondement de ces deux règles, en effet, il semble que nous ayons affaire à deux ensembles entrant en intersection (les personnes ayant commis un homicide volontaire ; les mineurs). En réalité R_2 ne s'applique évidemment pas à tous les mineurs ; il ne viendrait à personne l'idée de poursuivre un mineur qui n'a rien fait du tout. — On remarquera que ceci est une question d'interprétation. R_2 doit s'entendre (contextuellement) comme ayant une propriété de cas supplémentaire : « le fait d'avoir commis une infraction ». On obtient R_{2a} : *pour tout x, si x est une personne et si x est un mineur et si x commet une infraction, alors x ne doit pas être puni*²²⁹. On a donc en réalité un diagramme de Venn légèrement plus complexe que la simple intersection. En effet, la classe de cas régulée par R_1 et celle régulée par R_2 sont toutes deux incluses dans l'ensemble plus vaste des *personnes ayant commis une infraction*. Cette dernière fait l'objet d'une règle R_3 : de manière générale, *pour tout x, si x commet une infraction alors x doit être puni*, qui n'a pas besoin d'exister en tant que telle dans le système juridique, mais qui se déduit de l'existence de l'ensemble des règles spécifiques telles que R_1 qui définissent et régulent des infractions particulières. La règle R_2 entre en conflit total-partiel avec cette règle fictive

227 Voir sur l'opposition *facial/as-applied challenge*, Kreit, 2010. Dans la décision *Gonzales v. Carhart*, le juge Anthony Kennedy note : « *The proper means to consider exceptions is by as-applied challenges* » (550.U.S. 124 (2007), p. 167).

228 Ross, 1958, p. 131.

229 La flèche allant uniquement de gauche à droite, il est oiseux d'interpréter cette règle comme impliquant qu'un mineur ne commettant pas une infraction doit être puni.

R_3 et ce conflit peut être résolu par *Lex specialis*. Cela explique pourquoi, même sans aucune information relative à la séquence temporelle qui a vu l'édiction de chacune des règles, on reconnaîtra que la règle R_2 crée une exception à la règle R_1 et pas l'inverse, et on aura du mal à qualifier de discrétionnaire la décision du juge qui choisit de faire primer R_2 . Autrement dit, l'utilisation d'une métarègle dépend pour une bonne part de postulats interprétatifs partagés. Si un conflit est « purement » partiel, c'est-à-dire qu'on a affaire à une pure intersection de classes de cas non hiérarchisées au préalable par un postulat interprétatif, alors *Lex specialis* ne s'applique pas. Cependant, la décision du juge (discrétionnaire, ou sur le fondement de *Lex posterior* ou *Lex specialis*) créera bien une *exception* dans la mesure où elle restreindra le scope de la règle dérogée.

L'usage de *Lex specialis*, quand il est possible, permet d'identifier tout de suite les cas exceptionnels : ce sont ceux qui appartiennent à la classe incluse. Par exemple, si une règle prohibe les véhicules dans le parc et qu'une règle postérieure y autorise les ambulances, on saura tout de suite quelle classe de cas est exceptionnelle à quelle autre : l'inclusion d'une classe de cas dans l'autre est le critère de l'exceptionnalité, et indique, précisément quelle est la classe de cas à *exclure* de l'application de la règle sortie défaite du conflit. Mais *Lex superior* comme *Lex posterior* ont également une fonction « spécialisatrice » dans la mesure où, en cas de conflit partiel, ou de conflit total-partiel, elles permettent d'isoler les classes de cas à *exclure* de la règle défaite, même si le critère pour ce faire n'est pas la spécificité *ab initio* de la classe de cas qui se retrouve exclue, mais des critères extrinsèques, *i.e.* la postériorité et la supériorité.

Il y a néanmoins des cas de conflit total-partiel (ou en cas de conflit partiel avec postulat interprétatif de spécificité) où l'application de *Lex superior* et de *Lex posterior* ne *créent* pas d'exceptions à la règle défaite, mais entraînent son inapplicabilité totale. Il y a deux cas : le cas de conflit total-partiel concernant des normes de rang différent où la règle supérieure est également la règle générale ; elle entraîne l'inapplicabilité totale de la norme spéciale ; le cas de conflit total-partiel concernant des normes édictées diachroniquement, où la norme postérieure est la règle générale, et où *Lex posterior* l'emporte sur *Lex specialis*.

On trouvera ci-dessous un tableau des divers types de conflits et des usages les plus évidents des métarègles²³⁰. On a adopté, sans davantage de justification, l'idée que *Lex superior* l'emporte à chaque fois qu'elle entre en conflit avec une autre métarègle – en raison d'intuitions assez triviales en matière de hiérarchie des normes. On suppose donc l'existence d'une méta-métarègle : *Lex Superior l'emporte sur toute autre métarègle*. Lorsqu'il est nécessaire de les différencier, on indique par la lettre *G* la règle générale et par *S* la norme spéciale (qui peut être une règle spéciale ou une norme individuelle). L'indication « VERSUS » indique l'existence pour un même cas d'un conflit de méta-

230 Ce tableau s'inspire de celui dressé par Josep Aguilo Regla (Aguilo Regla, 1991, p. 240), inspiré de Juan Ruiz Manero (Ruiz Manero, 1990, p. 53), mais il en diffère par deux aspects : 1° il n'envisage pas d'autre méthode de résolution des conflits que les métarègles (contrairement à Aguilo Regla) ; 2° il est plus complexe quant à la caractérisation des différents cas (qui constitue la double entrée du tableau, tandis que, chez Aguilo Regla, ils ne représentent qu'une seule entrée, l'autre entrée étant occupée par les diverses méthodes de résolution du conflit).

règles ; les cases au-dessus et au-dessous de cette indication montrent les cas où les conflits de métarègles sont résolus, et indiquent la métarègle victorieuse. Le tableau ne représente donc pas les cas où les conflits de métarègles sont non résolus ; il n'indique pas davantage la méthode de résolution des conflits de métarègles, qui peut intervenir soit grâce à l'existence d'une méta-métarègle (par exemple *Lex posterior l'emporte toujours sur Lex specialis*, ou vice versa), soit en raison d'éléments contextuels et de choix interprétatifs. Il est à noter que les cas où les conflits normatifs primaires ne sont résolus par l'application d'aucune métarègle sont assez peu nombreux.

Enfin, on indique par un astérisque (*) les cas où l'application d'une métarègle crée une exception à la règle défaite. On remarquera que *Lex specialis* y joue un rôle prédominant.

	Normes de même rang		Normes de rang différent	
	DIACHRONIQUE	SYNCHRONIQUE		
Conflit total	<i>Lex posterior</i>		<i>non-résolu</i>	<i>Lex superior</i>
Conflit total-partiel ou Conflit partiel avec postulat de spécificité	<i>S</i> est postérieure <i>Lex specialis*</i>	<i>G</i> est postérieure <i>Lex posterior</i>	<i>Lex specialis*</i>	<i>S</i> est supérieure <i>Lex superior*</i>
		VERSUS		<i>Lex superior</i>
		<i>Lex specialis*</i>		
Conflit partiel	<i>Lex posterior*</i>		<i>non-résolu</i>	<i>Lex superior*</i>

Tableau 2. Types de conflits normatifs et métarègles

B. Conflits de défauts et priorisations

Plusieurs tentatives de formalisation des conflits (normatifs ou non) et de leur résolution au moyen d'une priorisation existent dans la littérature. On va en envisager principalement deux (on reviendra plus loin sur la manière dont les théories dialectiques formalisent les conflits normatifs au moyen de conflits d'arguments) : la théorie de l'explication la plus spécifique de David Poole et la théorie des préférences de Gerhard Brewka²³¹. Il faut remarquer que ces deux modèles sont construits indépendamment de toute considération normative, de sorte qu'ils ne permettent de résoudre

231 Une troisième méthode est la théorie de la révision de la croyance, dont on rejette l'examen à la prochaine section.

que les conflits de *défauts* ; le modèle de Poole est ainsi incapable de prendre en charge certains aspects propres aux conflits de normes, par exemple la notion de hiérarchie normative sous-jacente à *Lex Superior*.

1. Le choix de l'explication la plus spécifique

Poole, dans un bref article de 1985²³², entend développer une version de la logique des défauts qui permette de prendre en compte de manière modulaire les conflits de défauts. C'est pourquoi Poole rejette les défauts semi-normaux²³³ – il ne considère pas l'hypothèse de clauses générales d'exception, qui permettent de résoudre les inconsistances *ex ante* au prix d'une complication syntaxique. Ce choix *représentationnel*, qui suppose qu'il existe des conflits de défauts non résolus *ex ante*, ne doit pas nous amener à rejeter l'existence ni le caractère formalisable de clauses générales d'exception, mais est intéressant lorsqu'on l'applique aux cas (nombreux) où de telles clauses générales n'existent pas.

Poole part d'une théorie de défauts $\Delta = (D, W)$, où D est un ensemble de défauts normaux et W un ensemble de formules bien formées²³⁴. Une formule quelconque φ est *explicable* à partir de Δ s'il existe un ensemble d comprenant des instances des éléments de D (i.e. un sous ensemble des instances de D) tel que

$$(25) \quad W \cup d \models \varphi \text{ et } W \cup d \text{ est consistant.}$$

Si l'ensemble $W \cup d$ est consistant, il est un *scénario*²³⁵ de Δ . On peut donc dire qu'une explication de φ à partir de Δ est un scénario de Δ ayant pour conséquence φ .

Un conflit intervient lorsque des explications sont inconsistantes, c'est-à-dire lorsque deux scénarios d'une même théorie entraînent respectivement φ et $\neg \varphi$. Dans ce cas, nous voulons retenir l'explication la plus spécifique ; on peut donc voir dans la théorie de Poole quelque chose comme une formalisation de *Lex specialis* dans un cadre non spécifiquement normatif. Il est important de souligner en premier lieu que cette tâche ne peut être accomplie que si on a affaire à un conflit de défauts, car un conflit entre un défaut et une formule bien formée universellement quantifiée n'est pas un conflit. De la même manière, l'idée de conflit normatif suppose qu'aucune des deux

232 Poole, 1985. Certaines des idées contenues dans cet article sont formalisées de manière plus étendue dans Poole, 1988. Dans cet article, Poole soutient la thèse intéressante selon laquelle la logique des défauts n'a pas besoin d'être conçue comme une logique non monotone, mais comme une logique classique utilisée d'une certaine manière, en faisant des défauts non pas des règles d'inférence non monotones, mais des suppositions implicites que des informations plus complètes permettent de rendre explicites au sein du raisonnement. Poole ne nie pas que le raisonnement soit non monotone (i.e., plus correctement, défaisable), mais selon lui une logique classique dûment augmentée permet de traiter avec justesse ce raisonnement. Cet argument est intéressant car il annonce les thèses d'Alchourrón (cf. *infra*), encore qu'à partir de prémisses tout à fait différentes (Alchourrón partant non de la logique des défauts, mais de la logique déontique conditionnelle, et de la théorie de la révision des croyances).

233 Poole, 1985, p. 146.

234 On uniformise la notation.

235 Terme introduit par Poole, 1988, p. 29.

règles ne soit « indérogeable » ; si une règle est indérogeable²³⁶, alors aucune norme, quelque supérieure, postérieure ou plus spéciale soit-elle, ne peut entrer en conflit avec elle. Reprenons l'exemple de *Tweety*. Supposons que l'on ait les deux théories suivantes Δ_1 et Δ_2 :

$$\begin{aligned}
 d_1 &: \text{oiseau}(x) : \text{vole}(x) / \text{vole}(x) \\
 d_2 &: \text{pingouin}(x) : \neg \text{vole}(x) / \neg \text{vole}(x) \\
 w_1 &: \forall x. \text{pingouin}(x) \rightarrow \neg \text{vole}(x) \\
 w_2 &: \forall x. \text{pingouin}(x) \rightarrow \text{oiseau}(x) \\
 w_3 &: \text{pingouin}(\text{Tweety}) \\
 D_1 &: \{d_1\}; \\
 D_2 &: \{d_1, d_2\} \\
 W_1 &: \{w_1, w_2, w_3\} \\
 W_2 &: \{w_2, w_3\} \\
 \Delta_1 &= (D_1, W_1) \\
 \Delta_2 &= (D_2, W_2)
 \end{aligned}$$

A partir de la théorie Δ_1 , une seule extension peut être dérivée : dans les termes de Poole, seul $\neg \text{vole}(\text{Tweety})$ est explicable à partir de la théorie ; la raison en est que w_1 et w_3 suffisent à bloquer l'application du défaut d_1 qui est le seul membre de l'ensemble D_1 . Il n'en va pas de même de la théorie Δ_2 . Dans cette théorie, qu'un pingouin ne puisse voler est seulement une supposition par défaut – susceptible d'être faite dès lors qu'une information relative à un pingouin volant est ajoutée à la théorie. Par conséquent, à partir de Δ_2 , aussi bien $\text{vole}(\text{Tweety})$ que $\neg \text{vole}(\text{Tweety})$ sont explicables. Pour se sortir de ce mauvais pas, il faut prioriser l'un des deux défauts. – On remarquera que le conflit intervient en raison de la présence de w_2 , selon lequel tous les pingouins sont des oiseaux ; si w_2 n'appartenait pas à l'ensemble des formules bien formées, alors, pour qu'il y ait conflit, il faudrait ajouter $\text{oiseau}(\text{Tweety})$ à la théorie et on aurait l'équivalent du diamant de Nixon. Alors que ce dernier est un conflit *partiel* (au sens de Ross, importé dans un contexte non normatif), le conflit dérivable à partir de Δ_2 est un conflit *total-partiel* ; c'est la raison pour laquelle la méthode de résolution du conflit va être de prioriser une explication sur l'autre au moyen d'un critère de spécificité.

236 Il n'est pas conceptuellement impossible que des règles juridiques soient indérogeables, même si ces règles sont nécessairement en nombre réduit – il convient par ailleurs de les distinguer des règles non abrogeables (une règle peut n'être pas abrogeable, et néanmoins être dérogeable). L'exemple de telles règles indérogeables (et sans doute inabrogeables, si tant est qu'une autorité soit habilitée à les abroger) est celui des règles de *jus cogens* en droit international : il ne saurait être fait d'exception aux règles prohibant, *e.g.*, le génocide. La consistance, et même l'existence de telles règles de *jus cogens*, est néanmoins sujette à de multiples difficultés.

Pour ce faire, Poole distingue deux sortes de faits²³⁷ : les faits nécessaires W_n et les faits contingents W_c . Les premiers sont vrais dans tous les mondes appartenant au domaine considéré, tandis que les seconds sont vrais seulement dans le cas que nous considérons – on part du principe, bien entendu, qu’aucun des éléments de D n’est faux (de la même manière qu’il n’y a pas de conflit entre deux normes si l’une d’elles est invalide). Ainsi, dans D_1 ci-dessus, w_1 est un fait nécessaire (comme le suggère intuitivement la quantification universelle²³⁸) ; en revanche, w_3 est un fait contingent. Quel est l’intérêt de cette distinction ? Pour résoudre le conflit, on pourrait commencer par remettre en question le fait que les pingouins sont des oiseaux ; si w_2 disparaît, le conflit s’évapore. Seulement, il ne semble pas souhaitable de résoudre le conflit de cette manière, ne serait-ce que parce que si l’on opère sous une hypothèse de monde clos (cf. *supra*), alors ôter w_2 entraîne que, pour autant que la théorie est concernée, les pingouins ne sont pas des oiseaux. Aussi bien le fait de classer certains faits dans l’ensemble des faits nécessaires permet-il de les laisser intouchés lors de la priorisation. Il n’en va pas de même w_3 . Pour résoudre le conflit, on peut vouloir se demander ce qui se passe si on ôte pingouin(*Tweety*) et qu’on le remplace par n’importe quel fait (nécessaire ou contingent), tel que seule une explication soit possible à partir de la théorie ainsi modifiée. Cette explication est alors l’explication la plus générale, et c’est celle qui doit être écartée. Par exemple, si on ôte pingouin(*Tweety*) et qu’on le remplace par oiseau(*Tweety*), alors seul vole(*Tweety*) est explicable à partir de la théorie concernée.

Formellement cela donne la définition suivante. Pour toute théorie, une solution est la paire $S = \langle \delta, \varphi \rangle$ telle que φ est explicable au moyen du scénario $W_n \cup W_c \cup \delta$. Pour tout fait possible W_p , la solution $S = \langle \delta, \varphi \rangle$ est dite *applicable*²³⁹ si $W_n \cup \{W_p\} \cup \delta \models \varphi$; le fait est dit *adéquat* à faire expliquer φ par δ , dès lors que substitué à W_c il permet bien de dériver φ . Supposons donc que l’on ait les deux solutions $S_i = \langle \delta_i, \varphi \rangle$ et $S_j = \langle \delta_j, \neg \varphi \rangle$ ²⁴⁰. Une fois séparés les faits nécessaires et les faits contingents, on obtient les scénarios $W_n \cup W_c \cup \delta_i$ et $W_n \cup W_c \cup \delta_j$. Pour prioriser une solution sur l’autre, on remplace W_c par l’ensemble des faits possibles W_p . S_i est plus général que S_j s’il y a un fait possible tel $W_n \cup \{W_p\} \cup \delta_i \models \varphi$ mais tel que $W_n \cup \{W_p\} \cup \delta_j \not\models \neg \varphi$. Plus simplement, S_i est plus général que S_j s’il y a un fait possible tel que S_i est applicable et tel que S_j n’est pas applicable. A cela il faut ajouter que ce fait ne doit pas être adéquat à rendre $\neg \varphi$ explicable par δ_j , ce qui est désigné par l’expression (26c) ci-dessous et qu’on laisse inexpliqué pour l’instant. S_i est plus général que S_j , puisque S_j s’applique dans un sous-ensemble strict de toutes les situations possibles où S_i s’applique. Pour

237 Poole, 1985, p. 145.

238 Il va de soi que w_1 n’est pas vrai dans tous les mondes possibles, mais seulement dans les mondes du domaine que l’on considère (*i.e.* ceux où existent des pingouins).

239 Selon la notation traditionnelle, si X désigne un ensemble, $\{X\}$ désigne une instance de cet ensemble.

240 On suppose pour la simplicité de l’exposition que les deux solutions sont conflictuelles. Mais on peut appliquer la méthode décrite ici à des solutions non conflictuelles. (Ainsi, si on a deux défauts, selon lesquels (1) les oiseaux volent et (2) les éperviers volent ; il est tout à fait possible de se demander quelle est l’explication la plus spécifique pour « Tweety vole »).

résumer : S_i est plus général que S_j (ou, si l'on préfère, S_j est plus spécifique que S_i) si et seulement s'il existe un fait possible W_p tel que :

$$(26a) \quad W_n \cup \{W_p\} \cup \delta_i \models \varphi$$

$$(26b) \quad W_n \cup \{W_p\} \cup \delta_j \not\models \neg \varphi$$

$$(26c) \quad W_n \cup \{W_p\} \cup \delta_j \not\models \varphi$$

Il est à noter que S_i est plus général que S_j uniquement eu égard à φ . On pourrait imaginer qu'il existe un fait possible, différent de celui utilisé, tel que S_j est applicable et tel que S_i n'est pas applicable *i.e.* tel que $W_n \cup \{W_p\} \cup \delta_j$ entraîne $\neg \varphi$ et tel que $W_n \cup \{W_p\} \cup \delta_i$ n'entraîne pas φ . Dans ce cas, on a affaire à l'équivalent d'un conflit partiel, où aucune solution n'est plus spécifique que l'autre, ou plutôt où chacune est plus spécifique que l'autre eu égard, respectivement, à chaque explication contradictoire, ce dont le diamant de Nixon est un bon exemple, comme on le verra rapidement ci-dessous.

Il convient, pour terminer, de dire un mot sur (26c). Il s'agit d'une exigence de non trivialité, qui impose que W_c ne soit pas remplacé par φ lui-même, dans la mesure où un tel remplacement rendrait toujours S_i plus général que S_j et par conséquent rendrait la priorisation oiseuse. Or la seule manière d'empêcher cela est d'interdire que φ soit explicable au moyen de d_j puisque la seule manière pour δ_j de rendre explicable φ est que φ soit le fait possible W_p rendant S_j applicable.

Pour illustrer cette procédure, reprenons notre théorie Δ_2 . Pour savoir si Tweety vole ou non, on envisage deux solutions : $S_1 = \langle d_1, \varphi \rangle$ et $S_2 = \langle d_2, \neg \varphi \rangle$, où $\varphi = \text{vole}(\text{Tweety})$. Pour ce faire, on conserve notre fait nécessaire, ici w_2 , et on ôte notre fait contingent, ici w_3 pingouin(*Tweety*). Le seul fait possible adéquat à rendre S_1 applicable est oiseau(*Tweety*) ; si on le substitue à w_3 alors S_2 n'est pas applicable. Par conséquent, S_1 est plus général que S_2 . On remarquera que, sur la base de cette substitution, ni $\neg \varphi$ ni φ ne sont rendus explicables par d_2 . La seule manière pour que φ soit dérivable de d_2 est que vole(*Tweety*) soit le fait possible se substituant à w_3 . Comme ce n'est pas le cas, le réquisit de (26c) est satisfait, et la preuve est non triviale. On peut examiner par ailleurs si S_2 n'est pas plus général que S_1 . Pour que S_2 s'applique, le seul fait possible à même de remplacer w_3 (outre w_3 lui-même, bien entendu) est $\neg \text{vole}(\text{Tweety})$. Le problème est qu'alors $\neg \varphi$ devient explicable par d_1 , c'est-à-dire que le réquisit de (26c) n'est pas satisfait. Par conséquent, S_1 est plus général que S_2 relativement à φ , et S_2 n'est pas plus général que S_1 φ , par conséquent, S_1 est *strictement* plus général que S_2 (ou si l'on préfère, S_2 est strictement plus spécifique S_1). C'est donc S_2 qu'il faut choisir à l'issue de la procédure, à savoir : $\neg \text{vole}(\text{Tweety})$ est explicable à partir de d_2 .

Considérons maintenant le diamant de Nixon. Rappelons que nous avons la théorie suivante :

$$d_1 : \quad \text{quaker}(x) : \text{pacifiste}(x) / \text{pacifiste}(x)$$

$$d_2 : \quad \text{republicain}(x) : \neg \text{pacifiste}(x) / \neg \text{pacifiste}(x)$$

$$w_1 : \quad \text{quaker}(\text{Nixon})$$

w_2 : *republicain(Nixon)*

Nous avons donc deux solutions $S_1 = \langle d_1, \varphi \rangle$ et $S_2 = \langle d_2, \neg \varphi \rangle$, où $\varphi = \text{pacifiste}(Nixon)$. Ici, il convient de remarquer que nous n'avons aucun fait nécessaire, seulement des faits contingents, et des défauts. Commençons par supprimer w_1 : il y a un fait possible adéquat à rendre S_2 applicable, c'est naturellement *republicain(Nixon)* ; ce fait n'est par ailleurs pas adéquat à rendre S_1 applicable, puisque, sur la base de cette substitution, φ n'est pas explicable par d_1 . Il n'y a par ailleurs aucun fait possible de rendre S_1 applicable, si ce n'est *pacifiste(x)*, ce qui viole le réquisit de (26c). S_2 est donc strictement plus général que S_1 relativement à $\neg \varphi$. Or il est assez aisé de voir que S_1 est, quant à lui, strictement plus général que S_2 relativement à φ . Etant donné qu'il n'y a – sur le fondement des informations dont nous disposons – aucune manière de trouver l'explication la plus spécifique, le conflit demeure irrésolu. La méthode de Poole ne permet donc que de formaliser *Lex specialis*²⁴¹ entendue comme procédure de priorisation de défauts, en cas de conflit total-partiel uniquement ; et encore le critère de spécificité retenu par Poole est tellement strict qu'il n'est pas certain qu'il permette de rendre compte de tous les cas où, en droit, *Lex specialis* est appliqué (par exemple, en cas de conflit partiel avec postulat interprétatif de spécificité).

2. Les sous-théories préférées

Le modèle des sous-ensembles (ou sous-théories) préférés de Brewka²⁴² est en un sens beaucoup plus souple, dans la mesure où il indique une *méthode* de priorisation, mais nullement un *critère* de priorisation. Brewka envisage son modèle comme une élaboration à partir de la théorie de Poole énoncée dans un article ultérieur (1988)²⁴³ à celui (1985) sur lequel on s'est penché dans les lignes qui précèdent, mais, curieusement, il ne fait pas référence à ce dernier. Bien davantage, Brewka note que, dans le système de Poole, « il n'y a pas de manière d'exprimer les priorités entre défauts »²⁴⁴, ce qui est certes vrai de l'article de 1988, mais pas, comme on vient de le voir de celui de 1985. Selon Brewka, lorsqu'on a affaire à des ensembles de prémisses inconsistants, le premier réflexe est de chercher quels sont les sous-ensembles consistants de ces prémisses qui sont maximaux – *i.e.* tels que la prise en compte d'une prémisse supplémentaire rend l'ensemble inconsistent. L'idée est de faire avec les prémisses que l'on a afin de ne pas avoir à les modifier. Cependant, dans de nombreux exemples, de nombreux sous-ensembles consistants de la théorie considérée (que Brewka appelle *sous-théories*, ce qui suppose que ces sous-ensembles sont déductivement clos) sont

241 On trouvera une autre approche de la spécificité dans Nute, 1999, p. 214 *sq.* Nute part d'une modification de sa logique défaisable (*cf. supra*) afin d'y intégrer des opérateurs déontiques, et il représente les conflits d'obligation (particulièrement les obligations contraires au devoir de Chisholm) au moyen de conflits de règles défaisables. Il définit ensuite un critère de spécificité afin de prioriser les normes (entendues comme règles défaisables).

242 Brewka, 1989 ; repris et développé dans Brewka, 1991a, pp. 64-81. Voir sur cet auteur, Sartor, 1992, p. 220 *sq.*

243 Poole, 1988.

244 Brewka, 1989, p. 1044.

maximaux. Ainsi, si on reprend l'exemple de *Tweety*, rien ne nous oblige à retenir la prémisse selon laquelle *Tweety* est pingouin ; si on l'ôte, on obtient une sous-théorie consistante, dont on peut dériver que *Tweety* vole. Il faut donc trouver un moyen de prioriser les sous-théories, en indiquant lesquelles doivent être préférées – on note que de même que chez Poole, ce ne sont pas les défauts qui sont priorisés mais les sous-théories (chez Poole, les explications).

A partir de cela, on peut définir des notions de prouvabilité faible et forte (analogues aux notions d'inférences crédule et sceptique). Une formule φ est faiblement prouvable à partir d'un ensemble de prémisses T ssi il y a une sous-théorie préférée S de T telle que $S \vdash \varphi$. Une formule φ est fortement prouvable à partir de T ssi pour toutes les théories préférées S de T , $S \vdash \varphi$.

L'innovation de Brewka est de traiter les défauts comme des formules de logique des prédicats du premier ordre. Le caractère défaissable (ou, improprement, « non monotone ») du raisonnement tient au fait que ces formules valent comme des hypothèses (proposition déjà formulée par Poole dans son article de 1988), susceptibles d'être écartées si elles n'appartiennent pas à la sous-théorie préférée. Une théorie de défaut T peut donc être définie comme un n -uplet $\{T_1, \dots, T_n\}$ où chaque T_i est un ensemble de formules de logique des prédicats du premier ordre. Parmi ces formules, certaines peuvent être quantifiées, mais les formules correspondant aux défauts doivent comporter uniquement des variables libres. Un sous-ensemble S de T tel que $S = S_1 \cup \dots \cup S_n$ est une sous-théorie préférée de T si et seulement si pour tout k tel que $1 < k < n$, $S_1 \cup \dots \cup S_k$ est un sous-ensemble maximale consistant de $T_1 \cup \dots \cup T_k$.

Informellement cela donne la procédure suivante. Il faut commencer par ordonner les sous-ensembles de prémisses, entendues comme hypothèses. Certaines hypothèses sont plus certaines que d'autres, en particulier les formules quantifiées et les formules avec constantes – étant entendu, d'ailleurs, que la totalité des prémisses sont réputées vraies. Lorsque les prémisses n'entrent pas en conflit, il y a au moins une formule fortement prouvable, ou bien plusieurs formules faiblement prouvables, mais compatibles. Le problème intervient lorsque plusieurs formules incompatibles sont dérivables de la théorie ; la hiérarchisation des sous-ensembles de prémisses permet d'écarter certaines sous-théories de manière à ce qu'une seule formule soit dérivable de l'ensemble des sous-théories préférées : il faut donc configurer ces sous-théories de manière à ce que la formule « victorieuse » soit fortement prouvable.

Pour ce faire, on part du sous-ensemble maximale consistant de prémisses le plus certain (*reliable*) possible : les formules quantifiées universellement (que l'on suppose consistantes ; un ensemble inconsistant de prémisses quantifiées universellement est l'équivalent non normatif d'un conflit total, qui n'est pas soluble) et les formules avec constante – c'est-à-dire, intuitivement, les faits (W) d'une théorie de défauts « classiques ». A partir de cela, il est possible d'ordonner les prémisses de telle manière que T_1 comprenne les prémisses les plus certaines et T_n les prémisses les plus incertaines (T étant l'union des ensembles $T_1, \dots, T_n$). Une information contenue dans T_i est plus certaine qu'une autre contenue dans T_j si $i < j$. Pour trouver une sous-théorie

préférée, on part d'un sous-ensemble S_1 maximale consistant de T_1 (typiquement ce sous-ensemble sera coextensif à T_1) et on y ajoute autant d'éléments de T_2 qui soient maximale consistants avec S_1 de manière à obtenir S_2 , le sous-ensemble des éléments de T_2 maximale consistant avec les éléments de S_1 . Autrement dit, $S_1 \cup S_2$ est un ensemble maximale consistant de $T_1 \cup T_2$. Une fois ceci fait, on y ajoute autant d'éléments de $T_3 \dots$ et ainsi de suite jusqu'à T_n . On obtient ainsi le sous-ensemble maximale consistant *préférée* de T ; la formule qui est fortement prouvable à partir de ce sous-ensemble est celle que l'on doit retenir.

On va prendre un exemple. Reprenons D_1 ci-dessus. Nous avons une théorie comprenant les prémisses suivantes $D_1 = \{\text{oiseau}(x) \rightarrow \text{vole}(x); \forall x. \text{pingouin}(x) \rightarrow \neg \text{vole}(x); \forall x. \text{pingouin}(x) \rightarrow \text{oiseau}(x); \text{pingouin}(\text{Tweety})\}$. Ici, $\{P(x)\}$ indique : l'ensemble des instances de $P(x)$. Si à la place de x se trouve une constante, e.g. a, $\{P(a)\}$ comprend uniquement $P(a)$. Pour déterminer quelle formule est fortement prouvable à partir de cette théorie, on bâtit la ou les sous-théories préférées. Pour ce faire, on doit hiérarchiser les prémisses en obtenant $\Delta_1 = T_1 \cup T_2$ de la manière suivante :

$$\begin{aligned} T_1 : & \quad \{\forall x. \text{pingouin}(x) \rightarrow \neg \text{vole}(x); \forall x. \text{pingouin}(x) \rightarrow \text{oiseau}(x); \text{pingouin}(\text{Tweety})\} \\ T_2 : & \quad \{\text{oiseau}(x) \rightarrow \text{vole}(x)\} \end{aligned}$$

On commence par prendre un sous-ensemble maximale consistant S_1 de T_1 – ici, T_1 lui-même. Ensuite, on essaie d'ajouter un élément de T_2 à ce sous-ensemble S_1 , ce qui est ici impossible, du moins si l'on veut que $S_1 \cup S_2$ soit un sous-ensemble maximale consistant de $T_1 \cup T_2$. Par conséquent, le seul sous-ensemble préférée de Δ_1 est S_1 , et à partir de S_1 seul $\neg \text{vole}(\text{Tweety})$ est non trivialement dérivable, i.e. $S_1 \vdash \neg \text{vole}(\text{Tweety})$. Il en résulte que $\neg \text{vole}(\text{Tweety})$ est fortement prouvable à partir de D_1 .

Supposons que nous ayons maintenant $\Delta_2 = \{\text{oiseau}(x) \rightarrow \text{vole}(x); \text{pingouin}(x) \rightarrow \neg \text{vole}(x); \forall x. \text{pingouin}(x) \rightarrow \text{oiseau}(x); \text{pingouin}(\text{Tweety})\}$. Ici nous devons hiérarchiser les prémisses de la manière suivante :

$$\begin{aligned} T_1 : & \quad \{\text{pingouin}(\text{Tweety}); \forall x. \text{pingouin}(x) \rightarrow \text{oiseau}(x)\} \\ T_2 : & \quad \{\text{pingouin}(x) \rightarrow \neg \text{vole}(x)\} \\ T_3 : & \quad \{\text{oiseau}(x) \rightarrow \text{vole}(x)\} \end{aligned}$$

Si on suit la procédure de priorisation, seul $\neg \text{vole}(\text{Tweety})$ est fortement prouvable à partir de Δ_2 , puisque aucun élément de T_3 ne peut être ajouté au sous-ensemble $S_1 \cup S_2$ maximale consistant de $T_1 \cup T_2$. A supposer que nous hiérarchisions les prémisses d'une autre manière, par exemple en intervertissant T_2 et T_3 alors $\text{vole}(\text{Tweety})$ serait fortement prouvable.

L'intérêt de la méthode de Brewka est double. En premier lieu, cette méthode permet de formaliser la défaite des *soft rebutters*²⁴⁵, ce qui n'était pas le

245 On interprète les conflits de défauts comme l'occurrence d'un *rebutter* eu égard à un défaut de départ (voir Lodder, 1999, p. 14) ; cependant, il faudrait, en rigueur, interpréter l'*instanciation* des défauts en conflit (par exemple $\text{pingouin}(\text{Tweety})$) comme des *rebutters* et non les défauts eux-mêmes.

cas de celle de Poole. La méthode des sous-théories préférées permet donc de formuler au sein d'une *même* théorie des conflits multiples. Modifions Δ_2 en Δ_3 :
 $= \{\text{oiseau}(x) \rightarrow \text{vole}(x) ; \text{pingouin}(x) \rightarrow \neg \text{vole}(x) ; \forall x. \text{pingouin}(x) \rightarrow \text{oiseau}(x) ;$
 $\text{pingouin}(\text{Tweety}) ; \text{pingouin}(\text{Marcel}) ; \text{vole}(\text{Marcel})\}$. Ici $\text{vole}(\text{Marcel})$ ²⁴⁶ défait le *rebutter* $\text{pingouin}(x) \rightarrow \neg \text{vole}(x)$. Il faut remarquer que chez Poole, ce *rebutter* est doux (puisque'il s'agit d'un défaut), mais qu'il est néanmoins nécessairement priorisé dans la mesure où il donne lieu à l'explication la plus spécifique. Ici, deux formules sont fortement prouvables à partir de D_3 .

$T_1 : \quad \{\text{pingouin}(\text{Marcel}); \text{vole}(\text{Marcel}); \text{pingouin}(\text{Tweety}); \forall x. \text{pingouin}(x) \rightarrow \text{oiseau}(x)\}$

$T_2 : \quad \{\text{pingouin}(x) \rightarrow \neg \text{vole}(x)\}$

$T_3 : \quad \{\text{oiseau}(x) \rightarrow \text{vole}(x)\}$

On part donc de T_1 qui est coextensif à son sous-ensemble maximalement consistant S_1 . À partir de S_1 , on rajoute tous les éléments de T_2 consistants avec S_1 , ici S_2 : $\{\text{pingouin}(\text{Tweety}) \rightarrow \neg \text{vole}(\text{Tweety})\}$. À $S_1 \cup S_2$, on ajoute tous les éléments de T_3 qui sont consistants avec lui, ici S_3 : $\{\text{oiseau}(\text{Marcel}) \rightarrow \text{vole}(\text{Marcel})\}$. On obtient ainsi une sous-théorie préférée, à savoir $S_1 \cup S_2 \cup S_3$, qui est la seule sous-théorie préférée de Δ_3 . Ici, $S_1 \cup S_2 \cup S_3 \vdash \neg \text{vole}(\text{Tweety})$ et $S_1 \cup S_2 \cup S_3 \vdash \text{vole}(\text{Marcel})$. Aussi bien $\neg \text{vole}(\text{Tweety})$ que $\text{vole}(\text{Marcel})$ sont donc fortement prouvables à partir de Δ_3 .

Le second intérêt est de ne fournir aucun critère spécifique pour la hiérarchisation des prémisses, alors que le seul critère fourni par Poole est celui de la spécificité. Si on a intérêt à conserver les « faits » (*i.e.* les formules avec constantes et les formules universellement quantifiées) dans la théorie d'indice le plus petit possible, en revanche, la manière dont nous hiérarchisons les autres prémisses est entièrement libre. C'est pourquoi il est tout à fait possible de préciser *ex ante* des critères (tels que la supériorité, la postériorité, la spécificité) à même de guider la hiérarchisation des prémisses – on passe sous silence le problème du conflit possible de ces critères, qui, avons-nous vu plus haut, intervient dans une seule situation, à supposer que *Lex superior* soit réputé surpasser toute autre métarègle.

3. Vers une représentation des métarègles

Il y a plusieurs manières de représenter ces critères au sein d'une telle logique des défauts élargie. La première manière est de créer des opérateurs métalinguistiques *ad hoc*. C'est la solution retenue par Giovanni Sartor²⁴⁷. Sartor emprunte à Alchourrón et Makinson²⁴⁸ les opérateurs métalinguistiques $\leq$ et $<$ (qui doivent être distingués du « $<$ » de Brewka, comme on va le voir). Informellement, $x \leq y$ signifie que y est préféré à x ; $x < y$ signifie $x \leq y$ et $y \not\leq x$. Il faut remarquer que chez Brewka, $<$ sert uniquement à ordonner les prémisses ; le fait qu'à partir de ces prémisses une sous-théorie soit pré-

246 Par exemple, Marcel est un pingouin modifié génétiquement, de telle manière qu'il puisse voler.

247 Sartor, 1992, p. 229.

248 Alchourrón et Makinson, 1981, p. 126.

férée est le résultat de la procédure, mais n'est pas directement représentable en tant que tel. Si on importe $\leq$ dans le langage de Brewka, on obtient quelque chose comme la formule hybride « $S_1 \cup S_2 \cup S_3 > \{\text{toutes les autres théories maximales consistantes (étant donné l'ordonnancement de base des prémisses)}\}$ ». L'idée est de se servir *ex ante* de $\leq$ et $<$ pour hiérarchiser les défauts. On peut ainsi formuler l'équivalence suivante entre les nouveaux opérateurs, que l'on va provisoirement dénommer $\leq_N$ et $<_N$, et l'opérateur $<$ de Brewka, qui, lui, doit être pris en son sens mathématique ordinaire. Soit deux défauts d_1 et d_2 .

(27a) Si $d_2 <_N d_1$, alors $d_1 \in T_i$ et $d_2 \in T_j$ **si et seulement si** $i < j$

(27b) Si $d_2 \leq_N d_1$, alors $d_1 \in T_i$ et $d_2 \in T_j$ **si et seulement si** $i \leq j$

Sartor définit ainsi à partir de $<_N$ trois nouveaux opérateurs $<_{SR}$, $<_T$, $<_{SP}$ (*idem* pour $\leq$), et introduit des noms, ou abréviations, de normes n_1 , n_2 , etc. analogues à $d_1, d_2, \dots$. Ces opérateurs doivent être interprétés de la manière suivante. En premier lieu, $n_1 <_{SR} n_2$ signifie que la norme n_2 est de rang supérieur à la norme n_1 et doit donc être préférée en cas de conflit. Cela veut dire qu'à chaque fois que nous avons affaire à un conflit entre n_1 et n_2 , on doit faire figurer n_2 dans un ensemble d'indice *moindre* (dans la procédure de Brewka) que l'ensemble où figure n_1 – de manière à ce que la consistance des éléments de $\{n_2\}$ avec les sous-ensembles antérieurs soit vérifiée avant la consistance des éléments de $\{n_1\}$.

Il en va de même de $n_1 <_T n_2$ qui signifie que n_2 est postérieure à n_1 et doit, à ce titre être préférée en cas de conflit²⁴⁹. Quant à $n_1 <_{SP} n_2$, il signifie que n_2 est plus spéciale que n_1 et doit, à ce titre, être préférée. Il faut noter que la supériorité et la postériorité constituent une donnée de fait qui ne peut faire l'objet d'une investigation logique plus poussée : la norme supérieure est celle dont le *système juridique* dit qu'elle est supérieure, et nullement celle dont la *logique* dit qu'elle est supérieure ; la norme postérieure est celle dont le *temps*, ou la *mémoire*, dit qu'elle est postérieure, la postériorité d'un événement par rapport à un autre n'étant pas déterminée par la logique. Il n'en va pas de même pour la *spécialité* ou la spécificité (termes qu'on tient pour identiques ici) : dans le modèle rappelé ci-dessus, Poole a indiqué une procédure logique de détermination de la spécificité d'un défaut par rapport à un autre. Cependant, il est possible que cette notion de spécificité soit trop stricte pour qu'un usage juridique puisse en être fait. Ainsi avons-nous vu plus haut que, si un certain postulat interprétatif de « spécificité » est partagé par les membres de la communauté juridique, un conflit partiel peut être résolu sur la base de *Lex specialis*. Aussi bien $<_{SP}$ n'implique nullement que la priorisation des normes soit opérée au moyen d'un critère logique (à la Poole) de spécificité. L'indice de chacun des opérateurs indique le critère la priorisation, mais n'entraîne nulle contrainte sur la manière dont la priorisation est effectuée. La seule contrainte est que les informations de l'input soient vraies, et par conséquent

249 Comme Sartor (suivant Kelsen !) le souligne à juste titre, ce n'est pas la norme qui est *postérieure* à une autre norme, mais l'acte qui crée ou pose la norme. Cela entraîne une légère complication de la notation pour *Lex posterior*. On simplifie pour les besoins de l'analyse.

$n_1 <_{SR} n_2$ suppose qu'il est déjà établi, *ex ante*, que n_1 est d'un rang inférieur à n_2 dans la hiérarchie des normes.

Une seconde manière d'envisager les métarègles juridiques au sein d'un cadre tel celui de la logique des défauts priorisés est de les intégrer au sein du langage-objet que l'on considère. Cette méthode a été envisagée par Prakken²⁵⁰, qui reprend également le symbole $<$. Il introduit $<$ qui dénote, dans le langage-objet, la relation d'ordonnement $<$. Cette méthode est favorisée par le fait que, chez Prakken (comme on l'a vu au sujet des clauses générales d'exception), le nom des règles peut être mentionné au sein du langage-objet. Les métarègles vont faire l'objet de définitions au sein du langage-objet au moyen de règles défaisables (analogues à celles de Nute) – mais elles pourraient aussi bien être formalisables au moyen de défauts normaux. Ainsi, soit $H(x,y)$, $T(x,y)$ et $S(x,y)$ définis de la manière suivante, où x et y sont des règles quelconques :

$$(28a) \quad H(x,y) : x \text{ est inférieur à } y \Rightarrow x < y.$$

$$(28b) \quad T(x,y) : x \text{ est antérieur à } y \Rightarrow x < y.$$

$$(28c) \quad S(x,y) : x \text{ plus général que } y \Rightarrow x < y.$$

Il est important que ces trois règles soient défaisables, dans la mesure où elles-mêmes peuvent entrer en conflit. On a indiqué néanmoins que *Lex Superior* devait être irréfragablement présumé remporter tout conflit de métarègles. On doit donc reformuler (28a) de la manière suivante :

$$(28a') \quad H(x,y) : x \text{ est inférieur à } y \Rightarrow x < y.$$

Cette notation permet de représenter de manière très souple les métarègles. Envisageons la théorie suivante (pour simplifier, on prend une théorie de défaut standard, et non un ensemble indistinct de prémisses, comme chez Brewka).

$$\begin{aligned} d_1 : & \quad \text{véhicule}(x) : \text{interdit}(x) / \text{interdit}(x) \\ d_2 : & \quad \text{ambulance}(x) : \neg \text{interdit}(x) / \neg \text{interdit}(x) \\ d_3 : & \quad S(d_1(x), d_2(x)) / S(d_1(x), d_2(x))^{251} \\ w_1 : & \quad \forall x. \text{ambulance}(x) \rightarrow \text{véhicule}(x) \\ w_2 : & \quad \text{ambulance}(\text{Marcelle}) \end{aligned}$$

La relation de spécificité est précisée au sein de la théorie elle-même ; à partir cette théorie, seule $\neg \text{interdit}(\text{Marcelle})$ est fortement prouvable. Ici, d_3 effectuée à l'avance le travail de construction de la sous-théorie préférée, de sorte que la détermination de cette dernière suppose une préférence établie *ex ante* entre les défauts. C'est une restriction de taille par rapport à la méthode de Brewka, dans la mesure où, dans cette dernière, les défauts n'ont pas besoin d'être ordonnés à l'avance : chez Brewka, en

250 Prakken, 1997, p. 203 *sq.*

251 On remarquera que d_3 est un défaut sans antécédent. Il est toujours supposé consistant que d_2 est plus spécifique que d_1 , même si cette supposition peut éventuellement être renversée.

effet, il importe seulement que les faits de la théorie (*i.e.* l'ensemble W d'une théorie de défauts classiques) soient compris dans le sous-ensemble d'indice le plus petit ; la hiérarchisation des défauts peut être faite soit arbitrairement, soit empiriquement afin de déterminer la sous-théorie la plus maximale consistante possible : ainsi, dans D_3 ci-dessus, il est tout à fait possible d'invertir T_2 et T_3 , mais alors vole(*Tweety*) devient fortement prouvable à partir de la théorie – on laisse au lecteur le soin de voir pourquoi – ce qui, intuitivement, n'est pas désirable.

SECTION 3. LES OBJECTIONS D'ALCHOURRÓN À LA NON-MONOTONICITÉ

De nombreux auteurs ont exprimé des doutes relativement à la pertinence de l'emploi d'une logique non monotone pour la formalisation du raisonnement juridique²⁵². Alchourrón est celui qui a été le plus loin dans la critique de la non-monotonie en elle-même, en laquelle il voit une notion confuse et impropre à représenter efficacement la défaisabilité²⁵³. Il convient cependant de remarquer, que, pour des raisons qui vont être explicitées par la suite, Alchourrón entend la défaisabilité comme une caractéristique des *normes conditionnelles* (selon notre terminologie, principalement des règles), et non comme une caractéristique du raisonnement à partir de ces normes. C'est la raison pour laquelle Alchourrón en vient à rendre identique les expressions « normes défaisables » et « obligations *prima facie* »²⁵⁴ ; aussi bien la défaisabilité du raisonnement (si elle existe) est-elle entièrement imputable à l'existence de normes défaisables, qui sont, comme on va le voir bientôt, des normes construites autour d'un *conditionnel défaisable*. Aussi bien les exceptions « explicites », celles qui font l'objet de clauses générales ou spécifiques, ne sont-elles que des cas particuliers de défaisance de la norme ; une norme est défaisable, de manière générale, si le conditionnel qu'elle comporte est défaisable, c'est-à-dire s'il est possible que la solution normative ne suive pas de la classe de cas à laquelle elle est normalement attachée.

Il faut prendre garde au fait que la critique d'Alchourrón ne porte pas sur la question de savoir si les règles juridiques sont défaisables ou non (question sur laquelle

252 Voir par exemple, Alexy, 2000, p. 70-72 ; Pfersmann, 2000, p. 130 ; Sieckmann, 2003, *passim* ; Soeteman, 2003, p. 203 *sq.* ; Holton, 2011, p. 176-183 ; Duarte d'Almeida, 2013, p. 162 ; Ratti, 2013, p. 130.

253 Les principaux textes sont Alchourrón, 1993 ; Alchourrón, 1995 ; Alchourrón, 1996a ; Alchourrón, « Para una logica de las razones *prima facie* » in Alchourrón, 2010. Voir pour un commentaire sur les thèses d'Alchourrón, Loui, 1997, p. 346 *sq.* ; Becher *et al.*, 1999 ; Navarro et Rodríguez, 2000, p. 68 *sq.* ; Hage, 2003, p. 234 ; Rodríguez, 2005, p. 99, *sq.* ; Maranhão, 2006 ; Caracciolo, 2006 ; Oller, 2006 ; Vasconcellos, 2009, p. 55.

254 Voir Alchourrón, 1993, p. 44 ; Alchourrón, 1996a, p. 7 *sq.* ; Voir aussi Alchourrón 2010, pp. 104-105.

Alchourrón s'est penché uniquement dans son dernier article²⁵⁵), mais seulement sur la consistance de la notion de conditionnel défaisable, entendue comme dénotant une relation de conséquence non monotone. Pour comprendre les enjeux de cette critique, il convient en premier lieu d'en dégager l'arrière-plan théorique, qui naît de la confluence de deux entreprises menées de front par Alchourrón, mais initialement de manière distincte : une logique déontique conditionnelle ; une théorie de la révision des croyances.

I. ARRIÈRE-PLAN THÉORIQUE

A. Logique déontique conditionnelle

Les réflexions d'Alchourrón sur la défaisabilité naissent en premier lieu de son intérêt pour la logique déontique conditionnelle, *i.e.* pour la syntaxe et la sémantique des expressions du type $p \rightarrow Oq$ qui constituent la formalisation de nombreuses normes juridiques (*i.e.* de ce que l'on a appelé jusqu'ici des *règles* juridiques). Comme on l'a vu dans le second chapitre, $p \rightarrow Oq$ permet le détachement factuel, c'est-à-dire $(p \wedge (p \rightarrow Oq)) \rightarrow Oq$. La représentation des normes conditionnelles au moyen de l'implication matérielle est donc précieuse, mais elle a un revers : l'implication matérielle est monotone. A ce titre, elle respecte la loi du *modus ponens*, ci-après MP, (c'est la raison pour laquelle elle autorise le détachement) et celle du renforcement de l'antécédent $(p \rightarrow Oq) \rightarrow ((p \wedge r) \rightarrow Oq)$, ci-après RA.

Dans un de ses premiers articles consacrés aux obligations *prima facie* et aux conditionnels défaisables²⁵⁶, Alchourrón a relevé l'insuffisance de l'implication matérielle en cas de conflits de normes. On peut pour ce faire envisager un conflit partiel identique à celui déjà mobilisé plus haut : (a) si x commet un homicide volontaire, x doit être puni ; (b) si x est un mineur, x ne doit pas être puni. Une formalisation au moyen de l'implication matérielle est possible, et permet d'obtenir les normes (a) $p \rightarrow Oq$ et (b) $r \rightarrow O\sim q$. Le fait est que, sur le fondement de (a) et (b), lorsque $p \wedge r$ est le cas, on peut inférer aussi bien Oq que $O\sim q$. Pour prioriser l'une des deux normes, il faut « affaiblir » la norme non priorisée, *i.e.* en faire le support d'une obligation conditionnelle *prima facie*²⁵⁷. On va appeler ci-après la norme priorisée norme *prima*

255 Alchourrón, 1996b. On reviendra sur cet important article dans la troisième partie de ce travail.

256 Alchourrón, « Condicionalidad y la representacion de las normas juridicas » in Alchourrón et Bulgin, 1991.

257 On remarquera qu'Alchourrón fait des obligations *prima facie* une classe spéciale d'obligations. On a vu que ce n'était pas l'idée que s'en faisait David Ross. Cependant, ce postulat est nécessité par les réquisits d'obtenir une logique déontique entendue comme logique des normes, et non comme une simple logique des obligations. En réalité la logique d'Alchourrón n'est pas une logique des obligations *prima facie*, mais, dans les termes de Ross, une logique des *lois* d'obligation *prima facie*. Or il faut bien supposer que ces lois forment une classe de normes. En revanche, une telle logique se confronte à l'objection particulariste (évoquée dans la troisième partie) selon laquelle il n'y a pas de *lois* d'obligation *prima facie*, mais seulement des obligations *prima facie*. Par ailleurs, il faut remarquer que,

facie pour faire court (il faut néanmoins prendre garde qu'une norme *prima facie* n'est pas quelque chose qui n'est que *prima facie* une norme, mais une norme d'obligation *prima facie*).

Alchourrón est naturellement réticent²⁵⁸ à abandonner purement et simplement MP et RA. En effet, un tel abandon occasionne purement et simplement la suppression de la possibilité de toute inférence à partir de normes²⁵⁹. C'est pourquoi il n'est pas possible de représenter directement les normes *prima facie* au moyen d'un conditionnel ne respectant ni MP, ni RA. Alchourrón effectue alors un pas de côté en distinguant deux niveaux de représentation. Les normes sont représentées dans le *language-objet* au moyen de l'implication matérielle, c'est-à-dire, classiquement, $p \rightarrow Oq$ ²⁶⁰. En revanche, les *propositions normatives*, c'est-à-dire les propositions descriptives portant sur les normes (cf. premier chapitre ci-dessus), sont représentées comme des propositions du *métalangage* au moyen de l'opérateur déontique dyadique $O(q/p)$, lequel reçoit de prime abord une interprétation non monotone (*i.e.* n'admettant ni MP ni RA) : ni $O(q/p) \rightarrow (p \rightarrow Oq)$, ni $O(q/p) \rightarrow ((p \wedge r) \rightarrow Oq)$ ne sont des inférences valides.

Les expressions du type $O(q/p)$ sont utilisées pour représenter des assertions vraies au sujet des normes. Reprenons les normes (a) et (b) ci-dessus. Soit $A = \{(a), (b)\}$. Intuitivement $O(q/p)$ est vrai si et seulement si $p \rightarrow Oq$ est dérivable de A, *i.e.* si $A \models (p \rightarrow Oq)$ ²⁶¹. Qu'en est-il si $p \wedge r$ sont le cas ? Si c'est le cas, $A \models (p \wedge r \rightarrow Oq)$ et $A \models (p \wedge r \rightarrow O\sim q)$ ce qui veut dire que $O(q/p \wedge r)$ est à la fois vrai et faux. On retrouve l'idée du dernier Kelsen selon laquelle si un conflit de normes est non résolu, le principe de non-contradiction ne s'applique même pas aux propositions normatives. Cette idée n'est d'ailleurs exacte que si l'on soutient la thèse de l'unité des propositions normatives, que l'on a remise en cause à la fin du premier chapitre.

En tout état de cause, le présent conflit *est* soluble : il faut, pour le représenter, employer une fonction de priorisation $>$ telle que $a > b$ signifie que a a priorité sur b . a est $>$ -minimal s'il n'y a aucune norme de A telle que $a > b$. On peut alors définir A/p l'ensemble des normes de A qui sont « saines » pour une certaine proposition p . Sa définition est la suivante. Soit une norme a ; a appartient à A/p si et seulement si a

de manière quelque peu inexplicable, Alchourrón, dans Alchourrón, 1996a, p. 6 restreint, de manière inexplicable, les « obligations *prima facie* » aux normes défaisables *inconditionnelles* (par exemple, si $>$ est un conditionnel défaisable, alors $T > OA$ est une obligation *prima facie*). On obtient alors un concept irrémédiablement incompatible avec la conception de Ross aussi bien des obligations que des lois d'obligations *prima facie*. Voir Becher *et al.*, 1999, p. 223 ; Oller, 2006, p. 152.

258 Alchourrón, « Condicionalidad... » in Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 274.

259 On a déjà vu qu'une manière pour la logique non monotone de résoudre ce problème est de garder une version affaiblie de MP, mais de rejeter RA ainsi que la loi de la contraposition (*i.e.* *modus tollens*), au moyen de règles d'inférences *ad hoc*, par exemple des *défauts*.

260 Si on adopte une conception expressive des normes, il faut représenter ces dernières de la manière suivante : $!(p \rightarrow q)$.

261 On maintient la notation semi-formelle d'Alchourrón. Il faut noter que dans la formule hybride $A \models (p \rightarrow Oq)$, « $(p \rightarrow Oq)$ » doit s'entendre comme un nom de formule (analogue à « (a) ») et non comme une formule, puisque « $A \models (p \rightarrow Oq)$ » est, intuitivement, une expression du métalangage.

appartient à A et il *n'existe pas* de B tel que $A \supset B$, B entraîne un conflit de normes²⁶² et a est $\succ$ -minimal dans B ²⁶³. Formellement :

$$(29) \quad a \in A/p \text{ ssi } a \in A \text{ et } a \notin \{x \in B \mid A \supset B, B \models \perp \text{ et } \forall x. x \succ a\}$$

$O(q/p)$ est vrai si et seulement si $A/p \models (p \rightarrow Oq)$. Maintenant, reprenons de nouveau (a) et (b) ci-dessus. Supposons que $b \succ a$, comme c'est intuitivement le cas : la règle qui veut que les mineurs ne soient pas punis l'emporte sur la règle qui veut que les meurtriers le soient. Si tel est le cas $A/p \wedge r \models (p \wedge r \rightarrow O \sim q)$. Alchourrón n'en donne hélas pas la démonstration, mais on peut le prouver rapidement de la manière suivante. On se souvient que $\rightarrow$ obéit à MP et à RA. D'autre part, A est déductivement clos, *i.e.* comprend toutes les normes qui y appartiennent et leurs conséquences logiques. Par conséquent, on peut dériver $A \models (p \wedge s \rightarrow Oq)$ et $(r \wedge t \rightarrow O \sim q)$ où s et t sont des propositions quelconques. On sait par ailleurs que $b \succ a$. En priorisant les normes, on priorise également leurs conséquences logiques ; si $b \succ a$, alors $(p \wedge s \rightarrow Oq) \succ (r \wedge t \rightarrow Oq)$, puisque l'implication matérielle obéit à RA. A partir de cela, on va raisonner par l'absurde, en remplaçant s par r et t par p . Supposons qu'il existe un sous-ensemble B de A tel que $B \models (p \wedge r \rightarrow Oq) \wedge (p \wedge r \rightarrow O \sim q)$. Si un tel sous-ensemble existe, alors $(p \wedge r \rightarrow Oq)$ est $\succ$ -minimal dans ce sous-ensemble ; en revanche $(p \wedge r \rightarrow O \sim q)$ n'est pas $\succ$ -minimal dans B (bien davantage il est $\succ$ -maximal). Par conséquent, il n'existe pas de sous ensemble B de A tel que $B \models (p \wedge r \rightarrow Oq) \wedge (p \wedge r \rightarrow O \sim q)$ et $p \wedge r \rightarrow O \sim q$ est $\succ$ -minimal dans B. D'où, par application de (29) $A/p \wedge r \models (p \wedge r \rightarrow O \sim q)$. Par conséquent $O(\sim q/p \wedge r)$ est vrai.

L'article séminal de 1991 ne représente que la première pierre de l'édifice anti-monotone d'Alchourrón. On peut déjà remarquer que le caractère défaissable du conditionnel est exprimé au moyen de l'implication matérielle, qui dénote une relation de conséquence monotone, et d'une fonction de priorisation qui sélectionne, parmi les conséquences logiques du système normatif, celles qui doivent être écartées en cas de conflit. Ainsi la norme (a) se comporte *comme si* elle ne respectait pas MP et RA, d'où l'aspect de prime abord non monotone de l'opérateur dyadique qui sert à formaliser le métalangage : alors que $O(q/p)$ est vrai, $O(q/p \wedge r)$ est faux – on ne fait pas plus non monotone ! Les apparences sont toutefois trompeuses : si $O(q/p \wedge r)$ est faux (et $O(\sim q/p \wedge r)$ vrai), c'est parce que ces formules décrivent non pas les normes elles-mêmes, mais la priorisation des conséquences logiques du système normatif, à savoir $A/p \models (p \rightarrow Oq)$ et $A/p \wedge r \models (p \wedge r \rightarrow O \sim q)$; cela veut dire qu'en énonçant $O(q/p \wedge r)$, on *présuppose* implicitement que $p \wedge r$ n'est pas le cas.

Cette notion de présupposition n'est pas présente dans l'article de 1991, mais elle sera développée dans les textes ultérieurs. Entretemps, Alchourrón a opéré une jonction entre la logique déontique conditionnelle et ses travaux antérieurs en logique de révision des croyances, qu'Alchourrón avait d'ailleurs abordée à partir d'une réflexion sur l'abrogation et la solution des conflits normatifs.

262 Il faut ajouter que B est le plus petit sous-ensemble de A entraînant un conflit de normes. S'il y a un sous-ensemble propre de B entraînant un conflit de normes, c'est sur ce sous-ensemble qu'il faut se concentrer – pour en réfuter l'existence.

263 Alchourrón, « Condicionabilidad... » in Alchourrón et Bulgin, 1991, p. 278.

B. Révision de croyances

La logique de la révision des croyances²⁶⁴ ou, sous son autre appellation, des changements de théorie est la formalisation logique des changements opérés à partir d'un ensemble initial de croyances, représentées au moyen d'énoncés. On va se contenter ici d'en donner une très brève présentation informelle et rudimentaire, qui ne pourra faire justice qu'à des aspects très limités et en très petit nombre. En particulier, on passe sous silence le fait que le principal apport d'AGM est de fournir une axiomatique des diverses opérations de changement de théorie²⁶⁵.

Un ensemble d'énoncés A est un ensemble de croyances ; l'ensemble $Cn(A)$ est l'ensemble des conséquences logiques de ces croyances. De manière informelle, si $A \models x$, alors $x \in Cn(A)$. À partir d'un tel ensemble, on peut effectuer un certain nombre d'opérations, dont la plus simple est l'*expansion*, c'est-à-dire l'ajout de nouvelles croyances consistantes avec l'ensemble initial. Si A est l'ensemble de départ et p la nouvelle croyance, alors le nouvel ensemble est $A+x = Cn(A) \cup \{x\}$. L'opération inverse, à savoir la *contraction* A par x , est le retrait d'un énoncé de $Cn(A)$. Cela ne veut pas dire qu'une croyance soit nécessairement retirée de A , mais seulement que si $Cn(A)$ est contracté eu égard à l'énoncé x , $Cn(A)$ est remplacé par un sous-ensemble de $Cn(A)$ ne contenant pas x . Cela se note $A \div x$ ²⁶⁶. Selon Alchourrón, Gärdenfors et Makinson, la contraction est l'équivalent pour un ensemble de croyances de l'abrogation (en anglais, « *derogation* »...) pour un système normatif²⁶⁷. La troisième opération est la révision A par x qui est l'opération par laquelle on modifie $Cn(A)$ de manière à le rendre consistant avec x . Par définition, la révision suppose que $Cn(A)$ n'est pas consistant avec x – s'il l'est, alors l'opération est en réalité une expansion. L'opération de la révision de A par x se note $A*x$. Selon l'identité de Levi²⁶⁸, la révision se définit comme une contraction « suivie » d'une expansion (encore qu'il convienne de ne pas entendre cette suite en un sens strictement chronologique). Ainsi $A*x = (A \div \neg x) + x$, c'est-à-dire $Cn((A \div \neg x) \cup \{x\})$.

Alchourrón est venu à la logique de la révision des croyances *via* la logique déontique, et en particulier via le problème de l'abrogation (*derogation*) et ses rapports avec la résolution des conflits de normes. Dans un article de 1981²⁶⁹, Alchourrón et Makinson fournissent une analyse de l'abrogation qui annonce leurs travaux ultérieurs sur les diverses fonctions de contraction²⁷⁰, aboutissant au modèle AGM (Alchourrón-Gärdenfors-Makinson) qui demeure le modèle standard aujourd'hui. Le problème posé par l'abrogation au sein des systèmes normatifs est le suivant. Si A est un système normatif, une norme x est abrogée si x est soustrait à $Cn(A)$. Aussi bien la norme

264 L'un des pionniers de la logique de la révision des croyances est Isaac Levi (voir Levi, 1980, pp. 34-72).

265 Pour une introduction beaucoup plus complète, détaillée et utile, on renvoie à Gärdenfors, 1992.

266 Les symboles varient d'un auteur à l'autre.

267 Alchourrón, Gärdenfors et Makinson, 1985, p. 510. Voir aussi Alchourrón et Makinson, 1982, p. 15.

268 Levi, 1980, p. 63.

269 Alchourrón et Makinson, 1981.

270 Alchourrón et Makinson, 1982.

abrogée peut ne pas appartenir à A , mais appartenir aux conséquences logiques de A , *i.e.* être impliquée par A , mais ne pas appartenir à A . – On a appelé plus haut cette opération « abrogation partielle » de A pour la distinguer de l'abrogation des normes appartenant à A , et non seulement à $Cn(A)$. – Le problème est qu'une fois qu'on a supprimé x , il peut demeurer un sous-ensemble B de $Cn(A)$ tel que B entraîne x . Pour que l'abrogation soit réussie, il faut sélectionner un sous-ensemble maximal de A tel que x n'appartienne pas aux conséquences logiques de ce sous-ensemble.

Ces considérations peuvent largement être abstraites d'un contexte normatif ; elles portent en effet moins sur des problèmes de logique déontique que sur des problèmes de gestion des systèmes normatifs. Il est donc possible de les appliquer à tout ensemble arbitraire d'énoncés, et de les exprimer au sein d'une logique de révision de croyances. Le modèle AGM est donc la continuation des travaux antérieurs d'Alchourrón et de Makinson relativement à la contraction de systèmes normatifs. Le problème posé par la contraction est en effet formulé par Alchourrón et Makinson de la manière suivante²⁷¹. Soit $A \perp x$ l'ensemble A *moins* x , *i.e.* A une fois que x a été supprimé. On définit $A \perp x$ comme la famille de tous les sous-ensembles maximaux B de A (*i.e.* $B \subseteq A$) tel que $x \notin Cn(B)$; de la même manière, $Cn(A) \perp x$ est la famille de tous les sous-ensembles maximaux B de $Cn(A)$ tels que $x \notin Cn(B)$. On remarque que si A est contracté de x , il est encore possible que $x \in Cn(A)$. Alchourrón et Makinson distinguent deux types de contraction : la contraction par intersection (*meet contraction*) et la contraction par choix (*choice contraction*). Schématiquement, si $\sim$ symbolise l'opération de contraction par intersection, $A \sim x$ est l'intersection de tous les sous-ensembles maximaux de A tels que x n'y appartienne pas, c'est-à-dire $\bigcap (A \perp x)$ – ou A lui-même si $A \perp x$ est vide. La contraction par choix est définie de la manière suivante : soit g une fonction de sélection telle que pour tout x , $\gamma(A \perp x) \in A \perp x$ – par hypothèse, $A \perp x$ n'est pas vide. Si $\dot{-}$ est l'opération de contraction par choix, alors $A \dot{-} x = \gamma(A \perp x)$.

Ces deux opérations présentent des défauts exactement symétriques²⁷² : la contraction par intersection est trop forte, et la contraction par choix trop faible. La contraction par intersection a pour résultat un ensemble trop restreint, de telle sorte que la révision par intersection (définie au moyen de l'identité de Levi) entraîne l'élimination de nombreuses croyances dont on a aucune raison de se défaire : il est en effet possible de prouver que le résultat de la contraction de x à partir de A est l'ensemble des éléments de A qui sont des conséquences logiques de $\neg x$, et que, par conséquent, le résultat de la révision de A par x est l'ensemble des conséquences logiques de x . La contraction par choix a pour résultat un ensemble trop large, de telle sorte que pour n'importe quel énoncé x tel que $\neg x \in A$, $A \dot{+} x$ (*i.e.* le résultat la révision par choix de A par x) est toujours maximale consistant.

L'un des apports d'AGM²⁷³ est de définir une contraction par intersection partielle (*partial meet contraction*) qui permet de fournir un support beaucoup plus

271 Alchourrón et Makinson, 1982, p. 16.

272 Alchourrón et Makinson, 1982, p. 18 *sq.*

273 Alchourrón, Gärdenfors et Makinson, 1985, p. 512.

intuitif à l'opération de révision. Si $\div$ est l'opérateur de contraction par intersection partielle²⁷⁴, $A \div x = \cap \gamma(A \perp x)$. Le résultat d'une telle contraction est l'intersection des ensembles sélectionnés par γ . La fonction de sélection choisit les éléments de $A \perp x$ qui sont les plus importants (derechef, le critère de sélection n'a pas besoin d'être spécifié), puis la contraction permet de ne retenir que l'intersection de ces ensembles d'éléments de $A \perp x$, *i.e.* les éléments communs parmi ceux sélectionnés au départ. La révision par intersection partielle est alors définie au moyen de l'identité de Levy : $A * x = \text{Cn}((A \div \neg x) \cup \{x\})$.

La contraction par intersection (entendue comme intersection totale) et la contraction par choix de l'article de 1982 apparaissent alors comme des cas particuliers de contraction par intersection partielle, qui en représentent respectivement la limite inférieure et supérieure. Lorsque pour tout x , $\gamma(A \perp x)$ a un seul élément, on a affaire à une contraction par choix (ou, comme elle est renommée par AGM, par *maxichoice*) ; lorsque $\gamma(A \perp x) = A \perp x$, alors on a affaire à une contraction par intersection totale.

II. DÉFAISABILITÉ ET RÉVISABILITÉ

A. Les arguments d'Alchourrón

Cet aperçu très schématique des opérations les plus rudimentaires de la logique de la révision des croyances n'a pas d'autre objet que d'esquisser l'arrière-plan de l'attaque d'Alchourrón contre la non-monotonie. Alchourrón a en effet utilisé l'idée de révision de croyances pour en faire son arme contre la non-monotonie. Cette attaque est de prime abord d'autant plus surprenante que de nombreux auteurs établissent des liens entre la logique de la révision de la croyance et les logiques non monotones développées²⁷⁵, indépendamment de la première, en intelligence artificielle. Makinson et Gärdenfors ont même proposé une méthode de « traduction » entre l'une et l'autre. Il est ainsi possible de traduire une inférence employant une relation de conséquence non monotone, typiquement un « serpent » $\mid \sim$ en une opération de révision de théorie. Informellement l'idée est de réinterpréter la révision de A par x , c'est-à-dire $A * x$, comme une inférence à partir de x . De cette manière l'inférence non monotone $x \mid \sim y$ se traduit comme une révision de A par x telle que $y \in A * x$ ²⁷⁶.

274 On en modifie la graphie pour éviter la confusion possible avec le symbole de contraction par choix d'Alchourrón et Makinson, 1982.

275 Voir, parmi de multiples exemples, Gärdenfors, 1990 ; Makinson et Gärdenfors, 1991 ; Brewka, 1991b ; Rott, 1991 ; Sartor, 1992, p. 14 *sq.* ; Cravo et Martins, 1993 ; Arlo Costa, 1995, p. 220-222 ; Wobcke, 1995, p. 80 *sq.* ; Levi, 1996, pp. 120-159 ; Kern-Isberner, 2001, p. 17. La jonction entre logique non monotone et révision des croyances est souvent faite *via* la logique conditionnelle, puisque la représentation des conditionnels au sein de la logique de la révision des croyances est l'un de ses points les plus discutés, exemplifié par le « test de Ramsey » (voir Stalnaker, 1968, p. 101).

276 Makinson et Gärdenfors, 1991, pp. 189-190.

Selon Alchourrón, une telle « traduction » est possible, mais elle révèle le caractère oiseux des « logiques non monotones ». Comme il l'écrit dans l'article séminal de 1993 : « Il n'y a nul besoin d'une logique des normes défaisables (...) car derrière l'idée qu'on aurait besoin de ce type de logique, ainsi que des logiques non monotones en vogue en intelligence artificielle, se trouve une confusion entre une notion standard de conséquence (ou de conditionnel) et le changement de nos prémisses normatives dans une perspective dynamique. »²⁷⁷ La défaisabilité de notre raisonnement n'appelle donc pas une logique non classique, fondée sur une relation de conséquence non monotone (un « serpent »), mais simplement une relation classique, monotone de conséquence appliquée à un ensemble de prémisses *une fois celles-ci révisées*. C'est ce processus (révision puis dérivation classique) qui est à l'œuvre dans la défaisabilité, et les logiques non monotones ne présentent que le résultat de ce processus dynamique, et ce faisant l'occultent²⁷⁸. Elles donnent ainsi l'impression de l'existence d'un « saut » mystérieux des prémisses à la conclusion.

Cette méfiance d'Alchourrón à l'endroit d'un tel « saut » est déjà présente dans la controverse Alchourrón/Hilpinen dont on a simplement esquissé les contours plus haut²⁷⁹. La distinction effectuée par Hilpinen suppose qu'en cas de contradiction normative, par exemple $Op \wedge O \sim p$, la seule manière de résoudre le conflit est de réviser le système afin de supprimer l'une des deux normes. Cependant, en cas de « conflit normatif » (ce par quoi on a vu qu'Hilpinen entendait des conflits partiels ou totaux-partiels), les deux normes peuvent coexister au sein du système normatif. Au contraire, pour Alchourrón, la seule manière de résoudre l'inconsistance quand elle survient est de réviser le système normatif. Si A est le système normatif, alors la seule manière de résoudre un « conflit normatif » au sens d'Hilpinen est de le réviser en contractant $Cn(A)$ de la norme vaincue à l'issue du conflit et en la remplaçant par une norme consistante avec le système. La norme qui fait l'objet de la révision peut fort bien ne pas appartenir à A, mais le fait que survienne un conflit suppose qu'elle appartient à $Cn(A)$ ²⁸⁰. Aussi bien si on a les normes : *si x commet un meurtre il doit être puni ; si x est mineur il ne doit pas être puni*. Dans le cas d'un meurtrier mineur, on n'effectue pas directement l'inférence : x est un meurtrier ; x est un mineur ; donc x ne doit pas être puni ; on révisé d'abord le système, puis on infère « x ne doit pas être puni ».

Ces idées encore embryonnaires vont être formalisées avec plus de rigueur par la suite. Alchourrón part de la notion de conditionnel défaisable, dont il essaie de montrer qu'il est possible de le prendre en charge au moyen d'une logique monotone classique (c'est l'objet des deux premiers articles consacrés par Alchourrón à ce qu'il appelle la logique des conditionnels défaisables²⁸¹) ; puis la jonction avec la logique

277 Alchourrón, 1993, p. 44.

278 Alchoruron, 1993, p. 78.

279 Sur l'importance de cette controverse, voir Maranhão, 2006, pp. 68-69.

280 Alchourrón, 1991, pp. 424-425.

281 Alchourrón, 1993 ; Alchourrón, 1995.

déontique conditionnelle est effectuée²⁸². Soit un langage contenant l'ensemble des opérateurs classiques de la logique propositionnelle, ainsi que trois nouveaux opérateurs : $>$, $\Rightarrow$, f . Le premier, $>$, est un conditionnel défaisable (à ne pas confondre avec la fonction de priorisation examinée plus haut). Ce conditionnel est défini de telle manière que MP et RA ne soient pas valides pour des énoncés du type $A > B$, c'est-à-dire que ni $(A > B) \rightarrow (A \rightarrow B)$ ni $(A > B) \rightarrow ((A \wedge C) \rightarrow B)$ ne sont valides. L'opérateur $\Rightarrow$ (à ne pas confondre avec l'opérateur défaisable que l'on a déjà rencontré chez Delgrande, Nute, Prakken, etc.) désigne l'implication stricte, c'est-à-dire que $A \Rightarrow B =_{\text{def}} \Box(A \rightarrow B)$ – où $\Box$ est l'opérateur modal de nécessité. Enfin f est une fonction de révision, permettant de représenter les présuppositions implicites accompagnant un énoncé. Ainsi si $A_1, \dots, A_n$ sont les présuppositions associées à A , alors fA est la conjonction de A avec l'ensemble des A_i (pour tout $1 \leq i \leq n$). f est une fonction analogue à la fonction $*$ d'Åqvist²⁸³ développée en logique des conditionnels contrefactuels (on a vu que les passerelles entre logiques conditionnelles défaisables et contrefactuelles étaient nombreuses), et qui désignent les circonstances pertinentes d'arrière-plan qui nous permettent de proférer un énoncé contrefactuel. Il ne s'agit pas de circonstances que l'on détaille comme d'un ensemble de conditions nécessaires et suffisantes pour que le contrefactuel soit vrai, mais en énonçant le contrefactuel nous supposons nécessairement que les énoncés détaillant ces circonstances sont vrais.

De même que chez Åqvist, « si A était le cas, alors B serait le cas » équivaut à « si A et l'ensemble des circonstances d'arrière-plan sont le cas, alors nécessairement B », c'est-à-dire $\Box(*A \rightarrow B)$, chez Alchourrón, si « A est le cas, alors défaisablement B est le cas » équivaut à « si A et l'ensemble des présupposés implicites qui l'accompagnent sont le cas, alors nécessairement B est le cas »²⁸⁴. C'est pourquoi

$$(30) \quad (A > B) =_{\text{def}} fA \Rightarrow B$$

La différence entre $*$ (Åqvist) et f est que ce dernier est interprété comme une fonction de révision. Le problème est qu'il n'indique pas exactement quel est le lien entre f et l'opération de révision de croyances représentée dans AGM. Comme Bécher *et al.* l'ont montré²⁸⁵, il y a deux manières d'interpréter fA . La première est de faire de A la révision (au sens d'AGM) d'une théorie implicite K , dont le résultat est $K * A$ (où $*$ est cette fois un opérateur de révision analogue à celui d'AGM). La seconde est de faire de f un opérateur d'expansion (au sens d'AGM) où A est la théorie de départ augmentée de ses présuppositions $A_1, \dots, A_n$. C'est vraisemblablement la seconde interprétation qui correspond à ce qu'Alchourrón a en tête²⁸⁶, à une réserve importante près. La défini-

282 Elle est déjà esquissée dans Alchourrón, 1993, mais pleinement développée dans Alchourrón 1996 et dans Alchourrón, « Para una logica de las razones prima facie » in Alchourrón, 2010.

283 Åqvist, 1973.

284 On s'en tient à cette présentation informelle en partie parce que le choix des symboles diffère entre Åqvist et Alchourrón. Chez le premier, $\Rightarrow$ désigne le conditionnel contrefactuel, là où, chez le second, il désigne l'implication stricte, qu'Åqvist représente au moyen de l'opérateur modal et de l'implication matérielle.

285 Voir Bécher *et al.*, 1999, p. 225.

286 Voir Alchourrón, 2010, pp. 119-120.

tion de f est intimement liée à celle de $>$; autrement dit, il faut aussi lire l'égalité, dans (30), de droite à gauche. fA désigne l'ensemble des présuppositions qui sont révisables si, de $A \wedge C$, on ne peut plus inférer B . Une telle éventualité est rendue possible par le fait que $>$ ne respecte pas RA . Par hypothèse, toutes les présuppositions sont révisables, sauf A lui-même (A appartenant à ses propres présuppositions), et sauf celles qui ont pour conséquence logique A . En effet, A fait partie des prémisses, et par conséquent A ne peut être contracté de fA ni de $Cn(fA)$, car la révision est alors soit inconsistante (elle rend la théorie inconsistante), soit triviale (on contracte A pour ensuite ajouter A , ce qui ne règle pas le problème). fA désigne donc bien, dans les termes d'AGM, l'expansion de A , entendue comme théorie, par ses présupposés et désigne l'ensemble des éléments *contractables*. Si A_i est incompatible avec C , alors A_i est supprimé, et C est ajouté à la théorie. Si A_i s'avère indispensable à la dérivation de B , alors B ne peut plus être dérivé.

La définition (30) s'appuie sur la sémantique du langage L auquel appartiennent ces énoncés. Un modèle sémantique pour ce langage est

$$(31) \quad M^a = \langle W, \llbracket \cdot \rrbracket, Ch^a \rangle$$

où W est un ensemble non vide de mondes et $\llbracket \cdot \rrbracket$ une fonction d'interprétation telle que, pour tout énoncé A , $\llbracket A \rrbracket$ est l'ensemble des mondes où A est vrai (plus précisément, où la proposition exprimée par A est vraie, mais on va, pour simplifier, « attribuer » directement les valuations à A). Ch^a , inspiré de la fonction f d'Åqvist, est une fonction de sélection de mondes tel que $Ch^a(A)$ est l'ensemble des mondes où fA est vrai (f étant l'opérateur de révision du langage-objet d'Alchourrón, tel que défini plus haut, et non la fonction métalinguistique de sélections de mondes d'Åqvist).

Il en résulte les clauses de vérité suivantes pour f , $>$ (le conditionnel défaissable) et $\Rightarrow$ (le conditionnel strict) :

$$(32a) \quad \llbracket fA \rrbracket = Ch^a(A)$$

$$(32b) \quad w \in [A \Rightarrow B] \text{ ssi } [A] \subseteq \llbracket B \rrbracket$$

$$(32c) \quad w \in [A > B] \text{ ssi } Ch^a(A) \subseteq \llbracket B \rrbracket$$

(32a) énonce que les mondes où fA est vrai sont les mondes de W sélectionnés par la fonction Ch^a ; cela se déduit de la définition de cette dernière. (32b) énonce les conditions auxquelles une implication stricte est vraie. L'énoncé $A \Rightarrow B$ est vrai (*i.e.* il y a au moins un monde où $A \Rightarrow B$ si et seulement si l'ensemble des mondes où A est vrai est inclus de manière non stricte dans l'ensemble des mondes où B est vrai – en cas d'équivalence stricte, chaque monde est non-strictement inclus dans l'autre. Or (32c) définit le conditionnel matériel à partir d'une *sélection* des mondes $\llbracket A \rrbracket$ inclus dans $\llbracket B \rrbracket$.

(32c) permet de fournir l'explication sémantique de (30). Or qui peut le plus peut le moins ; par conséquent, en affaiblissant le conditionnel, et en faisant porter la flèche d'équivalence définitionnelle dans un seul sens, (30) implique

$$(33) \quad (A > B) \rightarrow (fA \rightarrow B)$$

Par conséquent, alors que MP n'est pas valable pour $A > B$, puisque celui-ci n'implique pas $A \rightarrow B$, en revanche, « *A avec toutes ses présuppositions implique B* » respecte MP. Il en va de même pour RA. Soit C tel que $(A \wedge C \rightarrow B)$ n'est pas valide ; cela implique que $>$ ne respecte pas RA. Mais cela n'implique nullement que l'on ait affaire à une relation de conséquence non monotone : cela veut simplement dire que C est incompatible avec fA , de sorte que l'on obtient un ensemble inconsistent. Pour rendre ce dernier consistant, il faut au préalable réviser fA de manière à supprimer les présuppositions compatibles avec C . On obtient la révision de l'antécédent au moyen d'une formule hybride employant l'opérateur $*$ correspondant à la révision d'AGM $fA^* \rightarrow C : C$ est contracté de $Cn(fA)$ et remplacé par $\neg C$. Comme par hypothèse, la nécessité de la révision suppose que l'une des propositions contractée faisait partie des conditions suffisantes pour la dérivation de B (sinon, à quoi bon réviser ?), celui-ci ne peut plus être inféré de la nouvelle théorie. On obtient donc $fA^* \rightarrow C \rightarrow B$ ou bien $fA \wedge \neg C \rightarrow B$.

Ce cadre général permet ensuite à Alchourrón de bâtir une logique déontique défaisable beaucoup plus intuitive que le premier système esquissé dans l'article paru en 1991 et étudié plus haut. En effet, on n'a plus besoin de distinguer le niveau du langage-objet et celui du métalangage, ni de distinguer les normes des propositions normatives. Les normes sont exprimées au moyen d'un opérateur dyadique tel que $OA =_{\text{def}} O(A/T)$. On distingue les normes catégoriques des normes conditionnelles, et parmi elles les normes défaisables et les normes indéfaisables, qu'on distingue de manière provisoire au moyen d'un opérateur Od . Les normes catégoriques indéfaisables s'écrivent $O(A/T)$; les normes catégoriques défaisables s'écrivent $Od(A/T)$; les normes conditionnelles indéfaisables s'écrivent $O(B/A)$ et les normes conditionnelles défaisables $Od(B/A)$. Il reste à fournir une analyse de l'opérateur Od . Pour ce faire, on reprend le modèle sémantique déjà élaboré auquel on ajoute une fonction de sélections de mondes I^α .

$$(34) \quad M^\alpha = \langle W, \llbracket \cdot \rrbracket, Ch^\alpha, I^\alpha \rangle$$

Dans ce modèles, $I^\alpha(w)$ sélectionne les mondes w idéaux (déontiquement parfaits) appartenant à W . OA est vrai dans tous les mondes idéaux w appartenant à W non-strictement inclus dans $\llbracket A \rrbracket$. Il est donc possible de définir $Od(B/A)$ comme $A > OB$. L'obligation indéfaisable $O(B/A)$ se définit comme $A \Rightarrow OB$. En appliquant 30, on obtient l'équivalence entre $A > OB$ et $fA \Rightarrow OB$, qui a les mêmes caractéristiques que celles mentionnées ci-dessus.

Il en résulte que les conditionnels défaisables présentent bien les traits qui les rendent susceptibles d'une formalisation non monotone (le non-respect de MP et RA), mais ces traits sont dus au fait que dérivation (classique, monotone) du conséquent suppose, au préalable, la révision de l'antécédent. Il n'y a donc pas besoin d'une relation de conséquence non monotone pour représenter ce processus.

B. Examen critique

Il y a néanmoins plusieurs problèmes avec le modèle d'Alchourrón. Le premier est qu'il suppose que l'ensemble des exceptions est *implicite*. En effet, l'intérêt de f interprété comme fonction de révision est que les présuppositions y sont laissées implicites²⁸⁷ ; l'exception intervient dans les cas où l'une de ces présuppositions doit être abandonnée. Cependant, on n'a pas besoin, à chaque fois que l'on veut inférer B de A , de vérifier si les prémisses sont bien compatibles avec fA ; c'est uniquement lorsqu'une « exception » intervient que deviennent saillantes les présuppositions qui sont incompatibles avec cette exception. Lorsque cette exception intervient, elle implique de contracter la « non-exception »²⁸⁸ correspondante de l'ensemble des présuppositions implicites. La seule manière de représenter les exceptions explicites est de les rendre explicites, c'est-à-dire de réviser la théorie. La révision de la théorie *est* le processus au cours duquel les exceptions sont rendues explicites. C'est pourquoi $fA \Rightarrow B$ est l'équivalent fonctionnel des défauts *normaux* de Reiter, à ceci près qu'il est à la fois dynamique et monotone. Cependant il est impossible de représenter les exceptions explicites « dès le départ » dans le modèle d'Alchourrón, autrement dit, il est impossible de trouver l'équivalent des défauts semi-normaux, qui jouent pourtant un rôle essentiel au sein du raisonnement défaissable. Dans le modèle d'Alchourrón, la seule manière de représenter une exception explicite « dès le départ », et par conséquent, de résoudre à l'avance les conflits entre plusieurs énoncés employant un conditionnel défaissables, et particulièrement les conflits de normes défaissables, est de représenter les exceptions sous forme de conditions négatives. Par exemple $A \wedge \neg C \triangleright B$. Le problème alors est que le raisonnement à partir d'un tel énoncé n'est plus défaissable, puisque, de $A \wedge \neg C$, B n'est *jamais* monotonicquement dérivable. Une seconde méthode serait de représenter l'exception au moyen d'un énoncé séparé, par exemple $A \wedge C \Rightarrow \neg B$; mais cet énoncé n'est alors rien d'autre que l'explicitation d'une « non-exception » implicite appartenant à fA .

Le second problème, qui découle du premier, tient au statut de l'analogie entre changements de croyances et opérations (abrogation, amendement) effectuées sur des systèmes normatifs. En effet, on ne sait pas si dans $fA \Rightarrow OB$, fA désigne un ensemble de *croyances* relatives à l'antécédent de la norme, par exemple, des présuppositions implicites dégagées, en droit, par l'interprétation doctrinale ou s'il désigne un ensemble de *dispositions normatives* implicites relatives à l'antécédent de la norme. Dans les termes d'Alchourrón lui-même, on ne sait pas si fA désigne l'antécédent de la norme ou l'antécédent d'une proposition normative. Or il va de soi que la révision de ma croyance relativement à l'antécédent de la norme n'entraîne nullement l'*abrogation*

287 Comme l'écrit Åqvist à propos de son opérateur $*$: « Notre usage de $*$ fait référence aux "circonstances non énoncées dans l'antécédent" de manière *indirecte* ou *indexicale* : nous n'énumérons pas explicitement les circonstances pertinentes sur la base desquelles nous assertons le contrefactuel [chez Alchourrón, le conditionnel défaissable], et à vrai dire, nous ne disons même pas explicitement qu'il y a de telles circonstances pertinentes » (Åqvist, 1973, p. 3).

288 Terme que l'on emprunte à Alchourrón, 1996b, p. 342.

ou l'*amendement* (analogues de la contraction et de la révision selon Alchourrón et Makinson, et selon AGM) de la norme elle-même au sein du système normatif considéré. Autrement dit, l'analogie entre systèmes normatifs et théories de croyances est court-circuitée dès lors que les croyances portent sur des normes. Or, si on peut réviser ces croyances sur les normes et non pas les normes elles-mêmes lorsque survient une exception, cela implique que la résolution des « conflits normatifs » d'Hilpinen ne nécessite pas nécessairement la révision du système. Lorsque le conflit est total, au sens de Ross, *i.e.* qu'il s'agit d'une contradiction normative au sens d'Hilpinen, il n'y a aucune possibilité d'agir, et aucune possibilité de réviser une croyance par une autre – sauf si on dispose de métarègles bien entendu ; mais les métarègles sont des normes *appartenant* au système normatif. En revanche, lorsqu'un conflit partiel ou total-partiel intervient, l'agent peut résoudre le conflit en effectuant les opérations décrites par Alchourrón – révision, puis dérivation ; mais dès lors que ces croyances portent sur un ensemble de croyances et non sur le système normatif lui-même, la résolution du conflit n'entraîne pas révision du système. Le juge qui aura à rendre sa décision sur le fondement de ces normes appliquera ou non l'une des deux normes, *i.e.* dérivera ou non le conséquent ; mais cette opération n'est pas une opération de *révision* du système normatif lui-même.

Dans un article récent²⁸⁹, Bartosz Brozek a remis en doute l'idée que la notion de révision (ou de révisabilité) puisse être utile à fournir une théorie de la défaisabilité. Cet article, qui se donne pour but de réfuter la thèse d'Alchourrón, repose néanmoins sur une pétition de principe dans la mesure où il suppose que le raisonnement défaisable instancie nécessairement une relation de conséquence non monotone²⁹⁰ ; de fait, si tel est le cas, la révision des croyances est distinguée du raisonnement défaisable, et, de ce point de vue, Brozek est plutôt *en accord* avec Alchourrón qu'en désaccord avec lui, puisque Alchourrón refuse précisément d'assimiler révisabilité et non-monotonie. En effet, l'argument d'Alchourrón est de réfuter la prémisse qui fait l'objet d'une pétition de principe chez Brozek, à savoir que la défaisabilité suppose la non-monotonie. Cependant, certains arguments de Brozek permettent d'énoncer de manière relativement simple ce qui pose problème dans la démarche d'Alchourrón. Si j'ai une croyance : « si *x* est un oiseau, alors *x* vole » et que je rencontre *Tweety* qui, étant un pingouin, ne vole pas, je suis amené, sur le fondement de cette information, à réviser mon ensemble de croyances antérieures de manière à obtenir : « si *x* est un oiseau et si *x* n'est pas un pingouin, alors *x* vole ». Or il se peut que la « défaisance » du raisonnement produise le même résultat, mais *ce n'est pas* ce qui est en jeu dans la défaisabilité, telle que Hart lui-même la concevait. En effet, si je dis : « ceci est un contrat », l'effet de l'exception « il a été signé sous la contrainte » n'est pas de réviser nos croyances en matière de règles du contrat, même si le fait que cette exception *fausse son effet* peut occasionner la révision de mes croyances sur les règles relatives au contrat, du moins si cette exception était *implicite* – ce que, par hypothèse, elle n'est pas chez Hart, qui, dans l'article de 1948, traite uniquement des exceptions explicites. L'effet de l'exception est

289 Brozek, 2008.

290 Brozek, 2008, p. 142.

uniquement de bloquer la conclusion, *hic* et *nunc*. De même, l'information relative au fait que *Tweety* est un oiseau me permet d'effectuer l'inférence que *Tweety* vole ; lorsque j'apprends que *Tweety* est pingouin, je bloque la conclusion que *Tweety* vole. Mais cela ne veut pas dire que je réviserai ma règle d'inférence « si *Tweety* est un oiseau, *Tweety* vole » en « si *Tweety* est un oiseau et s'il n'est pas un pingouin, alors *Tweety* vole ». L'intérêt même de la défaisabilité est de rendre inutile cette révision.

Comme on le verra dans la suite de ce travail, l'idée d'équivalence entre défaisabilité et révisabilité défendue par Alchourrón a néanmoins un intérêt dans le cadre d'une théorie de l'interprétation juridique et de la défaisabilité des *règles juridiques* ; mais elle ne saurait épuiser l'ensemble des aspects de la défaisabilité du raisonnement, y compris du raisonnement juridique.

Chapitre 5

Argumentation et procédure : la structuration juridique de la défaisabilité

On a jusqu'ici développé un modèle purement inférentialiste ou « logique » de la défaisabilité, notamment en privilégiant une logique des défauts normaux et semi-normaux pour la représentation des exceptions. Cependant, la défaisabilité du raisonnement juridique ne tient pas seulement au fait que les *règles* juridiques puissent être représentées comme des défauts ; elle tient à des aspects propres aux systèmes juridiques, qui ne se retrouvent pas dans les inférences ordinaires. En effet, il convient ici de distinguer, au sein du raisonnement juridique, le cas particulier du raisonnement juridictionnel. On peut très bien raisonner à partir des règles juridiques en prenant ces dernières pour règles d'inférence et, à ce titre, le modèle des défauts est suffisant. En revanche, le raisonnement juridictionnel, qui est une espèce du raisonnement juridique, prend place dans une situation bien déterminée, celle d'un cas individuel à résoudre. De fait, le raisonnement juridictionnel répond à un mode particulier d'introduction des prémisses, qui est en partie gouverné par des règles juridiques.

Le premier trait principal en est le caractère argumentatif : le juge prend sa décision sur la base des arguments avancés par les parties. Si les parties n'ont pas soulevé un argument qui serait pourtant à même de faire avancer leur cause – par exemple, une règle s'appliquant au cas –, cet argument ne peut, puisqu'il est absent, influencer la décision du juge. Certes, celui-ci peut, dans des cas d'ailleurs assez nombreux, soulever des moyens d'office, mais il ne le peut que s'il est habilité à le faire par le système juridique – dans ce cas, le juge « se met à la place » de la partie concernée par l'argument. Par conséquent, le premier aspect principal de cette structuration proprement juridique du raisonnement juridictionnel est le fait que l'introduction des prémisses est *médiée* par l'argumentation des parties.

En revanche, les théories purement inférentielles du raisonnement défaisable ne prévoient pas de procédure particulière pour l'introduction des prémisses : l'important est que les prémisses soient introduites (*via* par exemple l'évidence perceptuelle), mais le mode d'introduction des prémisses est laissé non spécifié. Par conséquent, les théories argumentatives de la défaisabilité supposent une « couche inférentielle » (puisque les arguments sont typiquement des inférences, pour lesquelles il faut des règles), mais emportent des contraintes supplémentaires sur l'introduction des prémisses.

Le second trait est le caractère dialectique ou dialogique¹ : il porte précisément sur la spécification de ces contraintes sur l'introduction des prémisses. Le raisonnement juridictionnel repose non seulement sur une pratique argumentative, mais sur une pratique dialectique : les arguments sont répartis entre l'une et l'autre partie (on suppose pour les besoins de l'analyse qu'il y a seulement deux parties²), et ont vocation à s'attaquer l'un l'autre. Une situation dialectique où les deux parties tendent à obtenir la même chose, quoique conceptuellement possible, est d'un intérêt limité. Il faut supposer que chaque partie cherche à obtenir du juge une décision incompatible avec la requête de l'autre partie. Intuitivement, chaque argument est attaquable, même si chaque attaque n'est pas couronnée de succès – s'il existait des arguments inattaquables, alors le procès deviendrait inutile.

Ces deux traits caractérisent une situation parajuridique, décrivant toute situation de joute oratoire s'étendant bien au-delà de la seule sphère du procès, même si ce dernier en est le lieu paradigmatique. En droit, cette situation de dialogue argumentatif est augmentée d'un certain nombre de règles procédurales qui lui confèrent un cadre relativement strict ; les plus emblématiques de ces règles concernent l'attribution et la répartition de la charge de la preuve ; comme on va le voir, la défaisabilité du raisonnement juridique naît d'une répartition *inéga*le de la charge de la preuve. Si toute partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels son argument repose, tous les faits pertinents sur lesquels repose la justification de la décision juridictionnelle elle-même n'ont pas besoin d'être prouvés. On rejoint ici l'intuition de Hart selon laquelle la défaisabilité provient à la fois du fait que le juge rend sa décision sur le fondement des arguments mis en avant par les parties (ou de ceux que, se « mettant à la place » d'une des parties, il soulève d'office) et du fait que le demandeur n'a pas besoin de prouver certains faits pour appuyer sa requête.

1 On emploie ces deux termes de manière à peu près interchangeable. Jaap Hage a proposé de les distinguer (voir Hage, 2000a, p. 150).

2 Il arrive que trois parties prennent part au procès (comme c'est souvent le cas dans le procès pénal où les parties civiles sont représentées) ; dans la plupart des cas, cependant, deux parties sur trois réclament la même chose, de sorte que leurs arguments peuvent leur être attribués de manière interchangeable.

SECTION 1. ARGUMENTATION ET DIALECTIQUE

Il excéderait largement le cadre du présent travail de passer en revue les diverses théories formelles de l'argumentation. En effet, comme on l'a déjà souligné plus haut, ces dernières permettent de représenter de très nombreux aspects du raisonnement juridique qui n'ont qu'un lien très indirect avec le problème de la défaisabilité. Les arguments constituent des *inférences* d'un type particulier, et ils instancient jusqu'à un certain degré des *règles d'inférence*. Leur fonction pragmatique n'est cependant pas de dériver des conclusions à partir des prémisses, mais de fournir des *prémisses* en vue d'une conclusion ; les arguments ne sont, en un sens, rien d'autre qu'un certain séquençage des prémisses en vue de la conclusion, et les règles d'inférence interviennent pour déterminer si ce séquençage est valide ou non. C'est pourquoi la fonction pragmatique des arguments, sauf du premier argument qui « ouvre » la discussion, est, au premier chef, d'attaquer d'autres arguments, *i.e.* ceux qui fournissent une raison *prima facie* pour la conclusion inverse de celle que l'on veut obtenir. Or comme Hart l'a remarqué³, il y a deux manières pour un argument d'en attaquer un autre : la première est de le falsifier, *i.e.* de prouver que les faits sur lesquels l'argument repose n'existent pas ; la seconde est de soulever une exception, par laquelle on tend à montrer que, bien que l'argument soit factuellement correct, la règle d'inférence qui le guide n'est pas applicable – voire qu'une règle d'inférence existe de telle sorte que la conclusion de l'argument est réfutée. Si l'argument (ou plutôt la série d'arguments) du ministère public est : « Marcel a tué Jeannot en lui tirant dessus à bout portant, comme cela est avéré par le rapport d'expertise balistique et les traces ADN prélevées sur les lieux du crime ; il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'un meurtre et que Marcel en est l'auteur ; il doit donc être condamné », il y a deux manières pour Marcel d'attaquer cet argument : la première est de nier l'un des faits (en niant le caractère volontaire de l'homicide ; en niant l'homicide lui-même ou en niant en être le responsable, etc) ; la seconde est de ne pas nier les faits, mais en formulant un argument du type : « j'ai été attaqué par Jeannot, comme l'attestent les marques de strangulation sur mon cou ; ma vie était en danger, etc. ; il ne fait aucun doute que j'étais en état de légitime défense, je ne dois pas être condamné. »

La différence entre ces deux types d'arguments (ou de séries d'arguments) est fondamentale pour la couche « inférentielle »⁴ ainsi que pour la couche « procédurale »,

3 Hart, 1948, p. 174. Hart ne parle pas d'argument, mais de « *claim* », ce qui revient au même. On renvoie à la troisième section du troisième chapitre pour une analyse de ce passage.

4 Dans les termes de la logique de Reiter, alors que le premier argument « attaque » le prérequis du défaut : « si homicide volontaire, alors condamnation », le second porte sur sa justification. Or la première possibilité de blocage de la conclusion est commune aux défauts comme aux règles strictes, interprétées comme des formules bien formées quantifiées universellement. Ainsi, si $\forall x.Fx \rightarrow Gx$, la négation de Fx empêche de dériver Gx ; ce dernier peut néanmoins être dérivé par d'autres moyens, la condition étant seulement suffisante et pas nécessaire. Si, dans notre exemple, le ministère public n'a aucun argument attaquant les dénégations de Marcel, alors on obtient la séquence (1) $\forall x.Fx \rightarrow Gx$; (2) $\neg Fa$; (3) $\forall x.Gx \rightarrow Fx \vee H_1x \vee \dots \vee H_nx$; (4) $\neg H_1a \wedge \dots \wedge \neg H_na$; par conséquent (5) $\neg Ga$. Il va de soi qu'il n'y a pas besoin que (4) fasse l'objet d'un argument spécifique : de manière générale, ce qui n'est

comme on va le voir plus loin ; elle est moins importante pour la couche purement argumentative, où ce qui compte est le séquençage des arguments : certains arguments sont logiquement et pragmatiquement dépendants d'autres arguments, par exemple d'arguments de preuve. Ce qui importe est que des arguments attaquent et – si l'attaque est couronnée de succès – défassent d'autres arguments, et non le type de règle d'inférence que ces arguments instancient. On passe ainsi de la défaisabilité des règles d'inférence à la défaisabilité des arguments.

I. LA NOTION D'ARGUMENT

On va évoquer ici brièvement certaines théories de l'argumentation afin de poser un cadre conceptuel relativement général⁵ et d'envisager la manière dont la défaisabilité des arguments peut être envisagée. Toutes les théories de l'argumentation ne sont pas dialectiques ou dialogiques. Si certaines théories sont monologiques par choix, d'autres le sont par nécessité, c'est-à-dire qu'elles conçoivent les arguments comme susceptibles d'être attaqués ou défaits, mais n'ont pas les outils formels adéquats à la représentation de ces traits.

A. Perelman, l'orateur et l'auditoire

On peut ranger dans la première catégorie la théorie de Perelman (et Olbrechts-Tyteca)⁶. Le modèle de Perelman repose en effet sur la relation qu'entretient un orateur avec son auditoire⁷. La validité des arguments dépend de la capacité de l'orateur à obtenir l'adhésion de ce dernier ; celui-ci, en revanche, s'il manifeste son adhésion

pas prouvé est réputé non prouvé. – Il est certes possible d'objecter que le premier type de contre-argument (celui qui consiste à nier les faits) repose également sur des défauts. Par exemple, le fait que Marcel ait tiré sur quelqu'un à bout portant et qu'il existe des traces de son ADN, etc. permet d'inférer défaisablement que Marcel a commis l'homicide – et qu'il l'a commis volontairement. C'est parce que cette inférence est défaisable que Marcel peut nier qu'il a commis l'homicide (ou bien qu'il l'a commis volontairement). Autrement dit, le premier type d'arguments repose sur une défaisabilité qui est conceptuellement du même type que celle du second. Seulement, le premier type d'arguments repose sur des inférences *ordinaires* (même si ces dernières sont éventuellement restreintes par des règles juridiques d'admissibilité de la preuve, qui emportent l'admissibilité des *arguments*) ; le second type d'arguments repose sur des inférences à partir de règles *juridiques* (conçues comme des défauts normaux ou semi-normaux). Seules ces dernières nous intéressent ici. Ce qui compte n'est pas que si A, B, C, alors (défaisablement) X est prouvé ; mais que si X est prouvé, alors (défaisablement) telle conséquence juridique doit être le cas.

- 5 On trouvera une excellente introduction aux théories contemporaines de l'argumentation juridique dans Atienza, 2005.
- 6 Sur le « monologisme de Perelman », voir Haarscher, 1995, pp. 201-210 ; Frydman, 2005, p. 658. Il faut remarquer que les critiques d'Haarscher et de Frydman, d'inspiration habermassienne, sont en grande partie normatives ; on se contente pour notre part de relever l'absence de cadre dialogique chez Perelman, sans en tirer aucune conclusion normative.
- 7 Perelman et Olbrechts-Tyteca, 2008, p. 23. Voir sur la relation orateur/auditoire, Atienza, 2005, p. 49, *sq* ; Aarnio, 2011, p. 100.

ou sa réprobation, n'est pas partie prenante de l'argumentation. En effet, l'auditoire est ici pris comme une référence hypothétique en vue de la construction des arguments ; l'auditoire est donc un critère personnifié du caractère persuasif ou convaincant de l'argument utilisé. Aussi bien cette relation est-elle hypothétique et ne revêt pas nécessairement un caractère réel. Comme l'écrivent Perelman et Olbrechts-Tyteca, l'auditoire est une construction de l'orateur⁸. Lorsque l'orateur est confronté à un auditoire réel, il construit ce dernier en amont afin de découvrir quels sont les arguments qui seront le plus à même de le persuader. Ce faisant, il peut d'ailleurs se tromper, mais l'idée de persuasion suppose l'adaptation de l'orateur à son auditoire tel qu'il s' imagine qu'il est au moment d'élaborer ses arguments. Cette « construction » de l'auditoire trouve son paroxysme dans la notion d'auditoire universel⁹ : un argument est convaincant si et seulement si il emporterait l'adhésion de tout être de raison. La notion d'auditoire universelle est très difficile, en particulier en raison de son caractère circulaire : est rationnel l'argument qui emporterait l'adhésion d'un auditoire universel ; celui-ci se construit, au moment de l'élaboration de l'argument, comme l'auditoire susceptible d'adhérer à des arguments rationnels.

On comprend pourquoi le modèle de Perelman est clairement monologique. Ce qui l'intéresse n'est pas la situation réelle d'argumentation, mais la manière dont une situation contrefactuelle permet de fournir un critère à la validité de l'argumentation : « L'accord d'un auditoire universel n'est pas une question de fait mais de droit. »¹⁰ Et de fait, le caractère purement persuasif de l'argument suppose une construction, en amont de l'argumentation elle-même, de l'auditoire, lui bien réel, auquel on va s'adresser. Dans ce cadre, davantage tourné vers le contexte de justification des arguments que vers le contexte de leur découverte, la situation de dialogue se résume au cas particulier où l'auditoire est réduit à un unique auditeur. Dans ce cas, « le discours dégénère en dialogue »¹¹. Ici, Perelman et Olbrechts-Tyteca s'intéressent moins à la situation réelle de dialogue qu'à la prétention du dialogue, en particulier du dialogue platonicien, à fournir une procédure heuristique de détermination de la vérité. Et de nouveau, la réponse à cette question implique la référence à un critère ultime de justification, de sorte que le dialogue serait une procédure rationnellement valable si et seulement si on considérait « les participants à une discussion désintéressée comme des porte-parole de l'auditoire universel »¹², ce qui, selon les auteurs, est pour le moins audacieux.

Perelman aborde la question de l'argumentation à partir de questions relatives à la justifiabilité rationnelle des arguments, et chez Perelman, la réponse à cette question entraîne l'adoption d'une forme canonique d'argumentation. La structure

8 Perelman et Olbrechts-Tyteca, 2008, p. 23. De fait, la notion d'auditoire universel est l'équivalent monologique de la situation de discussion d'Habermas ; dans les deux cas, il s'agit de situations contrefactuelles fournissant des critères relativement à la valeur des arguments.

9 Perelman et Olbrechts-Tyteca, 2008, p. 40. Pour une réélaboration de la notion d'auditoire universelle au-delà du strict cadre de la nouvelle rhétorique perelmanienne, voir Christie, 2000, spéc. pp. 26-48.

10 Perelman et Olbrechts-Tyteca, 2008, p. 41.

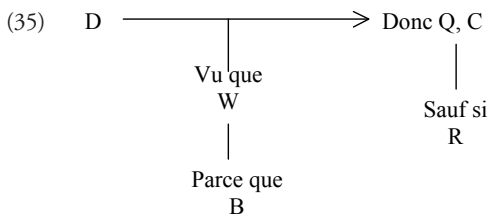
11 Perelman et Olbrechts-Tyteca, 2008, p. 43.

12 Perelman et Olbrechts-Tyteca, 2008, p. 50.

monologique découle nécessairement de la convocation de l'auditoire universel. Or ces questions normatives excèdent très largement le cadre de notre analyse, qui porte uniquement sur la manière dont les arguments sont utilisés au sein d'une situation juridique réelle et sur la structure logique de l'argumentation. On peut ainsi considérer des théories qui sont monologiques par nécessité, telles que celles de Stephen Toulmin et de Robert Alexy. Chez Toulmin comme, dans une moindre mesure, chez Alexy, les arguments sont essentiellement susceptibles d'être attaqués et/ou réfutés¹³, mais les modalités d'attaque ou de réfutation ne font pas l'objet d'une représentation explicite. Chez Alexy, l'importance de la justifiabilité rationnelle de l'argument (qui est tout aussi centrale chez lui que chez Perelman) n'obère pas le caractère dialectique de l'argumentation ; mais celui-ci ne fait pas l'objet d'une formalisation spéciale.

B. Toulmin et le schéma de l'argument

Selon Toulmin, un argument a pour fonction première de justifier une assertion¹⁴. Le besoin de justification, au départ, suppose que l'assertion elle-même a été remise en cause, ou est susceptible d'être remise en cause¹⁵. De même l'argument est susceptible d'être attaqué, ce qui se traduit, jusqu'à un certain point dans sa structure même. En effet, l'aspect le plus célèbre de la théorie de Toulmin réside dans sa représentation de la structure de l'argument, dont le schéma général est le suivant¹⁶ :



De manière schématique, cela donne la chose suivante. Un ensemble de *data* D est utilisé pour appuyer une conclusion C, laquelle est modalisée au moyen de Q (qui signifie quelque chose comme « probablement », « vraisemblablement », « normalement », etc.). Par exemple, (pour faire usage d'un exemple qui n'est évidemment pas de Toulmin) si on a un *datum* D = « Tweety est un oiseau », alors la conclusion C = « Tweety vole » peut être soutenue. Cependant, D doit justifier C, qui ne peut pas être appuyé par n'importe quel data. Aussi bien, si l'on demande pourquoi D justifie C, il

13 Il va de soi que Perelman n'indique nullement que les arguments *ne puissent pas* être réfutés ou attaqués. Chez Perelman cependant, la *fonction primaire* de l'argument n'est pas de servir à un dialogue entre deux orateurs, mais de servir à un orateur pour convaincre un auditoire. Perelman ne nie donc pas l'évidence, à savoir la possibilité du *dialogue*, mais nie que la fonction première de l'argumentation soit le dialogue.

14 Toulmin, 2003, p. 12.

15 Toulmin, 2003, p. 13 *sq.*

16 Toulmin, 2003, p. 97.

faut avancer une garantie (*W*, *warrant*) de ce que l'on avance. Par exemple, l'énoncé : « généralement, les oiseaux volent » servira à garantir que D justifie C. Lorsque la garantie devra à son tour être étayée, elle le sera au moyen d'un fondement (*backing*, *B*), par exemple, l'énoncé d'une loi naturelle, d'une règle, d'une norme, etc. Par exemple, dans notre exemple B = « c'est une réalité statistique que la très grande majorité des oiseaux volent ». En principe B ne peut être contesté. Enfin R (*rebuttal*, *réfutation*) représente l'ensemble des exceptions possibles (par exemple R = « Tweety est un pingouin/une autruche/un émeu, etc. »).

Toulmin ne thématise pas de manière explicite les conditions auxquelles un « dialogue argumentatif » peut prendre place ; la seule présence de R laisse supposer que les arguments sont susceptibles d'être attaqués et défendus au sein d'un jeu argumentatif à plusieurs joueurs, mais aucune méthode de représentation de ce jeu n'est fournie dans *The Uses of Argument*. La raison en est simple : il s'agit pour Toulmin non pas de proposer une théorie complète de l'argumentation, mais de se servir de la notion d'argument comme d'une arme contre l'idée d'inférence syllogistique¹⁷, et plus largement contre l'idée de forme logique, battue en brèche selon lui par la défaisabilité de l'argument¹⁸. On peut néanmoins reconstruire, à partir des observations éparées de Toulmin, la tournure que prendrait un tel jeu¹⁹. En principe, il devrait porter sur trois éléments du schéma ; l'objecteur pourra soit contester D, soit *W*, soit invoquer que R est le cas. On passe sous silence la première possibilité (qui est la plus triviale). Selon Toulmin, pour que l'échange d'arguments puisse prendre place, il est impossible que toutes les garanties soient remises en cause. Si le joueur 1 énonce un argument au moyen de la garantie *W*₁, et que le joueur 2 remet en cause cette garantie, le joueur 2 devra former un argument subsidiaire pour justifier *W*₁, dont la garantie *W*₂ sera elle-même susceptible d'être remise en cause, etc. De ce point de vue, les fondements (B) permettent de couper court à la discussion ; de manière générale, ils n'ont pas besoin d'être explicitement énoncés dans l'argument, mais seulement lorsque l'objecteur a tendance à remettre en cause à de trop nombreuses reprises les garanties des arguments²⁰. La contestation de l'argument se fera donc essentiellement au moyen de R. Il convient d'insister sur le fait que R ne porte pas sur les garanties, ni sur les fondements, mais sur la conclusion de l'argument. R ne définit pas des conditions générales auxquelles les règles (par exemple, celles qui sont énoncées dans le fondement) ne sont pas appliquées, mais seulement les conditions auxquelles un argument particulier peut être réfuté. De cette manière, les fondements et les garanties sont laissés inchangés par le cours que prend la critique de l'argument. De fait, l'objecteur qui énoncera R (« Tweety est un pingouin ») aura également besoin de mettre en place un argument, et de garantir la justifiabilité de la conclusion (par exemple : « Tweety ne vole pas ») au moyen du *datum* instanciant R au moyen d'une garantie, elle-même fondée.

17 Toulmin, 2003, p. 100 *sq.*

18 Toulmin emploie explicitement ce terme en référence à Hart (Toulmin, 2003, pp. 131-132).

19 Voir pour une interprétation dialectique des *rebuttals*, Slob, 2006, p. 173 *sq.*

20 Toulmin, 2003, pp. 98-99.

La structure de l'argument selon Toulmin offre des ressemblances assez frappantes avec les défauts semi-normaux élaborés un quart de siècle plus tard par Reiter²¹ : dans le schéma de Toulmin, Q apparaît en effet comme l'équivalent fonctionnel de la partie « normale » de la justification chez Reiter (celle qui est identique à la conclusion) et R apparaît comme l'équivalent de la partie non normale (celle qui énonce l'exception « explicite »). Chez Toulmin, comme dans la logique des défauts semi-normaux, les exceptions sont donc avant tout des *rebutters*, *i.e.* des moyens de réfuter directement la conclusion. Il y a cependant deux différences importantes entre les défauts de Reiter et les arguments de Toulmin : en premier lieu, les défauts de Reiter sont des règles d'inférence, les arguments de Toulmin sont des inférences concrètes ; ensuite, les défauts de Reiter ne comprennent pas de « fondement » ou de *backing*. On pourrait dire qu'ils jouent à la fois le rôle des fondements de Toulmin et celui d'un modèle pour l'argument concret pris dans sa totalité.

C. Alexy : argumentation et rationalité discursive

On peut enfin se pencher sur la théorie de l'argumentation juridique d'Alexy. La thèse bien connue d'Alexy est que le discours juridique est un « cas spécial » du discours pratique général²², répondant aux mêmes exigences de rationalité discursive que ce dernier. La comparaison avec Perelman est ici intéressante. Comme Perelman, Alexy établit un lien entre l'exigence de rationalité et la forme de l'argument. Mais chez Perelman, le dialogue suppose une joute rhétorique stérile, où les arguments sont moins construits pour convaincre un auditoire que pour prévenir les attaques d'autres arguments – rendant hautement improbable l'hypothèse selon lequel l'un des deux participants serait la personnification de l'auditoire universel. Chez Alexy, les arguments sont essentiellement ouverts à la discussion, voire à l'attaque et à la réfutation, mais l'exigence de rationalité entraîne des contraintes sur la manière dont chaque partie construit ses arguments.

Selon Alexy, un argument prend nécessairement la forme suivante²³ :

$$(36) \quad \begin{array}{c} G \\ R \\ \hline N \end{array}$$

où G est une raison (*ground*), N est un énoncé normatif et R une règle. Par exemple G=A a menti ; R=Mentir est mauvais ; N=A a mal agi. On retrouve ici une version du syllogisme pratique, à ceci près que chaque partie de l'argument est susceptible de faire lui-même d'objet d'un argument, c'est-à-dire d'une justification. En particulier, les règles elles-mêmes peuvent faire l'objet d'un argument, et on peut arguer de ce que la justification des règles répond à une exigence minimale de rationalité. La justification

21 Voir sur la comparaison entre Toulmin et Reiter, Parent, 2002, p. 11 ; Verheij, 2009, p. 227.

22 Alexy, 1989, p. 2011 *sq.*

23 Alexy, 1989, p. 198. On suit ici la traduction anglaise de l'ouvrage d'Alexy.

« parce que c'est la règle » n'est jamais pleinement convaincante d'un point de vue rationnel.

De fait, dont la théorie est en grande partie normative²⁴, énonce un grand nombre de règles ayant pour fonction d'assurer la rationalité de l'argumentation. On ne va pas les évoquer en détail, mais on peut néanmoins faire à leur égard deux remarques succinctes. En premier lieu, la plupart de ces règles présupposent une situation de dialogue ou de discussion ouverte : les règles d' concernent la manière dont les locuteurs peuvent entrer au sein de la discussion et modifier le cours de celle-ci. Par exemple : « quiconque peut parler peut prendre part au discours » (règle 2.1.)²⁵ ; « quiconque a soulevé un argument n'est obligé de produire des arguments supplémentaires qu'en cas de contre-argument » (règle 3.3.)²⁶.

En second lieu, il est possible de réinterpréter ces règles comme les règles procédurales d'un jeu de dialogue formalisé. C'est en particulier ainsi que les a utilisées Thomas Gordon dans son « jeu de plaidoiries »²⁷ (sur lequel on reviendra plus bas) ; si on définit un jeu formel à plusieurs joueurs effectuant des coups (*moves*) argumentatifs, les règles d' permettent de déterminer à la fois la position des joueurs – et ce qui peut être attendu d'eux – et les coups qui ne sont pas permis ou sont permis à des conditions spéciales.

Pour ces deux raisons, on peut dire que la théorie d'Alexy est quasi dialogique. Il faut néanmoins souligner qu'Alexy n'offre aucune formalisation de la situation de discussion elle-même, et que l'application de sa théorie générale du discours pratique à l'argumentation juridique en met avant tout en valeur les aspects monologiques²⁸.

II. QUELQUES SYSTÈMES DIALECTIQUES D'ARGUMENTATION DÉFAISABLE

L'idée sous-jacente à un modèle dialectique du raisonnement juridique est que l'issue d'un litige, et, plus largement, une décision juridictionnelle suppose un certain mode d'introduction des prémisses, et que celui-ci affecte l'issue du raisonnement. Comme l'écrit Aulis Aarnio dans le cadre d'une théorie générale du raisonnement juridique : « La procédure de justification est essentiellement un dialogue. C'est une succession de questions et de réponses sur la base desquels différents arguments *pro* et *contra* seront présentés. »²⁹

24 « La théorie du discours rationnel est une théorie normative du discours » (Alexy, 1989, p. 180).

25 Alexy, 1989, p. 193.

26 Alexy, 1989, p. 197.

27 Gordon, 1994, pp. 242-243.

28 La théorie de l'argumentation spécifiquement juridique d'Alexy n'est rien d'autre qu'une théorie du *raisonnement* juridique, qui est en grande partie détachable de sa théorie générale du discours pratique. (Voir Alexy, 1989, pp. 221-285).

29 Aarnio, 1993, p. 229.

La décision dépend en effet des arguments soulevés au cours de l'audience (ou, de manière évidemment beaucoup plus restrictive, dans les mémoires lorsque la procédure est écrite) ; comme on l'a déjà fait remarquer, la possibilité pour le juge³⁰ de soulever des moyens d'office dépend des règles secondaires contingentes propres à chaque système juridique. Il va de soi que, si on pouvait concevoir un système juridique où le juge serait habilité à soulever l'ensemble des moyens d'office, le procès se résumerait en une suite d'arguments tendant à l'établissement de faits et à leur réfutation ; le juge déterminerait par la suite seul l'intérêt juridique de chacun des faits évoqués. Dans la plupart des cas, il n'en va pas ainsi ; les parties et leurs conseils ne se contentent pas de prouver des faits, mais argumentent relativement à la pertinence juridique de ces derniers. Et, même lorsque le juge est habilité à soulever des moyens d'office, il ne le fait qu'à l'issue d'une argumentation concrète développée par les parties, qui, par intérêt ou par incompétence, ont passé sous silence un moyen déterminant³¹. De manière générale, on peut supposer que le modèle standard est celui où l'ensemble des arguments sont avancés par les parties ; ce modèle peut être affiné au ajoutant les cas où le juge se met pour ainsi dire à la place d'une partie.

Non seulement les arguments influencent la décision, mais ils s'influencent mutuellement. C'est ici qu'intervient la couche « dialectique » de l'argumentation. En effet, l'introduction d'un argument A_j tel que $j > 1$ (A_1 étant l'argument « introductif d'instance », pour ainsi dire) dépend de la présence, au sein du corpus d'arguments a , d'un argument A_i tel que $1 \leq i < j$ et tel que A_i tend vers une conclusion opposée à celle à laquelle tend A_j . Plus simplement, l'introduction d'un argument au sein de a dépend des arguments déjà avancés par les parties adverses. La conclusion à laquelle tend chaque argument peut être la décision souhaitée, ou une conclusion intermédiaire ; en tout état cause, chaque argument tend vers sa conclusion plus qu'il ne détermine cette dernière, dès lors qu'il est exposé à l'attaque de la part de l'autre partie. Ce processus d'attaque et de défaites des arguments en vue d'une conclusion opposée suppose une structure dialogique. Par conséquent, une représentation de ce processus doit non seulement représenter les arguments qui sont l'objet du processus, mais le processus lui-même, *i.e.* la manière dont chaque partie introduit les prémisses de la décision finale.

De nombreux systèmes ont été bâtis afin de représenter la structure dialectique du raisonnement. Ainsi, dans un ouvrage célèbre, Paul Lorenzen et Kuno Lorenz ont montré que les règles de validité logique, en particulier la caractérisation des opérateurs vérifonctionnels (conjonction, disjonction, implication, négation), pouvaient se voir

30 On passe sous silence la possibilité pour des tiers de soulever des moyens. Par exemple, dans certains cas, le ministère public peut faire valoir par voie d'action certaines nullités du contrat (sur le fondement, assez flou il est vrai, de l'article 423 du Code de procédure civile).

31 Ainsi, le juge civil français qui soulève un moyen d'office ne peut le faire qu'en respectant le principe du contradictoire, et doit inviter les parties à présenter leurs observations (Code de procédure civile, art. 16). En matière contractuelle, la possibilité pour le juge de soulever des nullités d'office a longtemps été restreinte par la doctrine aux nullités absolues. Elle s'est progressivement élargie, en particulier en droit de la consommation, sous l'influence de la jurisprudence européenne (voir par exemple l'article 141-4 du Code de la consommation qui dispose que « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application »).

donner une présentation dialogique³². Par exemple, au lieu de bâtir l'habituelle table de vérité de « $\wedge$ », on construit un tableau à double colonne, avec dans la colonne de droite le proposant (P) et dans la colonne de gauche l'opposant (O). P avance que $A \wedge B$ (où A et B sont des littéraux quelconques) ; O attaque cet argument en remettant en question A ou B ; si P peut défendre la conjonction (en réaffirmant respectivement A ou B), alors la conjonction est vraie.

Le modèle de Lorenzen et Lorenz se donne avant tout pour but de fournir une image dialectique de l'inférence *logique*. C'est pourquoi il est impropre à représenter de manière efficace des conflits d'arguments, car ce n'est pas ce à quoi il sert au départ. En effet, dans ce modèle, l'un des « joueurs » perd lorsqu'il ne peut plus attaquer un argument sans se contredire ou sans renoncer un à argument à l'égard duquel il s'est préalablement engagé.

On peut également mentionner d'autres modèles dialogiques reposant pour la plupart sur une méthode des tableaux analogue à celle de Lorenzen et Lorenz : par exemple, la théorie des paralogismes de Hamblin³³, les quatre systèmes de MacKenzie³⁴ et la dialectique de Rescher³⁵. De même, en *AI&Law*, de très nombreux systèmes ont été bâtis afin de représenter la structure dialectique de l'argumentation juridique. Il excéderait très largement le cadre de l'analyse de tous les étudier en détail³⁶ : c'est pourquoi on va essentiellement mentionner deux théories à titre d'exemples, le modèle de Prakken et Sartor, et celui de Thomas Gordon qui ont la particularité de n'être pas l'application au droit d'une modélisation préexistante, mais spécialement calibrés pour formaliser le raisonnement juridique ou parajuridique. On va les présenter de manière informelle afin de ne pas alourdir davantage le propos.

A. Le modèle de Prakken et Sartor

Henry Prakken et Giovanni Sartor ont séparément et conjointement³⁷ bâti une théorie complexe et ambitieuse de l'argumentation juridique. On commence par définir la notion d'un cadre argumentatif AF (*argumentation framework*), qui comprend cinq éléments : un langage logique sous-jacent, les définitions d'un argument, d'un conflit d'arguments et d'une défaite d'arguments par d'autres arguments et enfin une

32 Lorenzen et Lorenz, 1978, spéc. p. 38 *sq.* Pour un commentaire éclairant sur la logique dialogique et, plus largement, sur l'école d'Erlangen, voir Alexy, 1989, p. 138 *sq.* ; Hage, 2000a, p. 138 *sq.*

33 Hamblin, 1970, spéc. p. 260 *sq.*

34 MacKenzie, 1990.

35 Rescher, 1977, spéc. pp. 5-7 pour une présentation informelle.

36 On passera ainsi sous silence les théories importantes de Skalak et Rissland, 1991, Simari et Loui, 1992 Vreeswijk, 1993 ; Freeman et Farley, 1996 ; Lodder, 1999 ; Bench-Capon *et al.*, 2001. On trouvera un aperçu de certaines de ces théories dans Prakken et Vreeswijk, 2002 ; Hage, 2000a ; Bench-Capon, Prakken et Sartor, 2009, spéc. p. 372 *sq.*

37 Sartor, 1994 ; Prakken et Sartor, 1996 ; Prakken et Sartor, 1997 ; Prakken, 1997, pp. 151-178. Prakken a modifié ce système dans Prakken, 2001, mais on n'évoque ici que le système originel. On trouvera une présentation en français beaucoup plus complète que la nôtre du modèle de Prakken et Sartor dans Parent, 2002, p. 106 *sq.* ; Livet et Parent, 2002 p. 234 *sq.*

évaluation des arguments³⁸. Un AF permet de définir, à chaque étape d'un dialogue argumentatif, une relation entre les prémisses introduites jusqu'alors et les conclusions intermédiaires qui peuvent en être retirées ; il permet donc d'évaluer le caractère conclusif ou non des arguments sur le fondement de la logique qui lui est sous-jacente. Comme Prakken et Sartor le soulignent³⁹, les AF ne servent pas à modeler le processus d'argumentation lui-même, c'est-à-dire qu'ils ne permettent pas de définir à quelles conditions une dispute est équitable ou quelles sont les stratégies possibles pour introduire de nouvelles informations. Ils servent uniquement à représenter la manière dont, sur la base de règles d'inférence, les arguments sont conclusifs ou non, défendables ou non, défaits ou non.

Le langage sous-jacent comprend l'ensemble des connecteurs logiques habituels, auxquels Prakken et Sartor⁴⁰ ajoutent, de manière intéressante, une distinction entre deux sortes de négation, une négation forte et une négation faible. Si φ est un littéral, alors $\neg\varphi$ est un littéral fort, qui peut être traduit en : « ce n'est pas le cas que φ » ; en revanche $\sim\varphi$ est un littéral faible qui peut être traduit en : « il n'y a aucune preuve que φ ».

Le système logique (qui constitue le premier élément d'un AF) est composé de règles d'inférences unidirectionnelles. Prakken les envisage sur le modèle des défauts non normaux de Reiter, où la justification est une tautologie⁴¹ (*i.e.* n'importe quelle formule valide) : $\varphi:T/\psi$ où T est n'importe quelle formule valide. On peut abrégé cette notation et représenter les règles d'inférence au moyen de règles défaisables du type $\varphi \Rightarrow \psi$ développable en $\varphi_1 \wedge \dots \wedge \varphi_n \Rightarrow \psi$. Cela permet de représenter des défauts sans prérequis, par exemple $\Rightarrow \psi$ qui signifie un « fait défaisable », par quoi on entend quelque chose qui est présumé sans avoir été formellement établi. Par conséquent $\Rightarrow \psi$ pourra faire l'objet d'un argument qui pourra être défait, au même titre que les règles défaisables.

On introduit également des règles strictes, exprimées au moyen d'énoncés du type $\varphi \rightarrow \psi$ (il faut prendre garde que $\rightarrow$ n'est pas un opérateur du langage objet ; il ne doit donc pas être assimilé à l'implication matérielle). Les règles strictes s'entendent comme les « faits » des théories de Reiter. Par conséquent, si Pa est un fait, il s'exprime au moyen d'une règle non conditionnelle « $\rightarrow Pa$ ». Pour notre part, on continuera de parler de « faits » au sujet des règles strictes et on emploiera la flèche $\rightarrow$ uniquement dans les formules bien formées *quantifiées* – on modifie donc la terminologie de Prakken et Sartor. Quand on emploiera une formule, par exemple φ , sans plus de spécification, on entendra un fait insusceptible d'être réfuté.

Enfin, on introduit une relation d'ordre partiel strict (*i.e.* une relation d'ordre transitive et asymétrique) $<$, de telle sorte que $x < y$ signifie que y a priorité sur x .

38 Prakken et Sartor, 1996, p. 333.

39 Prakken et Sartor, 1996, p. 334.

40 Prakken et Sartor, 1996, p. 337 ; Prakken et Sartor, 1997, p. 29 ; Prakken, 1997, p. 172.

41 Prakken, 1997, p. 153.

Le deuxième élément d'un AF est la définition d'un argument. Un argument en faveur d'une proposition est la preuve de cette proposition dans la logique du langage sous-jacent. Un argument est donc un ensemble d'*instances* des règles d'inférence du langage logique sous-jacent. On dit d'un argument instanciant une règle qu'il *contient* une règle. De même, un argument instanciant un fait (chez Prakken et Sartor une règle stricte) est dit contenir ce fait. L'argument se représente au moyen d'un *nom* et d'un ensemble de règles et/ou de faits comprises entre crochets. Si $r_1 : a \Rightarrow b$ est une règle, alors $A = [r_1 : a \Rightarrow b]$ est un argument. Un argument A est strict s'il contient une règle stricte ; autrement, A est défaisable. Un argument A' est un sous-argument propre de A ssi A' est une sous-suite propre de A. Par exemple, si $A = [f_1 : a ; r_1 : a \Rightarrow b]$, alors $A' = [f_1]$ est un sous-argument de A. Il importe en effet de souligner que les éléments compris dans les crochets (*i.e.* les faits et les règles contenus dans l'argument) constituent une *suite* dont l'ordre n'est pas modifiable. Un littéral φ est une conclusion de A ssi φ est le conséquent d'une règle ou d'un fait de A ; un littéral φ est une présomption (*assumption*)⁴² si $\sim \neg \varphi$ appartient à une règle de A.

On peut maintenant introduire le troisième élément d'un AF qui est la notion d'un conflit d'argument et qui permet de modéliser le caractère dialectique de l'argumentation. Il y a deux manières pour un argument d'attaquer un autre argument. La première manière est la suivante. Supposons que A soit un argument dont φ est la conclusion ; B attaque A si $B a \neg \varphi$ pour conclusion. La seconde manière est la suivante. Soit A un argument qui a pour présomption $\neg \varphi$ (c'est-à-dire que $\sim \varphi$ appartient à une règle de A) ; B attaque A si $B a \neg \varphi$ pour conclusion. Ici il ne s'agit pas d'indiquer quel est l'argument qui sort victorieux, mais uniquement en quoi consiste l'attaque. Cette dernière consiste uniquement en un conflit ordonné (mais non encore priorisé) d'arguments : un argument attaque un autre argument s'il intervient « après » lui et s'il est en conflit avec lui. Un argument peut d'ailleurs s'attaquer soi-même ; un tel argument est incohérent.

Le quatrième élément de AF, qui suppose le troisième, est la notion de la défaite d'un argument par un autre argument. Un argument B défait un argument A lorsque la conclusion de A ne peut pas être dérivée ; autrement dit, un argument B défait un argument A lorsque son attaque est couronnée de succès. Cela suppose qu'une priorité ait été effectuée entre les deux arguments conflictuels. Lorsque l'attaque du premier type est couronnée de succès, c'est-à-dire que B ayant pour conclusion $\neg \varphi$ est priorisé sur un argument A ayant pour conclusion φ , alors B réfute (*rebutts*) A. Lorsque l'attaque du second type est couronnée de succès, c'est-à-dire que B ayant pour conclusion $\neg \varphi$ est priorisé sur un argument A ayant pour présomption φ , alors B mine (*undercuts*) A. On retrouve ici la distinction entre *rebutters* et *undercutters*, à ceci près que la manière dont Prakken et Sartor la manient rend inutile les clauses d'exception pour les *rebutters*. En effet un

42 On surtraduit l'anglais « assumption » par présomption, dans la mesure où cette notion est analogue à celle de *non-refutandum* dans le modèle procédural de Sartor que l'on évoquera plus bas. La différence massive est que dans le modèle de Prakken et Sartor, les présomptions peuvent appartenir aussi bien à l'antécédent et au conséquent d'une règle.

argument B réfute un autre argument A si A est défaisable – *i.e.* A ne contient pas une règle stricte – et si A contient une règle stricte (*rebutter* dur) ou si B contient une règle défaisable priorisée sur la règle instanciée dans A au moyen de l'ordre partiel strict $<$ (*rebutter* doux). On n'a pas besoin d'une clause d'exception pour représenter la défaite de A par B, dans la mesure où cette clause serait en réalité une *présomption* au sens de Sartor et Prakken. Dans le modèle évoqué plus haut, une clause d'exception appartient à la justification d'un défaut semi-normal ; de ce fait, la conclusion est dérivable, dès lors qu'il n'est pas montré que les exceptions sont présentes – on n'a pas besoin de montrer qu'elles sont absentes, car si c'était le cas, elles appartiendraient au prérequis et non à la justification du défaut (on renvoie au début de la première section du quatrième chapitre pour les définitions de ces termes).

A l'inverse, les *undercutters* font l'objet de clauses d'exception, qui sont précisément les présomptions. Lorsque la négation de toute clause d'exception est couronnée de succès, alors on a affaire à un *undercutter*. En effet B mine A si B, joint à l'ensemble des faits (règles strictes et faits établis) a pour conclusion la négation de la présomption appartenant A. Cela revient à dire que les *rebutters* ne sont pas représentables dans des clauses d'exceptions et que seuls les *undercutters* le sont. Il faut cependant remarquer que, contrairement à ce qui était le cas plus haut, *rebutters* et *undercutters* ne désignent pas des règles (des défauts ou des règles strictes), mais des arguments : ils décrivent tout simplement la manière dont les arguments défont d'autres arguments. Il faut donc se garder d'identifier les *rebutting arguments* aux *rebutters* évoqués plus haut lors de la classification des exceptions : ce qui est décrit n'est pas le rapport entre des règles, ou entre des règles et leurs exceptions, mais la manière dont les arguments défont d'autres arguments.

A partir des notions de *rebutting* et *undercutting arguments*, on peut définir la défaite d'un argument par un autre. B défait A si B mine (*undercuts*) A ou si B réfute A et A ne mine pas B. Il faut noter que cette notion de défaite est une notion faible. En effet, la défaite d'un argument par un autre tient à l'ordre dans lequel ils sont introduits. Si A est introduit, puis que B attaque A, il n'y a pas nécessairement besoin que B soit plus fort que A, mais uniquement qu'il ne soit pas inférieur à A (c'est-à-dire que la relation de priorisation entre les règles contenues dans chacun des arguments est non stricte $\leq$). La raison en est qu'il suffit à B, pour défaire A, de montrer que A ne vaut pas au-delà de tout doute raisonnable, c'est-à-dire de jeter un doute sur A. B *défait strictement* A lorsque B défait A et A ne défait pas B, *i.e.* lorsque B est strictement plus fort que A (la relation de priorisation entre les règles est alors stricte $<$).

Enfin, le cinquième élément de l'AF consiste dans l'évaluation de chaînes d'arguments. Jusqu'ici, on s'est contenté de comparer des paires d'arguments, mais dans une argumentation plus complexe, des arguments peuvent défaire certains arguments et être défaits par d'autres. Il faut donc trouver un moyen d'évaluer le statut d'un argument par rapport aux autres arguments en présence. Pour ce faire, on commence par définir la situation dialectique au moyen d'un jeu de dialogue.

On suppose que les arguments sont répartis et avancés tour à tour par deux parties, un proposant (*proponent*) et un opposant. Chaque « coup » du dialogue consiste dans un argument basé sur la théorie de défaut, c'est-à-dire instanciant des faits et/ou des règles défaits de la théorie ; les coups sont ordonnés de manière stricte, de sorte que chaque argument (qui peut comprendre de nombreux sous-arguments⁴³) a pour but de défaire un argument précédent. Un argument gagne un coup lorsqu'il défait (réfute ou mine) l'argument qu'il attaque. Un joueur gagne le dialogue si aucun coup n'est plus possible à l'autre joueur sur la base de la théorie de défauts.

On peut ainsi distinguer trois statuts différents pour un argument. (On va simplifier ici la présentation, et passer sous silence une distinction importante chez Prakken et Sartor, celle entre dialogue et arbre de dialogue). Un argument A est *justifié* s'il est utilisé dans un coup gagnant, c'est-à-dire qu'il permet de remporter le dialogue ou une étape du dialogue. Un argument est *renversé* (*overruled*) si et seulement si il est attaqué par un argument justifié. Un argument est *défendable* s'il n'est ni justifié ni renversé. Un argument défendable est soit un argument qui pourrait être attaqué mais qui ne l'est pas, soit un argument attaqué sans succès, mais ne remportant pas pour autant le coup (les deux arguments sont indécis). On peut, de même, définir une conclusion justifiée comme celle qui est la conclusion d'un argument justifié ; une conclusion défendable est une conclusion qui n'est pas justifiée et est la conclusion d'un argument défendable ; une conclusion renversée est une conclusion qui n'est ni justifiée ni défendable, mais qui est la conclusion d'un argument renversé.

Il faut remarquer enfin que le jeu de dialogue répartit inégalement la charge de l'argumentation entre le proposant et l'opposant – cette charge de l'argumentation ne doit pas encore être envisagée comme une charge de la preuve au sens juridique du terme : le jeu de dialogue envisagé constitue seulement une situation parajuridique, applicable au raisonnement juridique. Sauf dans les cas complexes (par exemple, en droit, les cas de demande reconventionnelle⁴⁴), le proposant veut que sa conclusion soit justifiée, tandis que l'opposant veut uniquement que cette conclusion ne soit pas justifiée (et non nécessairement qu'une autre conclusion soit justifiée). Alors que le proposant veut que sa conclusion tienne au-delà de tout doute raisonnable, l'opposant veut uniquement jeter un doute sur la conclusion. Le coup du proposant devra donc être *strictement* défaissant ; le coup de l'opposant pourra être simplement, ou faiblement, défaissant.

43 Il ne faut pas confondre sous-argument et argument intermédiaire. Tous les arguments d'un joueur sont des arguments intermédiaires afin de prouver la conclusion finale que souhaite établir le joueur. Un sous-argument constitue une sous-suite d'un argument. Alors qu'un argument intermédiaire constitue un coup, un sous-argument ne constitue pas un coup complet.

44 De manière générale, il faut se garder d'assimiler le couple dialectique proposant/opposant et le couple juridique requérant/défendeur.

B. Les jeux de plaidoiries

Le modèle de Thomas Gordon⁴⁵, qui est l'un des premiers systèmes argumentatifs dialectiques qui soit *directement* inspiré de la philosophie du droit (ici, de la théorie de Robert Alexy). Il présente un certain nombre de différences importantes avec le système de Prakken et Sartor. La première différence, qui est de taille, est que le modèle de Gordon est normatif. Il ne sert pas à modéliser tout jeu de dialogue argumentatif, mais à fournir des *règles du jeu* d'un dialogue rationnel. La seconde différence est qu'alors que le modèle de Prakken et Sartor est clos, c'est-à-dire repose sur une théorie de défauts fixe définie à l'avance, le modèle de Gordon est ouvert, c'est-à-dire qu'il permet l'ajout de nouvelles prémisses au cours du dialogue.

Le modèle de Gordon porte sur des « jeux de plaidoiries » (plutôt que sur des jeux de dialogue), de telle sorte que la référence au droit est inscrite dans la formalisation même du système. De fait, le modèle repose non pas sur un couple « proposant/opposant », mais plus classiquement, sur le couple « requérant/défendeur » du procès civil. Le premier « coup » du dialogue est effectué par le requérant, qui énonce sa requête. Cette dernière détermine ce sur quoi porte le dialogue. Le défendeur peut soit accepter l'argument énoncé dans le premier coup – auquel cas le jeu est terminé – ou le contester. À partir de cela, le jeu consistera en une série d'arguments du requérant visant à prouver sa requête initiale et une série d'arguments du défendeur visant à contester cette dernière.

L'objectif du jeu de plaidoirie n'est pas de décider quel est l'argument qui a gagné (c'est une différence supplémentaire avec le modèle de Prakken et Sartor). En effet, la plaidoirie n'est qu'une étape du procès, qui n'est clos que par la décision du juge – celle-ci fait par ailleurs l'objet d'une formalisation de la part de Gordon, mais on la laisse de côté pour les besoins de l'analyse. L'objectif de la plaidoirie est d'identifier les *enjeux juridiques et factuels* du cas d'espèce. Cela est dû au fait que l'argumentation est effectuée à partir d'un ensemble ouvert de prémisses (de règles et de faits). En effet, alors que chez Prakken et Sartor, la considération de l'ensemble de prémisses, c'est-à-dire de la théorie close initiale permet de déterminer qui a gagné l'argument, chez Gordon, des prémisses peuvent être introduites au cours du jeu. Par conséquent, la détermination du vainqueur ne découle pas automatiquement de la considération de la théorie initiale : à l'issue du jeu, on sait seulement quels sont les problèmes juridiques et factuels pertinents pour le cas d'espèce. Il se peut évidemment qu'il n'y ait qu'une seule décision possible sur la base de la plaidoirie, mais il arrivera souvent que divers problèmes restent pendants, et que le vainqueur ne soit pas automatiquement désignable à l'issue de la plaidoirie.

De fait, si le jeu de plaidoirie n'est pas fait pour déterminer le vainqueur, et ne peut donc être utilisé à cette fin, tous les coups sont en principe permis ; c'est pourquoi

45 Voir en particulier deux articles Gordon, 1993 ; Gordon, 1994. Gordon a également fait paraître en 1995 un ouvrage fournissant une théorisation plus complète, mais nous n'avons pu y avoir accès durant la rédaction de ce travail.

le modèle de Gordon est normatif. En effet, un jeu de plaidoirie suppose le respect d'un certain nombre de règles de rationalité qui restreignent le scope des coups possibles. D'où la reprise d'un certain nombre des règles procédurales d'Alexy⁴⁶.

On peut maintenant évoquer les types de coups permis dans le jeu de plaidoirie. Les coups sont plus variés que dans le modèle de Prakken et Sartor, car, contrairement à de dernier, les joueurs peuvent introduire de nouvelles prémisses au cours du dialogue⁴⁷. En effet, dans le modèle de Prakken et Sartor, le seul coup permis face à un argument est un contre-argument. Chez Gordon, l'introduction de la nouvelle prémisse ne donne pas nécessairement naissance à un argument contenant cette prémisse – c'est-à-dire utilisant cette prémisse pour soutenir une conclusion. L'introduction de la nouvelle prémisse constitue un *coup* à part entière. Par conséquent, le coup suivant ne pourra pas être un contre-argument réfutant l'argument initial.

Chaque prémisse (initiale ou nouvelle) constitue une allégation (*claim*). Par exemple, si j'introduis une nouvelle règle, j'allègue *eo facto* que cette règle est valide (je n'ai pas besoin, à ce stade, de bâtir un argument pour montrer que la règle est valide). Cette allégation constitue un coup à part entière. Si *p* est une *formule*, alors (allègue *p*) est un *énoncé*. Le coup suivant sera soit une *concession*, soit une *négation*, qui sont des types d'assertion. Si *s* est un énoncé, alors (concede *s*) et (nie *s*) sont des assertions. Si *s* (c'est-à-dire (allègue *p*), par exemple) est nié, alors celui qui a effectué l'allégation peut la défendre au moyen de l'assertion (defend *s*).

Le premier coup du jeu est une allégation. Le requérant émet une formule, par exemple : « Marcel doit me verser 1 000 euros ». Le fait pour le défendeur d'introduire cette formule constitue une allégation. Si le défendeur nie cette allégation, c'est-à-dire émet l'assertion (nie (allègue *p*)), alors le requérant devra introduire de nouvelles prémisses. Le fait pour une prémisse de soutenir l'énoncé initial constitue un *argument*. Le défendeur devra alors réfuter cet argument au moyen d'un contre-argument, et ainsi de suite.

Un argument est un ensemble de formules, tels que l'une des formules est soutenue par le reste des formules, *i.e.* est dérivable de la théorie à laquelle ces formules appartiennent. Par conséquent, les arguments sont des instanciations des *règles* contenues dans les prémisses. Un argument se compose de deux types de formules : des allégations et des présomptions (qui ne sont pas définies formellement par Gordon). Une allégation comme une présomption peuvent appartenir soit au *corps* de l'argument, soit à la conclusion que ce dernier soutient – on peut, par exemple, chercher à établir une présomption au moyen d'un argument.

Un argument *B* d'un argument *A* est un contre-argument de *A* si l'ensemble formé par *A*, *B* et la théorie à ce stade de la dispute (puisque la théorie peut être augmentée par la suite par de nouvelles prémisses) est inconsistent. *B* est un *contre-argument défaiseur* de *A* si toutes les présomptions de *B* sont priorisées sur quelque assumption

46 Voir Gordon, 1993, p. 10 ; Gordon, 1994, pp. 242-243.

47 Voir pour une comparaison Prakken, 1997, p. 266 ; voir aussi Lodder, 1999, p. 116.

de A. On dit que B est protégé de A si B contient un sous-argument qui défait A ; B est une réfutation (*rebuttal*) de A si et seulement si A n'est pas protégé de B. (L'idée de *rebuttal* est analogue à celle de défaite non stricte chez Prakken et Sartor : B « réfute » A si et seulement si A ne contient pas un sous-argument défaisant « strictement » – au sens de Prakken et Sartor – B ; autrement dit, B défait A si B n'est pas inférieur à A).

Les modèles de Prakken et Sartor et de Gordon ne sont pas incompatibles, mais ils représentent en réalité deux choses différentes. Le modèle de Prakken et Sartor est un modèle descriptif et statique : il décrit la manière dont, à partir d'un ensemble fixe de prémisses, deux adversaires argumentent. Le modèle de Gordon est normatif et dynamique (et normatif parce que dynamique) : il permet de *construire* un jeu de dialogue rationnel sujet à un ajout non limité (et non trivial, naturellement) de prémisses.

SECTION 2. THÉORIES PROCÉDURALES

La plupart des théories procédurales reposent sur un cadre globalement dialogique ou dialectique (comme on va le voir, Duarte d'Almeida est un cas à part) : la différence avec les théories dialectiques « pures » (*i.e.* ne comprenant pas de volet procédural) provient essentiellement de ce que les règles juridiques ne constituent pas seulement des règles d'inférence défaisables pour des arguments, mais qu'elles séquent ces arguments en attribuant *sélectivement* la charge de la preuve à l'une ou l'autre des parties. Alors que tout argument vise à prouver un fait (chez Gordon à supporter une allégation), un fait peut être réputé prouvé en l'*absence* d'argument à cette fin. Ainsi, il est généralement réputé prouvé que X n'était pas en état de légitime défense, sauf si X apporte la preuve du contraire. En revanche, il n'est jamais réputé prouvé que X a tué Y ou qu'il l'a fait volontairement. Comprises ainsi, les exceptions supposent un jeu de *présomptions*. Contrairement aux deux modèles énoncés ci-dessus, les présomptions doivent s'entendre ici comme autre chose que des fonctions logiques ; ce sont des conséquences contingentes de règles procédurales elles-mêmes contingentes⁴⁸.

La troisième couche de la défaisabilité juridique, qui en constitue le caractère strictement juridique, tient à cette répartition de la charge de la preuve. Les deux premières couches (logique/inférentielle, dialectique) ne sont pas éliminées. Mais il faut expliciter cette troisième couche pour que le modèle soit complet. En effet, la couche logique permet d'indiquer comment l'ajout de nouvelles informations permet de défaire une inférence à partir d'une règle défaisable (ou d'un défaut) ; la couche dialectique permet d'indiquer de quelle manière l'ajout de nouvelles informations a

48 Comme l'écrit Prakken : « La doctrine juridique sur la charge de la preuve peut changer alors que la règle de droit [si alors b sauf c] ne change pas » (transformant ainsi les « exceptions » en « conditions négatives »). Prakken ajoute : « Les débats sur la charge de la preuve ne doivent pas être regardés comme des débats sur la forme logique [des règles] » (Prakken, 2001, p. 264).

lieu – *via* des arguments répartis et ordonnés au sein d'un jeu de dialogue. La troisième couche modélise les règles d'inférence de manière à ce que le complément (c'est-à-dire la négation) des informations susceptibles de défaire l'inférence et, par conséquent, de faire l'objet d'un contre-argument, soit *présumé*. Or s'il est possible de représenter formellement cette couche procédurale, elle ne saurait être applicable à tout type de situation dialectique, mais seulement à une situation *juridique* contingente.

Par conséquent, la défaisabilité du raisonnement juridique dépend non seulement du type d'inférence que celui-ci instancie, mais aussi et surtout de l'existence de règles procédurales⁴⁹. Il faut d'ailleurs prendre le problème à rebours : c'est parce que ces règles procédurales existent en droit que se pose la question de savoir si cette inférence est monotone ou non monotone – et non l'inverse. Les deux couches précédentes permettent de *faire sens* d'un phénomène procédural proprement juridique.

C'est ce phénomène que décrivait Hart dans son article de 1948. Les exceptions ne se comportent pas comme des conditions négatives d'application des règles (en 1948, des concepts, cf. *supra*), puisque la conclusion de ces dernières suit si ses conditions sont réunies, et est *défaite* si des exceptions sont soulevées. Cela signifie que l'absence d'exceptions est présumée jusqu'à ce que ces dernières soient prouvées.

I. RETOUR À HART : LA NOTION DE *PRIMA FACIE CASE*

Comme l'a noté Joel Feinberg, la notion de défaisabilité chez Hart suppose quelque chose comme un « *prima facie case* »⁵⁰. En anglais, « *to have a case* » suppose avoir assez d'éléments de preuve pour soulever un moyen en justice. En ce sens, *to have a prima facie case* suppose que l'on a, au moins *prima facie*, suffisamment d'éléments pour que la partie (?) adverse puisse être appelée à répondre : ainsi, en droit pénal américain, pour obtenir l'inculpation d'un prévenu, il est nécessaire et suffisant que le procureur présente un *prima facie case* devant le *grand jury* – les défenses ne sont pas admises à ce stade de la procédure. Lors du procès, l'accusé présentera un certain nombre d'arguments destinés à convaincre le jury (le *petit jury*, cette fois-ci) de ce que le *case* du ministère public n'est pas solide. En ce sens tout « *case* » est uniquement *prima facie* jusqu'à ce que le procès soit terminé, puisque l'autre partie peut miner ce « *case* » soit par des preuves du contraire, soit en faisant intervenir une exception. Cette exception est elle-même *prima facie* dans la mesure où le requérant peut apporter des preuves de ce que les éléments constitutifs de l'exception ne sont pas réunies. Souvent, ces preuves sont redondantes avec le *prima facie case* de départ. Ainsi, si je veux montrer que X est coupable de meurtre, il me suffit de prouver que X a volontaï-

49 Voir Baker, 1977, pp. 33-34 ; Finkelstein, 1999, pp. 166-167 ; Prakken, 2001, pp. 258-263 ; McCormick, 2005, p. 540 *sq.* ; Gordon, 1994 ; Farley et Freeman, 1995 ; Chapman, 1993, p. 98 *sq.* ; Chapman, 2012, p. 406 *sq.* ; Prakken et Sartor, 1996 ; Prakken et Sartor, 2006 ; Prakken et Sartor, 2008 ; Godden et Walton, 2008.

50 Feinberg, 1974, p. 120. Voir à ce sujet Tur 2001, p. 360 ; Brozek, 2004, p. 14.

rement tué Y par balles ; si X soulève une exception de légitime défense, alors l'élément qui permettra de réfuter (*rebut*) cette exception peut être un élément de preuve de départ (par exemple, si au moment de formuler son *prima facie case*, le ministère public montre que X a tiré dans le dos de Y, l'exception de légitime défense est pour ainsi dire rebutée par avance). Mais dans des cas aussi nombreux, la réfutation de l'exception n'est pas redondante : ainsi si le ministère prouve que X a volontairement tué Y, et que X excipe d'un trouble psychique (sur le fondement de l'article 122-1 du Code pénal), la réfutation de l'exception devra faire intervenir des éléments de preuve non contenus dans le *prima facie case*.

Il résulte de tout ceci que « la notion de défaisabilité est indissociablement liée à un système de contentieux fondé sur le contradictoire doté de règles complexes gouvernant le caractère suffisant ou insuffisant des moyens soulevés en droit, le caractère conclusif ou présomptif des preuves, le rôle de chaque partie, et la répartition de la charge de la preuve.⁵¹ » Feinberg en tire la conclusion que le concept de défaisabilité n'est pas très fructueux en dehors du droit. C'est un point sur lequel on reste ici délibérément agnostique, mais il faut remarquer qu'une théorie inférentialiste permet d'expliquer certains traits de la défaisabilité hartienne et néanmoins trouver des applications hors du droit.

Toujours est-il que ce que Feinberg reconnaît dans la citation ci-dessus, c'est que le fait qu'une règle juridique prévoit des exceptions suppose que des règles procédurales permettent au défendeur de les soulever. Ainsi, si le défendeur n'est pas admis à se défendre, il est fort peu probable que le requérant soulève l'exception qui minerait sa propre requête ; il est certes possible que le juge soulève certains moyens d'office (mais encore faut-il que des règles procédurales l'habilitent à le faire), mais cela vaut aussi bien pour les conditions que pour les exceptions. De même, si la charge de la preuve est intégralement dévolue au défendeur ou à l'accusé (ce qui pose certes un gros problème de justice procédurale, que l'on peut laisser de côté), il devient très difficile de distinguer les conditions et les exceptions, puisque la formulation de la règle devient : *Ssi et seulement si non-A ou non-B ou non-D etc. alors non-C*. Si je suis présumé coupable de meurtre (ce qui est supposé par le fait que la charge de la preuve me soit intégralement dévolue), alors prouver que je n'ai pas tué ou prouver que j'étais en état de légitime défense ne fait absolument aucune différence d'un point de vue logique. Or c'est précisément cette différence entre les conditions nécessaires d'application de la règle, dont les négations sont des conditions suffisantes de non-application de la règle (ce que l'on a appelé les *conditions*), et de l'autre des conditions suffisantes de non-application de la règle dont la négation n'est pas une condition nécessaire d'application de la règle (ce que l'on a appelé les *exceptions*) qui est le nœud du concept de défaisabilité.

51 Feinberg, 1974 p. 121.

II. LE MODÈLE DE G. SARTOR

A. *Probanda et non-refutanda*

On va s'intéresser tout d'abord au modèle construit par Giovanni Sartor dans un article de 1993 intitulé « Defeasibility in Legal Reasoning »⁵², et qui préfigure le modèle de Prakken et Sartor évoqué ci-dessus. Il est intéressant parce qu'il envisage d'emblée la défaisabilité comme un phénomène procédural, puis procède à rebours en détaillant les couches logiques et dialectiques sous-jacentes. On va se servir de ce modèle comme d'un paradigme de théorie procéduraliste, de manière à préciser au moyen de l'analyse des thèses de Sartor certains concepts opératoires tel que celui de « présomption ».

Sartor commence par envisager le modèle traditionnel des règles juridiques. Ces dernières sont des énoncés conditionnels composés d'un antécédent et d'un conséquent, lequel représente un « effet juridique » (qui peut être l'attribution de modalités déontiques – telles qu'une obligation, une permission, un pouvoir – d'un statut, d'un titre, etc.). Ainsi, une règle, selon le modèle traditionnel, peut être formulée ainsi :

$$(37) \quad E \text{ si } A_1 \text{ et } \dots \text{ et } A_n$$

où E représente l'effet juridique et $A_1, \dots, A_n$ les éléments de l'*antécédent total*. On peut d'ores et déjà remarquer que la flèche ne va que dans un sens, et que l'antécédent est décrit comme une condition *suffisante* de E . Ce point ne sera pas modifié par le modèle plus raffiné que présente Sartor.

Le modèle traditionnel n'est certes pas faux, mais il est incomplet. En effet, le juge, au moment de décider de dériver ou non E , doit vérifier que l'antécédent total est réuni. Selon le modèle traditionnel, si la conjonction de A_1 et A_2 et A_3 est une condition suffisante pour que E soit dérivé, alors un antécédent composé de A_1 et $\bar{A}_2$ et A_3 ($\bar{A}_2$ étant le complément de A_2)⁵³ n'est pas une condition suffisante pour que E soit dérivé. Cela est vrai mais il arrive souvent que l'antécédent total soit réputé réuni, alors que l'ensemble des éléments de l'antécédent n'ont pas été établis, et n'a peut-être aucune information quelle qu'elle soit sur les éléments de l'antécédent. Comment expliquer que le juge soit justifié à dériver E , alors que chacun des éléments $A_1, \dots, A_n$ n'ont pas été établis ?

Pour Sartor, la raison en est que l'antécédent total contient des éléments de deux types bien distincts : d'un côté, des éléments qui doivent être *prouvés* (*probanda*) et, de l'autre, des éléments qui *ne doivent pas être réfutés* (*non-refutanda*). Par conséquent, lorsque les *probanda* sont établis et que le complément d'aucun *non-refutanda* n'a été établi, le juge est justifié à dériver E . Pour le dire autrement, alors que E ne peut être dérivé si l'on n'a aucune information au sujet des *probanda* (puisque'ils doivent être *prouvés*), E peut être dérivé (à supposer, bien sûr, que les *probanda* soient établis) quand

52 Sartor, 1993, pp. 281-316 ; repris à l'identique dans Z. Bankowski, *et al.*, 1995.

53 On rappelle que la notion de complément se définit ainsi : Si $A = p$, alors $\bar{A} = \sim p$; si $A = \sim p$, alors $\bar{A} = p$.

bien même on ne disposerait d'aucune information concernant les *non-refutanda*. En revanche, l'établissement du complément d'un *non-refutanda* suffit à rendre *E* non dérivable.

Il convient donc selon Sartor de proposer une nouvelle formalisation des règles juridiques :

$$(38) \quad E \text{ si } A_1 \text{ et } \dots \text{ et } A_i \text{ et } \langle A_j \rangle \text{ et } \dots \text{ et } \langle A_n \rangle$$

où $A_1, \dots, A_i$ sont les *probanda* et $\langle A_j \rangle, \dots, \langle A_n \rangle$ les *non-refutanda*. Il faut cependant remarquer que les *probanda* sont eux aussi *non refutanda* en un sens : pour que la conclusion « X doit être reconnu coupable de meurtre » puisse être dérivée, il faut non seulement que l'ensemble des *probanda* aient été prouvés (X a tué Y, il l'a fait volontairement...), mais également qu'aucun de ces mêmes *probanda* n'ait été réfuté – c'est la « première option » évoquée par Hart : non pas soulever une défense, mais nier les faits. Cela tombe sous la définition même de ce que veut dire réfuter que p : prouver que non- p . Si quelque chose doit être prouvé, cela implique que ce quelque chose ne doive pas être réfuté. Mais la converse n'est pas vraie : le fait que quelque chose ne doive pas être réfuté n'implique pas que ce quelque chose doive être prouvé. Ainsi, ce que Sartor appelle les *non-refutanda* sont des éléments qui ne doivent pas être réfutés, mais qui n'ont pas besoin d'être prouvés.

L'une des manières les plus simples de rendre compte de la distinction entre *probanda* et *non-refutanda* est d'envisager ces derniers comme des présomptions simples (les présomptions irréfragables étant, par nature, des *non-refutabilia*). Il est notable que la définition (*juridique*, non *conceptuelle*) des présomptions en droit civil français – certes des présomptions légales uniquement – les caractérise également ainsi : « La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe » (Code civil, art. 1352). Ainsi, si je suis requérant, et que j'essaie de dériver *E* selon (38), j'aurai besoin de prouver $A_1 \dots A_p$, mais je n'aurai pas besoin de prouver $A_j \dots A_n$. Lorsqu'on caractérise ces derniers comme *non refutanda*, on veut dire qu'ils sont présumés prouvés jusqu'à ce que la preuve du contraire (la réfutation) soit apportée (de toute évidence par la partie adverse !). Ainsi, en matière de prescription acquisitive, « la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver » (Code civil, article 2274)⁵⁴. Celui qui désire montrer qu'il a acquis la propriété d'un bien par prescription acquisitive doit montrer qu'il a eu une possession continue et non interrompue, paisible, non équivoque et à titre de propriétaire (article 2262), c'est-à-dire

54 Il est à noter que l'article 2258, qui définit la prescription acquisitive, est ambigu, mais la considération de l'article 2274, tel qu'on l'a cité, permet de lever assez largement cette ambiguïté. L'article 2258 stipule que « la prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou *qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi* ». Dans le passage isolé en italique, il peut sembler, si on interprète « puisse » déontiquement (comme signifiant une *permission*), que la bonne foi soit présumée de manière irréfragable, ce qui semble absurde. En réalité, « puisse » doit s'interpréter factuellement : s'il n'a pas été matériellement possible à celui qui conteste la prescription de prouver la mauvaise foi (dont l'absence est présumée), alors la possession confère propriété.

$A_1 \dots A_i$, typiquement l'ancien propriétaire qui conteste l'aliénation de son bien pourra soit contester $A_1 \dots A_j$, soit montrer que $\bar{A}_j \dots \bar{A}_n$ (la mauvaise foi).

Certes les *non-refutanda* ne sont pas toujours formulés comme des présomptions – on pourrait dire que, par définition, toutes les présomptions juridiques sont des *non-refutanda*, mais que l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Mais le concept de présomption en général⁵⁵ (*i.e.* non plus le concept défini et utilisé par le droit positif) est globalement identique à celui de *non-refutanda* (ou de *non-refutabilia*, pour les présomptions irréfragables) : il implique des éléments que l'on suppose prouvés jusqu'à preuve du contraire. Ainsi, pour reprendre l'exemple de droit pénal qui nous a guidé plus haut, l'absence de légitime défense est « présumée » (conceptuellement, non pas juridiquement) jusqu'à ce que la preuve du contraire soit apportée par l'accusé. – Il semblerait douteux à un pénaliste d'affirmer que l'absence de légitime défense est présumée ; cependant, lorsque la charge de la preuve est inversée, on parle bien de présomption de légitime défense, cf. l'article 122-6 du Code pénal. « Présomption » doit s'entendre ici en un sens plus large que celui de sa définition juridique de droit positif. On peut se rapporter à la définition célèbre apportée par Edna Ullmann-Margalit. Une présomption est un outil par lequel on suppose une assertion vraie dans certaines circonstances. De manière générale, une formule de présomption peut s'écrire ainsi : « pres (P,Q) » qui se lit « à partir de P on peut présumer Q ». P est le fait qui déclenche la présomption ; Q est le fait présumé⁵⁶. En droit les formules de présomption sont transformées en règles de présomption. Ainsi (pour reprendre un exemple d'Ullmann-Margalit en l'adaptant au droit français), la présomption de paternité prévue à l'article 312 du Code civil : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari » peut se reformuler à ainsi : si l'enfant a été conçu ou est né durant le mariage, il est présumé que le père est le mari.

Il faut noter que, contrairement au modèle de Sartor, la présomption ne fait pas partie de l'antécédent de la règle, mais de son conséquent⁵⁷. Cependant, on peut décider d'individualiser les règles autour d'une formule de présomption à trois termes « pres (P,Q,E) », qui se lit ainsi : si P, et en supposant à partir de P que Q soit vrai, alors E. On obtient ainsi la conjonction d'un *probandum* et d'un *non-refutandum*, soit le modèle de Sartor : Si un enfant naît pendant le mariage et (si le mari est le père) alors {tout effet juridique découlant de la paternité}. La présomption que le mari est le père peut être défaite soit *ex ante* par une reconnaissance préalable de paternité de la part

55 Sur le concept de présomption *en général* (quoique non complètement détachable de ses sources juridiques), voir Ullmann-Margalit, 1983, pp. 143-163 ; Mendonca, 1998, pp. 399-412 ; Rescher, 2006. Sur le rôle des présomptions en droit, voir notamment Epstein, 1974, pp. 556-582 ; Prakken et Sartor, 2006 ; Walton, 2008, pp. 209-243 ; Goltzberg, 2010.

56 Ullmann-Margalit, 1983, p. 147. Pour un commentaire, voir Mendonca, 1988, p. 399 *sq.*

57 C'est d'ailleurs le modèle retenu par Douglas Walton, pour lequel les présomptions sont toujours les conséquents de règles d'inférence défaissables – ces dernières étant défaissables précisément en ce que la présomption peut être renversée (Walton, 2008, p. 218 *sq.*). Dès lors les exceptions ne sont plus prévues dans l'antécédent de la règle, mais sont le complément, éventuellement prévu par d'autres règles, du conséquent de la règle d'inférence.

du père authentique, soit *ex post* par toute preuve pertinente (prélèvements sanguins, tests ADN).

L'idée de présomption suppose que l'absence d'information relative à un élément présumé suffit à ce que ce dernier soit réputé prouvé. Or c'est typiquement ce que font les *non-refutanda*. Comme l'écrit Sartor, « en distinguant les *probanda* des *non-refutanda*, le droit établit les conséquences de l'incertitude »⁵⁸ : l'incertitude quant à l'établissement d'un *probandum* suffit à ce que l'antécédent de la règle ne soit pas satisfait ; l'incertitude quant à l'établissement d'un *non-refutandum* suffit à ce que l'antécédent soit satisfait.

En ce sens, la distinction *probanda/non-refutanda* suppose une certaine répartition de la charge de la preuve : celui qui se prévaut de l'application de la règle (celui qui presse le juge de dériver *E*) doit prouver les *probanda* ; celui qui entend contester l'application de la règle à son cas doit réfuter au moins un des *non-refutanda* (on suppose bien sûr qu'il peut également réfuter les *probanda*, mais si sa réfutation est couronnée de succès, alors c'est que les *probanda* n'étaient au départ pas prouvés)⁵⁹.

B. Exceptions et conditions négatives

La ressemblance entre (1) (la formule d'un concept défaisable selon Hart) et (38) est frappante. La distinction *probanda/nonrefutanda* va servir à Sartor de fil conducteur pour expliquer la défaisabilité du raisonnement juridique. Comme on l'a déjà vu, Sartor distingue, de manière très utile, entre les exceptions-faits (*exceptions-facts*) et les exceptions-dispositions (*exceptions-provisions*) : les premières sont ce qui est prévu par les secondes. Si une disposition normative prévoit une exception à une règle, alors cette exception-disposition prévoit une exception-fait. C'est une clarification bienvenue, dans la mesure où l'on confond généralement le *fait* exceptionnel et la *norme* – qui peut être une règle ou un fragment de règle – qui exclut une série de cas du scope de la règle. Le simple fait que j'aie défendu ma vie n'est une exception aux règles pénales que si une règle prévoit que les cas de légitime défense sont exclus du scope des règles « normales » (sur le meurtre, les blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner, etc.).

De manière générale, on peut envisager les exceptions comme des normes (soit des règles à part, soit des fragments de la règle « normale ») qui bloquent l'application de la règle « normale ». Comme cela a été établi plus haut, la notion d'exception

58 Sartor, 1993, p. 292.

59 En droit pénal, cette répartition de la charge de la preuve est imputable à la présence d'un méta-*non-refutanda*, qui est la présomption d'innocence. L'accusé est présumé innocent, et l'ensemble des *probanda* n'est destiné qu'à réfuter cette présomption. Cela explique pourquoi l'inversion de la charge de la preuve relativement aux *probanda* (c'est-à-dire, en droit pénal, aux éléments constitutifs de l'infraction), courante en droit civil, est quasi impossible en droit pénal, dès lors que ce dernier reconnaît la présomption d'innocence (en effet, cette dernière est une exigence normative et non conceptuelle, on pourrait fort bien envisager un système juridique où l'accusé doit prouver son innocence).

suppose un conflit de normes où l'une des deux normes a précédence sur l'autre en raison d'une méta-règle de résolution des conflits ou de la présence d'une clause d'exception. Il semble donc nécessaire de procéder à une séparation des règles et des exceptions en deux normes distinctes (quand bien même, dans l'énoncé de la règle, l'exception se présente comme un fragment de cette dernière), puisqu'il est très difficile de faire des exceptions des conditions de la règle normale. Or, de fait, le jeu des règles et des exceptions semble poser un problème logique important. Pour l'illustrer on peut avoir recours à un exemple de Sartor à partir de deux articles du Code civil italien : l'article 2043, qui est l'équivalent fonctionnel des articles 1382 et 1383 du Code civil français ; l'article 2044, qui prévoit que « n'est pas responsable celui qui cause le dommage en légitime défense de soi ou d'autrui »⁶⁰. Il est donc possible de formaliser ces deux articles de la manière suivante :

- r_1 : x est responsable pour le dommage d dérivé du fait f si
 x a accompli f par faute **et**
 f a causé le dommage d .
- e_1 : x **n'est pas** responsable pour le dommage d dérivé du fait f si
 x a accompli f en état de légitime défense.

Or supposons que Marie, au cours d'une dispute violente avec son mari Marc, se défende en lui jetant au visage un plat en porcelaine de Limoges fort précieux que Marc a hérité de sa grand-mère morte en couches pendant le siège de Sedan. Les faits (pertinents) de l'espèce sont les suivants :

- f_1 : Marie a accompli *JeterAssiette* par faute
 f_2 : *JeterAssiette* a causé le dommage *BriserAssiette*
 f_3 : Marie a accompli *JeterAssiette* en état de légitime défense.

Or l'ensemble contenant r_1 , e_1 , f_1 , f_2 , f_3 est logiquement inconsistent puisqu'on peut en dériver les énoncés contradictoires suivants :

- (39) Marie est responsable du dommage *BriserAssiette* dérivé du fait *JeterAssiette*
 (40) Marie **n'est pas** responsable du dommage *BriserAssiette* dérivé de *JeterAssiette*

Pour résoudre la contradiction, il faut donner la priorité à r_1 ou à e_1 . Or, intuitivement le conflit semble aisément résolu : il faut accorder la priorité à l'exception sur la règle. Mais pourquoi le fait-on ? On peut, bien entendu, faire application d'une métarègle, mais cela passe sous silence les aspects procéduraux qui nous intéressent ici. C'est pourquoi Sartor choisit d'incorporer les exceptions dans l'énoncé complet de la règle, les exceptions-faits étant définies comme les *compléments de non-refutanda*.

60 Je préfère utiliser l'exemple de Sartor dans la mesure où en droit civil français, contrairement au droit pénal, et contrairement au droit civil italien, les faits justificateurs n'ont pas été codifiés, et ont été dérivés par la doctrine et la jurisprudence à partir d'une analogie avec les articles correspondants dans le Code pénal. Sur le fond, cela ne change rien, une règle jurisprudentielle étant une règle comme les autres.

Sartor procède de la manière suivante. Soient une règle $r : E \text{ si } A_1^r \text{ et } \dots \text{ et } A_n^r$ et une exception (*i.e.* une exception-disposition) $e : \bar{E} \text{ si } A^e$. La fusion de l'exception et de la règle au sein d'un même énoncé peut produire deux manières bien distinctes :

$$(41) \quad E \text{ si } A_1^r \text{ et } \dots \text{ et } A_n^r \text{ et } \bar{A}^e$$

$$(42) \quad E \text{ si } A_1^r \text{ et } \dots \text{ et } A_n^r \text{ et } \langle \bar{A}^e \rangle$$

Dans les deux cas, $\bar{E} \text{ si } A^e$ peut être dérivé. Or la première option est une représentation inadéquate de la dialectique des règles et des exceptions. Comme Hart l'avait entraperçu (nous avons vu en effet que cela découlait de la thèse selon laquelle les concepts juridiques ne peuvent être définis par un ensemble de conditions nécessaires et suffisantes), les exceptions ne sont pas des conditions négatives. Les exceptions-faits sont typiquement des compléments de *non-refutanda* et non des « conditions négatives » (*i.e.* des compléments de conditions).

Il se peut très bien que les *probanda* contiennent de telles conditions négatives, par exemple, lorsque le requérant doit prouver que quelque chose n'est pas le cas. Il en va ainsi lorsque ministère public poursuit pour non-assistance à personne en danger sur le fondement de l'article 223-6 al. 2 du Code pénal : « ne pas avoir porté secours à autrui » est un *probanda*, ou, si l'on veut, « avoir porté secours à autrui » est un *refutanda* (un *probanda que non X*). Ainsi si, dans la règle $r : E \text{ si } A_1^r \text{ et } \dots \text{ et } A_n^r$, A_i^r signifie : « ne pas avoir porté secours à autrui », il est possible de la reformuler en $r : E \text{ si } A_1^r \text{ et } A_j^r \dots \text{ et } A_n^r$ où $A_j^r = \bar{A}_i^r$. Mais les exceptions ne peuvent être conçues sur ce modèle.

Il y a deux raisons à cela, et ces raisons sont liées entre elles. La première, que l'on a déjà évoquée, tient aux règles d'attribution de la charge de la preuve⁶¹. La seconde raison, qui découle de la première, tient à la structure du raisonnement juridique dérivé de la présence, dans l'ensemble des prémisses, de r et e . En effet, si (41) est la formulation retenue de l'énoncé complet de la règle, alors si on n'a aucune information au sujet de A^e , il est *impossible* de dériver E – et bien davantage, si il existe une règle procédurale, comme c'est le cas dans à peu près tous les systèmes juridiques, qui prévoit que l'absence d'informations au sujet d'un *probandum* vaut absence du *probandum* lui-même, alors il est nécessaire de dériver $\bar{E}$. Or l'idée d'exception suppose précisément que E est dérivable si aucune information relative à A^e n'est présente, c'est-

61 On en trouve une formulation assez éclairante (encore qu'entachée d'un lapsus final) sous la plume de MacCormick : « Si A a un droit à certaines conditions, mais sujet à une certaines conditions qualificative négative, alors pour toute action en justice où A revendique le droit, A a la charge de la preuve que toutes les conditions sont réunies, y compris, naturellement, la preuve de l'absence des circonstances qualificatives négatives. Si, cependant, A a un droit à certaines conditions, mais que la reconnaissance de ce droit est expressément sujette à une certaine exception, alors, dans une situation similaire, A ne porte pas la charge de la preuve que l'exception s'applique (*sic*) » (MacCormick, 2005, p. 245). La toute fin du passage est un *lapsus calami* dans la mesure où il est trivial que celui qui revendique un droit n'a pas à prouver que quelque chose bloque ou défait son droit ; en revanche, il n'est pas trivial que celui qui revendique un droit n'a pas à prouver que l'exception-disposition ne s'applique pas, c'est-à-dire que l'exception-fait est absente. C'est ce dernier point que MacCormick entend, de toute évidence, mettre en lumière.

à-dire si A^c n'est mentionné dans aucune des prémisses du raisonnement. Si au lieu d'avoir, comme ci-dessus, l'ensemble de faits f_1, f_2, f_3 , on n'a que f_1 et f_2 , alors Marie peut être tenue responsable du préjudice subi par Marc, « même lorsqu'il n'y a aucune information sur l'existence ou l'inexistence d'une situation de légitime défense »⁶².

C'est pourquoi l'exception-fait doit être définie comme le complément du *non-refutandum* (x n'a pas accompli f en état de légitime défense). Lorsque c'est le cas que x a accompli f en état de légitime défense, le *non-refutandum* est réfuté et E n'est plus dérivable. En revanche, lorsqu'on n'a aucune information quant au *non-refutandum* (et *a fortiori* lorsqu'il y a des éléments de preuve montrant que le *non-refutandum* n'est pas réfutable, c'est-à-dire que son complément n'est pas le cas), alors E demeure dérivable.

C. Argumentation et charge de la preuve

On a indiqué que le modèle de Sartor préfigurait largement celui de Prakken et Sartor, à la différence que l'accent était mis de manière plus intense sur les aspects procéduraux contingents. Comme le modèle de Sartor y insiste très largement, un juge quelconque doit rendre un verdict, bien que certaines informations soient absentes. Dans certains cas, l'absence d'informations suffit seule à bloquer la décision (de la même manière, si on ne sait même pas si *Tweety* est un oiseau, alors on ne saurait inférer qu'il vole) : c'est ce que la catégorie des *probanda* sert à illustrer ; dans d'autres cas, l'absence d'informations n'est pas un obstacle à l'inférence de la conclusion (si on ne sait pas si *Tweety* est un pingouin ou non, on peut inférer qu'il vole) : c'est ce type de cas que la catégorie des *non-refutanda* sert à illustrer⁶³. Sartor lui-même choisit une autre formalisation que la logique des défauts⁶⁴, dans la mesure où son modèle n'est que semi-formel – on pourrait fort bien le ré-exprimer au moyen d'une logique des défauts semi-normaux. De fait, (37) est une représentation suffisante des règles d'inférence constituées par les règles juridiques elles-mêmes.

Si on appelle argument un stock non redondant de règles et de faits d'où une certaine déduction c est dérivable, et contre-argument l'argument d'où non- c est dérivable, alors le raisonnement juridique défaisable s'explique par la présence d'un argument et d'un contre-argument dont les conclusions dérivables sont contradictoires. En ce sens, il suffit de construire *ab initio* dans le métalangage une règle de priorité selon laquelle les exceptions (*i.e.* les arguments invoquant une exception avec succès) prévalent sur les règles (les arguments invoquant une règle avec succès) ; et de même, les exceptions aux exceptions doivent prévaloir sur les exceptions, etc. Cette règle du

62 Sartor, 13, p. 296.

63 Il est ainsi intéressant que Richard Holton (cf. *infra*, troisième partie), qui critique l'application d'une logique non monotone (et en particulier de la logique des défauts) au raisonnement juridique, reconnaît que « dans le système de contentieux anglo-américain, ce n'est pas le rôle du juge de chercher de nouvelles informations : les décisions sont faites sur la base des preuves (admissibles) produites. De ce point de vue, la théorie des défauts peut sembler donner une bonne base pour le raisonnement juridique » (Holton, 2011, p. 180).

64 Sartor, 1993, pp. 307-314.

méta-langage n'est autre que la métarègle procédurale définissant et ordonnant les notions de *probanda* et *non-refutanda*. On obtient un modèle formel de l'argumentation qui repose nécessairement sur une logique sous-jacente non monotone, dans la mesure où, à partir d'un argument quelconque, *c* peut être dérivé en l'absence de tout autre argument, mais ne puisse plus l'être si un contre-argument *ajoute* au stock de prémisses, obtenu par l'argument, une prémisses supplémentaire.

D. Examen critique

Il ne me semble pas utile de m'engager dans un examen critique complet du modèle de Sartor, et on envisagera plus loin les critiques formulées par Luis Duarte d'Almeida à son encontre. Je vais me contenter d'évoquer deux points difficiles⁶⁵.

1. Les critiques de Bayón, Rodriguez et Sucar

Le premier point a été évoqué par Juan Carlos Bayón⁶⁶ ainsi que par Jorge Luis Rodriguez et German Sucar⁶⁷, et comme le modèle de Duarte d'Almeida n'est, à première vue, qu'un développement à partir de cet argument, on va l'évoquer brièvement. Pour Bayón, le modèle de Sartor mélange les règles primaires détaillant les conditions pour une certaine conséquence juridique et les règles secondaires adressées aux juges indiquant à quelles conditions il doit dériver la conséquence juridique. Ainsi, il est tout à fait possible de représenter les règles primaires sur le modèle des *probanda* et des *non-refutanda*, mais pour dériver la conclusion *E*, le juge a besoin d'avoir dans son stock de prémisses autre chose que ces règles primaires : des règles (secondaires) lui disant à quelles conditions il peut ou doit appliquer ces règles primaires. Ainsi, la structure de l'antécédent des règles primaires (et en particulier le fait pour une condition d'être un *probandum* ou un *non-refutandum*) dépend très largement de la structure de l'antécédent des règles secondaires. Ainsi, si une règle primaire énonce : *E* si *A* sauf si *B*, la règle secondaire adressée au juge lui prescrit de reconnaître *E* si (et, éventuellement, seulement si) le requérant a prouvé *A* et si le défendeur n'a pas prouvé *B*. Ainsi, les énoncés « *E* si *A* sauf si *B* » (l'énoncé (42) ci-dessus) et « *E* si *A* et si non *B* » (l'énoncé (41) ci-dessus) diffèrent exclusivement parce que, dans le premier cas, une règle secondaire

65 David Godden et Douglas Walton ont effectué une critique du modèle des *probanda* et des *non-refutanda* qui hélas manque complètement sa cible (Godden et Walton, 2008, pp. 8-10) : selon eux, ce modèle est limité parce qu'il ne permet que de représenter les exceptions expresses ou explicites. A partir de ce constat, les auteurs reprennent le concept d'exception implicite de McCormick (à ne pas confondre avec celui employé par Prakken), selon lequel la totalité des exceptions ne peuvent être spécifiées à l'avance. Cette critique manque sa cible précisément parce que le modèle de Sartor ne prétend pas à représenter ces exceptions « implicites » en tant que telles. Il vise uniquement à représenter le rôle que les exceptions jouent dans le raisonnement et l'argumentation juridiques ; cela suppose naturellement que les exceptions aient été « explicitées » à l'avance. Cela dit, la théorie fixe de départ ne reflète pas nécessairement le système des règles explicites du système.

66 Bayón, 2001, pp. 332-333. Pour un commentaire, voir Brozek, 2005, p. 74.

67 L'argument de Rodriguez et Sucar est analogue à celui de Bayón, encore que non spécifiquement orienté vers le modèle de Sartor. Voir Rodriguez et Sucar, 2003, p. 146 *sq.*

prescrit au juge de dériver E si le requérant a prouvé A *et* si le défendeur n'a pas prouvé B, alors que, dans le second cas, la règle secondaire prescrit au juge de dériver E si le requérant a prouvé A *et* s'il a prouvé non-B. Autrement dit, si B est un *non-refutandum* et non un *probandum*, c'est uniquement parce qu'une règle secondaire attribue d'une manière spécifique non seulement la charge de la preuve, mais également et surtout les critères de justification de la décision juridictionnelle. Si de telles règles secondaires sont incorporées au stock de prémisses, alors le raisonnement est défaisable, mais il n'appelle plus une formalisation non monotone : en effet, dans l'application d'une règle telle que « E si A sauf si B », pour que la dérivation de E soit correcte il faut que les *deux conditions* spécifiées dans l'antécédent de la *règle secondaire* soient satisfaites, même si *une seule* condition de la règle primaire a été soulevée par l'argument d'une partie (si, par exemple, le requérant a soutenu A avec succès, et que le défendeur est resté muet) : comme c'est le cas que A et que c'est le cas que B n'a pas été prouvé au procès, alors l'antécédent de la règle *secondaire* est *intégralement* satisfait. Soit la règle secondaire : le juge doit (ou est habilité à) dériver E si le requérant a prouvé A *et* si le défendeur n'a pas prouvé B : s'il a juste été prouvé que A et qu'on n'a aucune information relative à B, alors les *deux conditions* de l'antécédent de la règle secondaire sont réunies : nul besoin de logique non monotone pour représenter cela, puisque, par hypothèse, si le défendeur *prouve* B, on n'a pas d'addition à un stock de prémisses, mais la négation d'une prémisse déjà existante. Or l'implication $(A \wedge B \rightarrow C) \rightarrow (A \wedge \neg B \rightarrow \neg C)$ n'a rien qui ne puisse être formalisé par une logique monotone classique.

2. Règles substantielles et règles procédurales

Le deuxième point critiquable dans le modèle de Sartor est différent du premier. Curieusement, le modèle de Sartor qui est entièrement fondé sur l'idée de répartition de charge de la preuve (et ses renversements *partiels*) est incapable de traiter les renversements complets de charge de la preuve. Autrement, le modèle de Sartor est incapable de traiter des exceptions aux règles procédurales (distinguées des règles substantielles)⁶⁸. La distinction *probanda/non-refutanda* suppose une règle d'attribution de la charge de la preuve. De la seule expression « E si A sauf si B », il n'est pas possible de déduire qui doit prouver quoi. Il faut pour cela qu'une *autre* règle indique qui doit prouver quoi. Dans (41) et dans (42), les mêmes éléments doivent être prouvés, mais pas par les mêmes personnes. Le fait que (41) s'écrive autrement que (42) et ait des conséquences opposées tient exclusivement à l'existence d'une *autre règle* indiquant que ce qui doit être prouvé dans (41) doit être *uniquement* non réfuté dans (42), dans la mesure où, dans (42), le requérant (ou celui qui se prévaut de l'application de la règle, qui peut être le défendeur ayant effectué une demande reconventionnelle) *n'a pas besoin de prouver* le complément de ce que, dans (41), il *doit réfuter*. Aussi bien, toute *exception* suppose un renversement *partiel* de charge de la preuve à partir de ce qu'on pourrait appeler l'état zéro d'attribution de la charge de la preuve : *E si A* ; le

68 On verra plus loin que l'opposition règle primaire/secondaire ne se confond pas avec l'opposition règle substantielle/règle procédurale (même si, évidemment, de nombreuses règles primaires sont substantielles et de nombreuses règles secondaires sont procédurales).

requérant doit prouver A, le défendeur doit *réfuter* A. Dans cet état zéro, les *probanda* du requérant sont des *refutanda* du défendeur. Une exception dans une règle substantielle intervient lorsque certains *probanda* sont soustraits à la charge du requérant et que leur complément est mis à la charge du défendeur. Ainsi, parmi les *refutanda* du défendeur, il va y avoir des éléments qui ne sont pas des *probanda* du requérant. Une telle règle procédurale constitue un renversement *partiel* de la charge de la preuve à partir de l'état zéro.

Le modèle de Sartor fond, en un même énoncé normatif, les règles substantielles et les règles procédurales. (42) peut être traduit par : « E si A et si non-B où A doit être prouvé par le requérant et non-B non prouvé par le défendeur ». Au contraire, (41) peut être reformulé ainsi « E si A et si non-B où A et non-B doivent être prouvés par le requérant et où non-A et B doivent être non prouvés par le défendeur ». La distinction *probanda/non-refutanda* n'est en ce sens qu'une internalisation des règles procédurales au sein de l'énoncé de la règle substantielle. C'est pourquoi les *exceptions* aux règles substantielles sont aisément représentables comme compléments de *non-refutanda* : *une exception à une règle substantielle se distingue d'une condition négative de l'antécédent de cette même règle dans la mesure où la règle procédurale « incorporée » dans l'énoncé normatif prévoit un renversement partiel de la charge de la preuve.*

De fait, les *exceptions aux exceptions* (en cas d'exceptions « douces ») ne posent aucun problème : si un requérant prouve A, que le défendeur soulève avec succès l'exception B, et que l'exception B soit elle-même vulnérable à l'exception C, alors cette dernière est un *non-refutandum* dont la négation incombe au requérant. Dans tous les cas, la règle procédurale incorporée prévoit un renversement partiel de la charge de la preuve. Ainsi la règle : « Si x introduit y dans le parc et que y est un véhicule (A), alors il doit être condamné à 500 euros d'amende (E), *sauf si* y est une ambulance (B), *sauf si* y n'est pas en service (C) » peut être représentée sous la forme suivante :

$$(43) \quad \begin{array}{l} \text{E si A et } (\overline{\text{B}}) \\ \overline{\text{E}} \text{ si B et } (\overline{\text{C}}) \end{array}$$

En revanche, le modèle des *probanda/non-refutanda* ne permet pas de représenter les renversements *complets* de la charge de la preuve. J'appelle renversement complet de la charge de la preuve la situation où celui qui ne se prévaut pas de l'application de la règle substantielle, *i.e.* celui qui souhaite que la conclusion de la règle ne soit pas dérivée (par exemple, le défendeur ou l'accusé), doit *prouver* que les conditions d'application de la règle ne sont pas réunies : par exemple, dans un procès pénal, il doit prouver que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réunis – et non pas simplement réfuter ou défaire une preuve déjà apportée par le ministère public. Une telle situation est évidemment très répréhensible d'un point de vue moral, surtout dans le procès pénal, mais elle n'est pas conceptuellement impossible.

En effet, l'état zéro suppose une métarègle procédurale, que l'on peut appeler la présomption d'innocence (encore une fois improprement, puisqu'on l'étend au-delà de la seule sphère du procès pénal) : si l'on veut, il s'agit d'une présomption selon laquelle *E n'est pas dérivable*. L'attribution de la charge de la preuve assigne à une partie la charge de prouver que *E est dérivable*, et il est naturel qu'elle l'assigne à la partie qui souhaite que *E* soit dérivé (on pourrait imaginer un système pervers où l'accusé *doit* prouver qu'il est coupable, mais il s'agit visiblement de cas-limites !). En ce sens, le défendeur intervient *après coup*, et il ne doit prouver son innocence qu'après que sa culpabilité a fait l'objet d'une tentative de preuve (couronnée ou non de succès). Des inversions partielles de la charge de la preuve sont profitables aussi bien au défendeur qu'au requérant, et ainsi ne sont pas contraires à la méta-présomption : elles sont profitables au défendeur qui n'a plus besoin de prouver certaines choses (B), et elle offre à l'accusé une manière de bloquer la dérivation de *E* tout en n'ayant pas besoin de réfuter les choses (A) que le requérant doit prouver. Tout ceci est relativement trivial, et la théorie des *probanda/non-refutanda* est tout à fait adéquate de ce point de vue.

En revanche, l'inversion complète (ou totale) de la charge de la preuve suppose une méta-présomption selon laquelle *E* est dérivable (ou une présomption de culpabilité). Ce genre de cas est rare (et complètement proscrit en droit pénal), mais il n'a rien d'aberrant d'un point de vue logique ou conceptuel. Or le langage des *probanda/non-refutanda* est tout à fait inadéquat à représenter ces cas, parce que ces derniers ne sont pas des exceptions à des règles substantielles, mais d'exceptions à des règles *procédurales* : le modèle de Sartor, en fusionnant les règles substantielles et procédurales en un seul et même énoncé faisant usage de *probanda* et de *non-refutanda*, peut rendre compte des exceptions aux règles *substantielles*, mais ne peut pas rendre compte des exceptions *aux règles procédurales* elles-mêmes. Ces dernières ne peuvent pas être comprises comme des *non-refutanda*, dans la mesure où elles ne font pas partie de l'antécédent de normes substantielles. En effet, la formulation canonique « *E si A et B* » n'est valable que si c'est celui qui souhaite obtenir *E* qui doit prouver *A* (et non son opposant qui doit prouver $\bar{A}$) et que c'est celui qui souhaite obtenir $\bar{E}$ qui doit réfuter *B*. En effet, si on cherche à représenter l'inversion complète de la charge de la preuve au moyen d'un énoncé analogue à la formulation canonique, par exemple : $\bar{E} \text{ si } \bar{A} \text{ si } B$, alors cette formule peut représenter une règle ouvrant une voie d'action pour obtenir $\bar{E}$, sous réserve que *B* n'ait pas été réfuté tout aussi bien qu'une règle dont l'application suppose que le défendeur (*celui qui est visé par l'action*) prouve que *A* n'est pas le cas. En tant que telle, une telle règle ne nous dit rien, puisqu'elle ne permet pas de dire si $\bar{E}$ s'obtient par voie d'action (où $\bar{A}$ doit être prouvé par le requérant) – c'est ainsi qu'il faut la lire, en théorie – ou si en réalité l'action a pour but d'obtenir *E*. Le formalisme de Sartor pèche donc en ce qu'il repose sur une méta-présomption selon laquelle l'effet *E*, en vue duquel l'action est introduite, *est présumé réfuté* ; or cette présomption, comme toute présomption est renversable.

III. QUELQUES DÉVELOPPEMENTS ET MODÈLES ALTERNATIFS

Le rôle des présomptions et de la charge de la preuve, au sein du raisonnement et de l'argumentation juridiques, a fait l'objet de nombreux travaux depuis le modèle de Sartor. On va mentionner brièvement deux développements plus récents.

A. Le poids des preuves requises

Le modèle argumentatif dialectique de Kathleen Freeman et Arthur Farley⁶⁹ permet de représenter non tant la *répartition* de la charge de la preuve que le *poids* des preuves exigibles pour qu'une conclusion soit dérivable à partir des faits prouvés. On peut, en simplifiant, présenter cet élégant modèle de la manière suivante. Un argument reçoit la définition de Toulmin. On retient en particulier l'idée selon laquelle un argument contient une garantie $p \rightarrow q$, un *datum* p et une conclusion q . Ensuite, on peut moduler ce schéma en prévoyant plusieurs types de forces possibles pour les garanties, par ordre décroissant : *suffisante*, *par défaut*, *éventuelle* (notées au moyen des flèches $\rightarrow_s$, $\rightarrow_d$, $\rightarrow_e$). Les garanties suffisantes représentent l'équivalent de règles strictes. Les garanties par défaut et les garanties éventuelles représentent des niveaux de connaissance incertaine : une garantie est par défaut ($p \rightarrow_d q$) lorsqu'on peut dériver q en ayant une connaissance quasi certaine de p ; en revanche, une garantie est éventuelle ($p \rightarrow_e q$) lorsque le niveau de certitude relativement à p requis pour que q soit dérivable est beaucoup plus faible.

Pour représenter ces forces variables requises afin que la conclusion soit dérivable à partir des prémisses, Farley et Freeman distinguent quatre manières de tirer une conclusion à partir d'une prémisse à partir d'une garantie $p \rightarrow q$. La première est le *modus ponens* (MP) : si p alors q . La seconde est le *modus tollens* (MT) : si non q alors non p . La troisième est abductive (AB) : si q alors p . La quatrième est inversive (IN) : si non p alors non q . En logique classique, AB et IN sont des paralogismes, et non pas des inférences valides. Cependant, lorsqu'on raisonne en état d'incertitude, AB et IN peuvent nous servir pour effectuer des inférences plausibles, encore que non conclusives.

Enfin, on qualifie la manière dont, dans chacune de ces inférences, la prémisse soutient la conclusion au moyen de *qualifications*. Il faut prendre garde de distinguer la force des garanties et la qualification des inférences à partir de ces garanties : la conclusion des inférences n'est pas nécessairement le conséquent des garanties. Il y a quatre niveaux de soutien pour une conclusion, par ordre décroissant : « valide », « fort », « crédible », « faible » et un cinquième niveau (« inconnu ») lorsqu'il n'y a pas de soutien du tout. Ainsi si $p \rightarrow_s q$, alors la dérivation de q à partir de p (MP) ainsi que la dérivation de non- p à partir de non- q (MT) seront valides (plus fort niveau de soutien possible), alors que la dérivation de p à partir de q (AB) et la dérivation de non q

69 Farley et Freeman, 1995 ; Freeman et Farley, 1996.

à partir de non p (IN) seront faibles (plus faible niveau de soutien possible). On peut ainsi dresser la table suivante

(44)	Type de garantie	Type d'inférence	Qualification
	$(p \rightarrow_s q)$	MP, MT	valide
	$(p \rightarrow_{\text{d}} q)$	AB, IN	faible
	$(p \rightarrow_{\text{e}} q)$	MP	fort
	$(p \rightarrow_{\text{d}} q)$	MT, AB, IN	faible
	$(p \rightarrow_{\text{e}} q)$	MP	crédible
	$(p \rightarrow_{\text{e}} q)$	MT, AB, IN	faible

La qualification d'une inférence dépend à la fois du type de garantie et du type d'inférence. Ainsi une inférence instantiant AB ou IN à partir de toute garantie sera toujours faible, c'est-à-dire soutiendra sa conclusion de la manière la plus faible. L'inférence la plus « sûre », le *modus ponens* sera valide à partir d'une garantie suffisante, forte à partir d'une garantie par défaut et seulement crédible à partir d'une garantie éventuelle. En effet, dans ces deux derniers cas, le niveau de certitude requis relativement aux prémisses est moindre : le fait que p soit le cas nous donne une raison forte de dériver q lorsque la garantie est par défaut, c'est-à-dire qu'il est possible que q soit réfuté ; le fait que p soit le cas nous permet de dériver q de manière seulement crédible, c'est-à-dire qu'il est nettement plus possible que, dans le précédent cas, q soit réfuté. C'est également en raison de ce caractère incertain que MT ne donne lieu qu'à une inférence *faible*. En effet, puisque d'autres éléments que la négation de p peuvent permettre de bloquer q , c'est-à-dire puisque la garantie peut avoir des *exceptions*, alors la flèche, dans les deux cas, est unidirectionnelle. Une inférence par *modus tollens* est possible, mais elle constitue une inférence plausible faible, de même que AB et IN. (Farley et Freeman sont plus souples sur ce point que Prakken et Sartor, chez qui le caractère unidirectionnel de la flèche rend MT tout simplement *invalidé* ; ici MT est plausible, mais très faible).

Si on suppose un cadre dialectique, on peut représenter maintenant le poids de la *preuve* requise pour qu'une conclusion soit dérivable. Ce poids va dépendre non seulement du type de garantie et du type d'inférence, mais également de la configuration des arguments avancés. On définit les arguments comme des instantiations d'inférences à partir de garanties. Il y a cinq types d'arguments, correspondant à cinq types de « poids » de preuve requis pour que l'argument soit couronné de succès : (a) *la moindre trace de preuve* : il suffit d'un argument faible (*i.e.* instantiant une inférence faible) pour que la conclusion soit dérivable ; (b) *prépondérance de la preuve* : il suffit d'un argument faible *surpassant* les arguments avancés par son adversaire (il va de soi qu'un argument faible ne peut jamais défaire un autre argument, mais seulement le surpasser) ; (c) *validité dialectique* : il suffit d'au moins un argument crédible défaire tous les arguments de l'adversaire ; (d) *au-delà de tout doute raisonnable* : il suffit d'au moins un argument fort défaire tous les arguments de l'adversaire ; (e) *au-delà de tout doute* : il suffit d'au moins un argument valide défaire tous les arguments de l'adversaire – si aucun argument de l'adversaire n'est valide, alors un argument valide défait automatiquement l'ensemble des arguments de celui-ci. En matière pénale, la charge

de la preuve qui incombe au ministère public est (en droit de *common law*) du type (d). En matière civile, (b) et (c) sont généralement suffisants⁷⁰. Il est à peu près impossible d'envisager un système juridique où (a) et (e) seraient requis.

B. Présomptions et charge de la preuve

Dans deux essais plus récents⁷¹, Prakken et Sartor ont complémenté leur modèle initial avec une théorie des présomptions et de la charge de la preuve qui permet, à certains égards, de corriger certaines déficiences du modèle de Sartor. Ce faisant, ils apportent également des modifications mineures à leur théorie initiale ; on va les laisser de côté pour les besoins de l'analyse. On suppose donc un jeu de dialogue à deux parties à partir d'un ensemble fixe de prémisses, avec une charge de l'argumentation (à ne pas confondre avec la charge de la preuve) inégalement répartie de telle sorte qu'une partie devra strictement défaire les arguments de l'autre, tandis que celle-ci devra seulement défaire faiblement (ou simplement) les arguments de celle-là.

La principale innovation consiste dans la distinction de trois types de charges de la preuve. De même que, dans le modèle de Farley et Freeman, encore que de manière beaucoup plus schématique, ces trois types de charges de la preuve reposent sur un poids différent, mais ils reposent également sur une certaine *répartition*. Le premier type est appelé charge de la persuasion, et il incombe en premier lieu au requérant ou au proposant, c'est-à-dire par celui qui avance un argument en vue de la satisfaction d'une requête en droit. (Par exemple, celui qui estime avoir droit à des dommages et intérêts ou le procureur qui demande la condamnation de l'accusé). Pour ce faire, le requérant doit invoquer une règle et prouver que l'antécédent de la règle est réalisé. Cette preuve revêtira une force variable selon le standard de preuve en vigueur (généralement plus strict en droit pénal qu'en droit civil) : elle doit entraîner la persuasion du juge (ou du jury), c'est-à-dire la croyance que la proposition énoncée par le requérant est vraie.

La véritable innovation de ce nouveau modèle tient à la détermination du second type de charge de la preuve, que Prakken et Sartor appellent *charge de la production*. Lorsque le défendeur soulève une exception, par exemple un fait justificateur, il arrive souvent qu'il ne doive pas persuader le juge que les conditions de l'exception sont bien réunies, *e.g.* qu'il était bien en état de légitime défense. Il suffit qu'il soulève, au moyen d'éléments de preuve, la *possibilité* que ces conditions étaient réunies. (On retrouve une version procédurale de la distinction entre défaite stricte et défaite faible). Evidemment, si le défendeur n'apporte aucun élément de preuve, le *fact-finder*, *i.e.*

70 Il faut noter que la notion de prépondérance de la preuve, définie par Farley et Freeman, est beaucoup plus stricte que la notion du même nom en procédure civile anglo-américaine : alors que la preuve au-delà de tout doute raisonnable est exigée en droit pénal, seule la « prépondérance » de la preuve est exigée en droit civil, ce par quoi on entend une force allant de (b) à (c) dans le modèle de Freeman et Farley.

71 Prakken et Sartor, 2006 ; Prakken et Sartor, 2008.

l'organe chargé d'établir les faits (par exemple un jury ou un juge de première instance en droit anglo-américain ; le juge du fond en droit français – sauf cour d'assises) sera dans l'obligation de donner raison au requérant – étant donné que ce dernier a rempli la charge de la persuasion. En revanche, si le défendeur apporte des arguments suffisants pour faire naître le doute et obliger le requérant à entrer sur le terrain des exceptions, alors, il remplit sa charge de la production.

Lorsque le défendeur a rempli cette charge eu égard à une exception quelconque, le requérant a alors la charge de la persuasion relativement à la réfutation de l'exception. Derechef, le défendeur aura la charge de la production relativement à la réfutation de cette réfutation, et ainsi de suite. A chaque étape de l'argumentation, chacune des parties évalue le risque que représente le fait de ne pas introduire un nouvel argument factuel (et les éléments de preuve qui vont avec) ; si, sur la base des éléments introduits, la partie a une grande chance de gagner sinon le dialogue, du moins la partie du dialogue concernée par l'argument de départ, alors elle s'abstiendra de fournir un contre-argument dont la réfutation par son adversaire pourrait amoindrir ses chances de victoire. Autrement, à chaque fois qu'une partie remplit ou tente de remplir sa charge de la persuasion ou de la production, une partie doit non pas introduire tous les éléments de preuve pertinents, mais à chaque fois se demander si l'introduction de ces éléments vaut le coup. Si le ministère public, à un certain point du procès, a la possibilité de faire déposer un témoin qui permettra de réfuter définitivement l'exception de légitime défense soulevée par l'accusé, mais qu'il sait qu'il y a de très fortes chances pour que la défense fasse valoir que ce témoin n'est pas digne de foi en raison de ses liens avec la victime ou de ses antécédents psychiatriques, alors le ministère public renoncera certainement à faire déposer ce témoin.

Cela, Sartor et Prakken l'appellent *charge tactique* de la preuve ; il ne s'agit pas d'un troisième type de charge de la preuve, mais d'une contrainte sur les deux types précédents de charges de la preuve. A chaque fois qu'une partie devra remplir sa charge de la persuasion ou de la production, il devra mesurer les risques que le fait de tenter de remplir cette charge fait naître. Alors que la charge de la production et la charge de la persuasion sont réparties de manière fixe, la charge tactique passe d'une partie à l'autre à chaque « coup » du dialogue.

Dans ce cadre, quel rôle jouent les présomptions ? Le nouveau modèle de Prakken et Sartor améliore sur de nombreux points le modèle des *probanda* et des *non-refutanda*, en faisant des exceptions des règles séparées, un peu à la manière de la description qu'en donne Edna Ullmann-Margalit. Les présomptions sont représentées au moyen de règles défaisables. Ainsi, au lieu d'avoir un *non refutandum* incorporé dans l'énoncé de la règle principale, on aura deux règles :

$$r_1 : \text{homicide\_volontaire}(x) \wedge \neg \text{legit\_defense}(x) \Rightarrow \text{condamnation}(x)$$

$$r_2 : \text{homicide\_volontaire}(x) \Rightarrow \neg \text{legit\_defense}(x)$$

Au premier abord, on s'étonnera de voir l'antécédent de r_1 comprendre la présomption (le complément de l'exception), comme si celle-ci était un *probandum*.

Cependant r_1 et r_2 sont à prendre *ensemble*. Sur la base de ces règles, il suffit au ministère public de prouver que $\text{homicide\_volontaire}(\text{Marcel})$ est le cas pour que la charge de la persuasion soit remplie, puisqu'à partir de $\text{homicide\_volontaire}(\text{Marcel})$, il est présumé que $\neg \text{legit\_defense}(\text{Marcel})$. De fait, syntaxiquement, les présomptions sont représentables de la même manière que des conclusions de règles défaisables. C'est en particulier pour cette raison qu'il est possible de représenter les présomptions, telles que la présomption d'innocence, au moyen d'une règle défaisable sans antécédent, par exemple : $\Rightarrow \text{innocent}(x)$.

Ce modèle appelle deux remarques : la première est que la séparation des règles et des présomptions permet de remédier à certains défauts du modèle des *probanda* et des *non-refutanda*, en particulier en ce qui concerne le problème de l'inversion totale de la charge de la preuve. En effet, il est tout à fait possible d'envisager un système où $\Rightarrow \neg \text{innocent}(x)$ et où r_1 deviendrait : $\neg \text{homicide\_volontaire}(x) \vee \text{legit\_defense}(x)$ $\Rightarrow \neg \text{condamnation}(x)$ (r_2 étant conservé en l'état).

La seconde remarque est que, dans ce modèle, les présomptions ne servent pas uniquement à représenter les exceptions. On peut envisager ainsi des cas où le fait déclencheur de la présomption (l'antécédent de la règle de présomption) n'est pas contenu dans l'antécédent de la règle principale. Reprenons un exemple de Prakken et Sartor. Si x et y sont des variables d'individus et z une variable de bien, soient les deux règles suivantes

r_3 : $\text{propriétaire}(x,z) \wedge \text{endommagement}(y,z) \Rightarrow \text{indemnisation}(y,x)$

r_4 : $\text{possessioneur}(x,z) \Rightarrow \text{propriétaire}(x,z)$

La règle r_3 conditionne l'indemnisation, en cas de dommage infligé à un bien, à l'existence du dommage et d'un titre de propriété du requérant sur ce bien ; r_4 prévoit que la possession vaut présomption de titre. Ici $\text{propriétaire}(\text{Marcel}, \text{bicyclette})$ n'est pas présumé ; celui qui cherche à obtenir réparation pour l'endommagement de son bien doit prouver qu'il en est propriétaire. Il a bien une charge de persuasion relativement à l'existence d'un titre. Cependant, il lui suffit de prouver qu'il est possesseur du bien, pour qu'il soit présumé en être le propriétaire. Autrement dit, $\text{propriétaire}(\text{Marcel}, \text{bicyclette})$ n'est pas présumé *ab initio*, mais un élément de preuve peut conduire à le présumer prouvé. C'est la raison pour laquelle il est très difficile de concevoir $\neg \text{propriétaire}(\text{Marcel}, \text{bicyclette})$ comme une exception à la règle. Dans r_1 - r_2 ci-dessus, l'absence de légitime défense est présumée à partir d'homicide volontaire qui appartient à l'antécédent de la règle ; c'est la raison pour laquelle elle ne peut être renversée que si le ministère public a rempli sa charge de la persuasion ; *sinon*, il n'y a rien à renverser. *Il n'y a pas d'exception soulevable à une règle qui ne s'applique pas !* C'est ce que le modèle des *probanda* et des *non-refutanda* sert à représenter. En revanche, dans r_3 - r_4 , la présomption selon laquelle Marcel est propriétaire du vélo peut être renversée (par exemple, en donnant des éléments de preuve que Marcel a volé la bicyclette en question) indépendamment du fait que Marcel a ou non rempli sa charge de persuasion relativement à l'endommagement de ladite bicyclette et à l'identité de l'auteur de ce méfait. Lorsque le défendeur remplit sa charge de la production en

soulevant avec quelque plausibilité l'hypothèse que Marcel *n'est pas* le propriétaire de la bicyclette, il n'invoque pas une exception à r_3 . Alors que je ne peux affirmer de manière consistante : « Monsieur le juge, je n'ai pas tué Jeannot et d'ailleurs j'étais en état de légitime défense » (variante judiciaire de la plaisanterie freudienne du chaudron), je puis tout à fait dire : « je n'ai pas endommagé ce vélo, et d'ailleurs Marcel n'en est pas le propriétaire ». Apporter des éléments de preuve en faveur à la fois de la réfutation du dommage et du renversement de la présomption de titre permet de remplir une charge tactique de la preuve, puisque si je m'en tiens à l'une ou l'autre, il se peut que j'encoure le risque de n'avoir pas soulevé suffisamment le doute chez le juge (ou le jury) pour obtenir la défaite de mon adversaire.

IV. LE MODÈLE « MONOLOGIQUE » DE L. DUARTE D'ALMEIDA

A. Le « *proof-based account* » : prouvé que non-*p* et non prouvé que *p*

De même que l'on a évoqué plus haut une objection (celle d'Alchourrón) aux modélisations non monotones de l'inférence déraisonnable, on va se concentrer ici sur une théorie procédurale de la déraisonnabilité ne présupposant pas un modèle non monotone d'inférence. Dans un article récent, Luis Duarte d'Almeida a proposé un modèle distinct de la déraisonnabilité procédurale⁷², dont le point de départ n'est pas le modèle de Sartor – que Duarte d'Almeida critique également, cf. *infra* –, mais l'article de Hart « The Ascription of Responsibility and Rights » que l'on a discuté plus haut. Plutôt que des concepts juridiques, Duarte d'Almeida préfère envisager des *règles* déterminant des décisions correctes ou justifiées en droit. Ainsi la thèse principale de Hart peut être selon lui reformulée ainsi⁷³ :

- (45) Les circonstances dont dépend le caractère correct d'une décision déraisonnable ne peuvent pas être spécifiées par un ensemble de conditions nécessaires et suffisantes.

Selon Duarte d'Almeida (45) est *faux* (on va voir pourquoi plus loin). Or si Hart a soutenu (45), c'est parce qu'il pensait que (45) était impliquée dans la thèse suivante, qui, elle, est vraie :

- (46) Les exceptions ne sont pas réductibles à des conditions nécessaires,

que Duarte d'Almeida appelle la *thèse de l'irréductibilité*⁷⁴. Or si Hart a raison de soutenir cette thèse, il a selon lui tort de soutenir qu'elle suppose qu'une décision déraisonnable ne satisfait pas un ensemble de conditions nécessaires et suffisantes.

⁷² Duarte d'Almeida, 2013, pp. 133-168.

⁷³ Duarte d'Almeida, 2013, p. 135.

⁷⁴ Duarte d'Almeida, 2013, p. 140.

Pour ce faire, Duarte d'Almeida distingue deux types de faits : d'un côté, les faits qui, selon les termes imprécis de Hart, « doivent être présents », ou *P-Facts*, et de l'autre, les faits qui, si présents, « défont » la décision, ou *D-Facts*, que l'auteur appelle des *defeaters*. Ainsi, (46) peut être reformulé ainsi : *les defeaters (ou D-Facts) ne sont pas réductibles à des conditions nécessaires*. On retrouve l'irréductibilité de l'énoncé (1a) à l'énoncé (2a) ci-dessus.

Le problème est qu'« être présent » est une expression imprécise, voir ambiguë, et Duarte d'Almeida est le premier, à ma connaissance, à relever cette ambiguïté qui court aussi bien chez Hart, et, d'une manière analogue, chez Sartor. Pour que la décision soit défaite, doit-ce être le cas que *D* ? ou bien alors qu'un argument affirme que *D* avec succès ? Et il en va de même pour les faits qui doivent être absents. Pour Duarte d'Almeida, « être présent » signifie « être prouvé ». Pour toute circonstance *X* quelconque, il est possible que *X* soit prouvé et que *X* ne soit pas prouvé. On obtient ainsi quatre possibilités : (A) *prouvé que X* ; (B) *prouvé que non-X* ; (C) *non prouvé que X* ; (D) *non prouvé que non-X*. Or il faut d'emblée remarquer que dans (B) et (C), *X* est absent, mais pas de la même manière.

Par conséquent, pour toute décision correcte ou justifiée **RC** et pour tout fait *P* devant être « présent », *prouvé que P* est une condition nécessaire pour que **RC** soit obtenue :

(47) Si **RC** alors *prouvé que P*.

Non prouvé que non-P ne fera pas l'affaire. Ensuite, soit un *defeater* *D*, qui, si « présent » défait **RC**. On obtient donc

(48) Si *prouvé que D* alors $\sim$ **RC**,

d'où, par contraposition,

(49) Si **RC**, alors $\sim$ *prouvé que D*.

Pour le dire autrement, si « *prouvé que* » est défini comme un opérateur, la négation d'un énoncé quelconque employant cet opérateur est externe. $\sim$ *prouvé que X* est le contradictoire de *prouvé que X*, là où *prouvé que $\sim$ X* est le contraire de ce dernier. Il faut donc supposer que la contraposition de (21) est obtenue en plaçant le signe de négation *avant* l'opérateur et non *après*. Or il semble que Hart, très clairement, ne pensait pas qu'il fallût que $\sim$ *D* soit prouvé pour que **RC** soit dérivable. Au contraire, lorsqu'il parle de l'absence de *D*, il envisage une situation où *D* n'a pas été prouvé (et, d'ailleurs, n'a peut-être même pas été évoqué au cours de l'audience).

On a d'ores et déjà intuitivement une confirmation de (46) : alors qu'il est nécessaire de prouver *P* pour que **RC** soit dérivable, il n'est pas nécessaire de prouver *non-D* ; en revanche, alors qu'il est suffisant que $\sim$ *prouvé que P* pour que **RC** ne soit pas dérivable, il est également suffisant que *D* soit prouvé pour que **RC** ne soit pas dérivable. Or si, bien qu'il soit *prouvé que P*, **RC** peut être défait par *prouvé que D*, alors *prouvé que P* ne peut pas être une condition suffisante pour que **RC** : il faut que cela soit également le cas qu'il soit *non-prouvé que D*. (Sachant que les preuves ne

sont pas susceptibles du plus ou du moins : soit X est prouvé, soit il ne l'est pas⁷⁵). Par conséquent, pour que RC soit dérivable, il est nécessaire qu'il soit *prouvé que* P et qu'il ne soit pas prouvé que D . On obtient donc

(50) Si RC alors (*prouvé que* P & *non-prouvé que* D).

Ensuite, si on suppose que la liste des exceptions est close⁷⁶, alors la conjonction « *prouvé que* P & *non-prouvé que* D » est évidemment une condition suffisante pour que RC soit dérivé. Que l'on prouve ou ne prouve pas quoi que ce soit d'autre ne changera rien à l'affaire. On obtient ainsi :

(51) Si (*prouvé que* P & *non-prouvé que* D) alors RC .

La conjonction de (50) et (51) donne donc :

(53) RC ssi (*prouvé que* P & *non-prouvé que* D)

soit la négation de (45). Par conséquent, non seulement (45) est faux, mais (46) est vrai (et par suite, ne peut impliquer (45))⁷⁷.

Qu'elle a été l'erreur de Hart ? Selon Duarte d'Almeida⁷⁸, Hart a malencontreusement confondu deux idées : l'idée selon laquelle X doit être « présent » (*i.e.* *prouvé*) et l'idée selon laquelle X est une condition nécessaire. Le fait qu'il soit nécessaire que seul P soit prouvé ne veut pas dire qu'il s'agit du seul élément nécessaire pour que la décision soit correcte ou justifiée ; il est également nécessaire qu'il ne soit pas prouvé que D . En revanche, il n'est pas nécessaire de prouver *non-D*, et c'est en ce sens que (46) est justifié. De même, le fait que *tout ce qui doit être prouvé* est P n'est pas une condition *suffisante* pour que RC soit correctement dérivable ; il est également nécessaire que personne n'ait prouvé D . L'ensemble des conditions nécessaires et suffisantes est un sur-ensemble de l'ensemble des circonstances (ou de leurs négations) qui doivent être prouvées et inclut donc l'ensemble des circonstances (ou de leurs négations) qui doivent être non-prouvées. La distinction des deux sous-ensembles de circonstances permet ainsi de distinguer les *D-Facts* et les *P-Facts*, et (46) peut être compris comme la thèse selon laquelle les premiers ne sont jamais réductibles aux premiers : alors que

75 L. Duarte d'Almeida est d'ailleurs plus nuancé à ce sujet : il reconnaît que s'il est impossible qu'il soit à la fois le cas que *prouvé que* X et que *non-prouvé que* X (en raison du principe de non-contradiction), il se peut très bien qu'il soit à la fois le cas que *prouvé que* X et *prouvé que* non- X , selon la norme de preuve (*standard of proof*) en vigueur. Aussi bien l'impossibilité des preuves contraires ne dépend pas d'une nécessité logique, mais de normes de preuves contingentes selon les systèmes juridiques. Il demeure que si la correction d'une décision juridictionnelle dépend du fait que X a été prouvé, il est impossible qu'elle dépende également du fait que non- X a été prouvé ; cette impossibilité n'est pas logique, mais dépend d'un réquisit de cohérence normative. (Voir Duarte d'Almeida, 2013, p. 145.)

76 Le modèle de Duarte d'Almeida suppose une liste close d'exceptions et de conditions, car il repose sur l'hypothèse correcte que le caractère ouvert de la liste n'a rien à voir avec la défaisabilité du raisonnement. Cependant, lorsque la liste des exceptions et des conditions (ou des ensembles de conditions) est ouverte, alors, *ipso facto*, (45) est vrai, mais pour d'autres raisons que la défaisabilité.

77 Duarte d'Almeida, 2013, pp. 140-148.

78 Duarte d'Almeida, 2013, p. 146.

pour que la décision soit correcte, les seconds doivent être prouvés, les seconds doivent être non-prouvés.

Il s'en déduit que les *conditions* (nécessaires et suffisantes) pour que **RC** soit dérivable ne sont pas les *P-Facts* et les *D-Facts* eux-mêmes, mais d'autres types de faits : le fait que les *P-Facts* soient prouvés ; le fait qu'il ne soit pas prouvé que *D*.

B. *D-Facts* et *non-refutanda* : la critique de Sartor par Duarte d'Almeida

Le modèle de L. Duarte d'Almeida ressemble extérieurement beaucoup à celui de Sartor : en effet, l'idée que les *D-facts* doivent être *non-prouvés* est équivalente à celle selon laquelle leurs compléments doivent être *non-réfutés* ce qui est, apparemment, la manière dont Sartor qualifie les exceptions. Cette ressemblance est trompeuse⁷⁹. Souvenons-nous de l'énoncé (42) par lequel Sartor formule l'énoncé complet de la règle :

$$(42) \quad E \text{ si } A_1^r \text{ et } \dots \text{ et } A_n^r \text{ et } \langle \bar{A}^e \rangle$$

Dans (42), les littéraux sont les faits *P* et $\sim D$. (42) peut donc être reformulé ainsi :

$$(42a) \quad E \text{ si } P_1 \text{ et } \dots \text{ et } P_n \text{ et } \langle \sim D \rangle.$$

Comme on l'a vu, (42) implique (40), que l'on peut reformuler ainsi :

$$(40a) \quad \bar{E} \text{ si } D$$

Que *D* soit le cas est une condition suffisante pour que *E* ne soit pas dérivable. Comme on l'a souligné plu haut, Sartor définit l'antécédent des règles juridiques comme constituant une condition suffisante de la dérivabilité de l'effet *E*. Or par contraposition, toute négation d'une condition suffisante de *E* est la condition nécessaire de la négation de *E*⁸⁰. Par conséquent, (40a) implique

$$(54) \quad \text{Si } E \text{ alors } \sim D$$

qui est évidemment inacceptable pour Sartor, puisque la différence de (42) avec (41) naît précisément que dans (42) on peut dériver *E* bien qu'on ne dispose d'aucune information sur *D*. Il faut donc affirmer que (42a) et (40a) impliquent non pas (54) mais

$$(55) \quad \text{Si } E \text{ alors } \langle \sim D \rangle.$$

Or, comme le montre Duarte d'Almeida, il est très difficile de savoir ce que (55) signifie.

79 On suit ici la critique du modèle de Sartor effectuée par Duarte d'Almeida, 2013, pp. 153-161. On critiquera cette critique dans la prochaine section.

80 On passe provisoirement sous silence le fait que l'application de la contraposition est le maillon faible de l'argument de Duarte d'Almeida, puisque le conditionnel de Sartor est uni-directionnel.

En effet Duarte d'Almeida remarque une importante ambiguïté dans la définition sartorienne des *probanda* et des *non-refutanda*, ambiguïté qui se dessine en creux dans la critique de Bayón évoquée plus haut. Selon la première définition, que l'on va appeler DEFINITION A, les *probanda* et les *non-refutanda* sont définis comme les éléments dont respectivement l'établissement est suffisant (et/ou nécessaire – on laisse ce point de côté pour l'instant) pour que *E* soit dérivé et le non-établissement est suffisant (et/ou nécessaire) pour que *E* soit dérivé. Selon la seconde définition, DEFINITION B, les *probanda* sont définis comme les éléments qui satisfont la *condition* de l'effet (et les *non-refutanda* sont les éléments satisfaisant la condition de l'effet contraire).

Or ces deux définitions ne sont pas équivalentes, car les *faits* auxquels elles renvoient sont différents. Dans la DEFINITION A, c'est le *fait* qu'il a été prouvé que *P* et qu'il n'ait pas été prouvé que *D* (qu'il n'ait pas été réfuté que $\sim D$) qui est la condition de *E*. Dans la DEFINITION B, c'est *P* et $\sim D$ (lorsqu'ils sont, respectivement, établis et non-réfutés) qui sont les conditions de *E*. Ainsi ce que Sartor appelle l'exception-fait, c'est, par exemple, le fait que Marie a lancé l'assiette en état de légitime défense. Une exception-fait, ainsi, *satisfait* l'exception-disposition, et ce faisant, lorsqu'elle est établie, elle est une condition suffisante pour que non-*E*. De même, un fait *P* satisfait la disposition-*P* (*i.e.* la partie de l'antécédent qui dit : *P* est un *probandum*), et, lorsqu'il est établi, est une condition suffisante pour que *E*. La différence entre *probanda* et *non-refutanda* est que *P* satisfait la condition de *E* s'il est établi et que $\sim D$ satisfait la condition de $\sim E$ s'il n'est pas réfuté. Dans la DEFINITION B, les *probanda* et les *non-refutanda* sont des faits similaires, mais qui ne satisfont pas la « disposition » qui les prévoit de la même manière.

Arrêtons-nous sur cette la DEFINITION B, qui est celle que Sartor visiblement a en tête lorsqu'il distingue exception-fait et exception-disposition. Si les *probanda* et les *non-refutanda* sont définis comme des faits qui, *lorsqu'ils sont établis on non-réfutés*, sont des conditions suffisantes, alors cela ne pose aucun problème en apparence. La difficulté naît de la règle de la contraposition (comme on l'avait déjà remarqué plus haut au sujet de Hart). Comment pouvons-nous lire (55) ci-dessus de manière à le différencier de (54) ? Si on le lit ainsi : « Pour que *E*, il est nécessaire que $\sim D$ ne soit pas réfuté », alors on retombe sur la DEFINITION A, où le fait-condition n'est pas $\sim D$, mais le fait qu'il ne soit pas prouvé que $\sim D$. Si on le lit : « Pour que *E*, il est nécessaire que l'exception-fait (dont l'absence ne doit pas être réfutée) ne soit pas le cas », alors on obtient quelque chose qu'il est impossible de distinguer de (54) : dans les deux cas, on a un *fait* (« *x* agi en état de légitime défense ») qui doit être inexistant. Le fait que par ailleurs $\sim D$ ne doive pas être réfuté ne fait aucune différence.

Ici, Luis Duarte d'Almeida ne prend hélas pas en compte une troisième possibilité qui est la suivante. Ce que Sartor essaie de montrer, c'est qu'on peut dériver *E* si on n'a aucune information (concluante) sur *D* ou $\sim D$. Une absence totale d'information ne saurait être une condition nécessaire, puisque, par hypothèse, aucun fait ne peut venir satisfaire cette condition. Pour Duarte d'Almeida, il ne fait aucun doute que « pas d'information sur *D* » = c'est un fait qu'il est non-prouvé que *D*. On verra plus loin que c'est une erreur. De manière générale, la critique que Duarte d'Almeida

adresse à Sartor manque sa cible pour deux raisons : la première est qu'elle repose sur un emploi de la loi de la contraposition, qui est explicitement rejetée par Sartor dès lors que « si... alors » s'entend comme un conditionnel unidirectionnel (respectant la loi du *modus ponens*, mais pas celle du *modus tollens*). Autrement dit, il ne fait pas de sens à appliquer au modèle de Sartor une loi qui n'est pas valide dans le système logique sous-jacent du modèle. Ensuite, on a vu plus haut que le modèle argumentatif de Prakken et Sartor contient une distinction entre deux négations (forte et faible) qui est analogue à la distinction *prouvé que non-X/non-prouvé que X*. Or c'est précisément cette distinction qui suppose, chez ces auteurs, une logique sous-jacente non monotone (cf *supra*). Comme on le verra dans la prochaine section, la critique de Duarte d'Almeida repose sur l'idée selon laquelle la structure des règles et celle du raisonnement (ou, dans un cadre dialectique, de l'argumentation) sont identiques. Or la notion même de raisonnement défaisable suppose que des inférences soient valides bien que la totalité des éléments de l'antécédent des règles n'aient pas été introduits au sein des prémisses. Et c'est cela qu'une logique non monotone sert à modéliser.

Toujours est-il que puisque, selon Duarte d'Almeida, la deuxième définition ne permet pas d'obtenir une lecture de (55) qui à la fois soit distincte de (54) et soit accommodante avec l'idée selon laquelle des conditions nécessaires de E sont spécifiées par contraposition (idée que Sartor *rejette*, répétons-le), c'est la DEFINITION A qui doit être retenue : la condition pour que E soit dérivé est le *fait qu'il soit prouvé* que X et non le fait que X soit le cas. Dans cette définition, le fait que X soit prouvé ne satisfait pas seulement la *condition* de la dérivation de E (ce qui était le cas dans la seconde définition), mais *est* la condition de E. Or cette première définition est *identique* au *proof-based account*. E peut être dérivé si et seulement si il est prouvé que P et il n'est pas prouvé que D. Il faut ici citer un passage un peu long de « *A Proof-Based Account...* » :

Ni les « *probanda* » ni les « *non-refutanda* » ne peuvent fonctionner comme des termes désignant des conditions (ou des éléments de conditions) dans l'antécédent des normes. Ils désignent certes des *faits* – des circonstances factuelles – mais *ces faits-là* ne sont pas les éléments pertinents. Les éléments pertinents sont bien plutôt le fait qu'il soit *prouvé que P* le fait et qu'il soit *non-prouvé que D*. Ces faits, eux, ne sont bien sûr ni *probanda* ni *non-refutanda*. Ce sont de simples faits (*plain facts*), et c'est l'occurrence de chacun d'entre eux qui satisfera l'antécédent⁸¹.

Il s'en déduit qu'une logique non monotone n'est pas nécessaire à la formalisation du raisonnement juridique. Ce serait le cas si n'entraient dans les prémisses factuelles du raisonnement juridique que les circonstances qui ont été prouvées, ou plutôt que le fait qu'il soit prouvé que les circonstances qui doivent être prouvées sont le cas. Or dans les prémisses factuelles du raisonnement entrent également le fait que des circonstances n'ont pas été prouvées. Par conséquent, on aura le raisonnement suivant : (Majeure) Si *prouvé que P* et si *non-prouvé que D*, alors RC ; (Mineures) *Prouvé*

81 Duarte d'Almeida, 2013, pp. 160-161.

que P ; *Non-prouvé* que D ; (Conclusion) **RC**. On pourrait rajouter parmi les mineures n'importe quelle prémisse, la conclusion demeurerait la même – pourvu bien sûr que la prémisse soit consistante avec le stock des prémisses mineures, condition qui est supposée par toute logique monotone comme non monotone, comme toute logique qui accepte l'axiome selon lequel *ex falso quodlibet*. On a donc affaire à un raisonnement déductif classique, très largement formalisable au moyen d'une logique monotone.

C. Examen critique

1. Une théorie raisonnable de la vérité judiciaire

On peut commencer par souligner les points forts du modèle de Duarte d'Almeida, dont le principal me semble être une vision raisonnable de la vérité judiciaire. C'est un point que l'auteur prend le temps d'argumenter avec soin⁸². Selon le *Proof-Based Account* en effet, la condition à laquelle **RC** est dérivable n'est pas constituée par l'ensemble de faits P et $\sim$ D, mais par d'autres faits : le fait que P est prouvé et $\sim$ D non prouvé. Ainsi, lorsque le *defeater* (que Sartor appelle « exception-fait ») « défait » l'application de la règle (*i.e.* la décision **RC**), la condition suffisante pour que ce soit le cas n'est pas l'existence du *defeater* lui-même, mais seulement le fait que le *defeater* soit prouvé. En ce sens, Duarte d'Almeida est fidèle à l'intuition de Hart selon laquelle le juge n'a pas à former une décision idéale, fondée sur l'ensemble des faits qui pourraient être pertinents s'ils étaient connus. Le juge ne peut former sa décision que sur la base de ce qui a été prouvé devant lui. La vérité judiciaire n'est donc pas la vérité tout court.

Cette dernière assertion est controversée en philosophie du droit. Le système de Duarte d'Almeida repose entièrement sur une théorie de la preuve qui est très disputée, c'est pourquoi il convient de s'y attarder un peu. On peut partir de ce qu'écrivent Alchourrón et Bulygin à ce sujet : selon eux, ce qui est prouvé n'est pas nécessairement ce qui est vrai⁸³. C'est une thèse triviale. Un coupable peut être relaxé faute de preuves, de même qu'un innocent peut être condamné en raison de preuves accablantes. Les auteurs reconnaissent également que les critères de preuves mobilisables en droit sont plus étroits que ceux utilisés, par exemple, dans les sciences, dans la mesure où des règles d'admissibilité plus ou moins strictes de la preuve soustraient des éléments de preuve pourtant concluants au champ des prémisses mobilisables dans le raisonnement⁸⁴. D'autre part, la décision juridictionnelle, contrairement à la théorie scientifique, possède nécessairement un élément de finalité, c'est-à-dire de caractère définitif (il s'agit d'un acte revêtu d'autorité⁸⁵). Cependant, les auteurs maintiennent fermement qu'il n'y a rien de tel qu'une « vérité judiciaire » ; les faits sont ce qu'ils sont, et

82 Duarte d'Almeida, 2013, pp. 148-153.

83 Alchourrón et Bulygin, « Los limites de la logica y el razonamiento juridico » in Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 311.

84 Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 311.

85 Alchourrón et Bulygin, 1991, *ibid.*

une proposition prouvée selon les canons de preuve juridiques, mais fausse en fait n'en demeure pas moins *fausse*⁸⁶.

Ce point est incontestable, et d'un point de vue purement logique, il n'y a pas lieu de le contester. Cependant, les auteurs vont plus loin : « La norme de droit pénal rend obligatoire de condamner ceux qui ont commis un homicide, et non ceux dont le juge dit qu'ils ont commis un homicide. »⁸⁷ Et dans une série d'articles⁸⁸, Eugenio Bulygin a maintenu cette conception que l'on pourrait qualifier de benthamienne de la décision juridictionnelle. Bulygin écrit que « le standard de correction des décisions judiciaires est la vérité, et la vérité ne dépend pas d'une assertion énoncée par une cour »⁸⁹.

La thèse de Bulygin (et d'Alchourrón) est représentative d'une théorie de la preuve que l'on peut, avec Francesco Viola, qualifier de « déclarative »⁹⁰ (expression que Viola emprunte à Kelsen⁹¹). Elle s'oppose aux théories « constitutives » de la décision juridictionnelle, dont Kelsen est le représentant le plus éminent⁹². Selon Kelsen, la décision juridictionnelle n'a pas pour but, ni pour fonction, d'établir des faits naturels ; pour que les faits, constitutifs du délit, puissent donner lieu à la sanction (selon le principe kelsénien d'individuation des normes rappelé plus haut), il faut qu'un organe soit habilité par le droit à déterminer l'existence de ces faits. Ce faisant, le juge *constitue* les faits en les constatant : il en fait des faits pertinents pour la décision qu'il doit rendre, c'est-à-dire, selon l'expression de Kelsen, qu'il en fait des faits juridiques. Contre l'argument selon lequel « le fait juridique doit être considéré comme donné à partir du moment où le fait naturel lui-même a existé », Kelsen soutient que « la constatation du fait par l'organe d'application du droit a lieu avec effet rétroactif. Le fait est considéré comme n'étant pas donné seulement à compter de sa constatation, mais comme donné à compter du moment fixé par l'organe d'application du droit, c'est-à-dire à compter du moment où le fait naturel a été posé »⁹³. Ainsi, ce qui constitue la condition de la sanction n'est pas, *e.g.* que l'individu commet le meurtre, mais que le juge constate que l'individu a commis le meurtre. A cela, Kelsen ajoute que l'établissement des faits est nécessairement affaire d'opinion, et que, de ce fait, nulle preuve ne peut être absolument conclusive ; il en résulte, puisqu'il faut « qu'une seule opinion l'emporte »⁹⁴, une composante décisionniste inévitable de la constitution des faits par le juge (ou le jury). Et dès lors que la décision n'est plus susceptible de recours, la « vérité judiciaire » est la seule qui vaille en droit, quelque discordante qu'elle soit avec la vérité tout court⁹⁵.

86 Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 313.

87 Alchourrón et Bulygin, 1991, *Ibid.*

88 Bulygin, 1985, pp. 161-163 ; Bulygin, 1995, pp. 20-25.

89 Bulygin, 1995, p. 22.

90 Viola, 1995, p. 252 *sq.* Voir également Gascon Abellan, 2010, pp. 40-43.

91 Kelsen, 1962a, p. 319.

92 Voir Kelsen, 1962a, pp. 318-324 ; pour des positions proches, voir Freeman, 1981 ; Sanchez Brigido et Seleme, 2002, p. 286 *sq.*

93 Kelsen, 1962a, p. 321.

94 Kelsen 1962a, p. 322.

95 Kelsen, 1962a, p. 323.

Selon, la thèse déclarative⁹⁶, au contraire, la décision n'est justifiée que si la prémisse factuelle (« la mineure ») du raisonnement est vraie. Cette thèse est cependant relativement problématique. Ici, la question n'est pas de savoir si une preuve peut jamais être conclusive, c'est-à-dire permettre d'établir complètement l'existence d'un fait : si une réponse sceptique à cette question⁹⁷ permet de rendre la thèse déclarative tout à fait irréaliste, elle n'est cependant pas nécessaire. En effet, quand bien même les règles de preuve permettraient toujours d'arriver à un énoncé vrai relatif à l'existence des faits, il ne s'en déduirait pas que ce qui rend applicable la solution normative, ce sont les faits eux-mêmes (thèse déclarative), et non leur constatation par le juge (thèse constitutive). De manière générale, le droit requiert des « instances chargées d'établir les faits » (traduction peu satisfaisante de l'anglais *facts-finders*), juges ou jurys, de baser leur décision sur ce qui a été prouvé, et non sur ce dont ils croient qu'une preuve a été apportée : il y a bien un élément d'objectivité impliqué par la notion même de preuve, même si cette objectivité est purement probabiliste⁹⁸. Le droit requiert donc des instances chargées d'établir les faits de former un énoncé de fait justifié sur le fondement des éléments de preuve à disposition ; cette justification est relativement indépendante de la certitude, et, de manière générale, des attitudes propositionnelles particulières des individus amenés à se prononcer.

Or que *p* ait été prouvé est relativement indépendant du fait que *p* soit réellement le cas ou non, comme le reconnaît Jordi Ferrer Beltran⁹⁹, pourtant tenant d'une théorie « déclarative ». Certes on pourrait reprocher à Kelsen d'avoir inféré, de la non-pertinence de l'existence « réelle » du fait, un pouvoir décisionnaire de l'organe d'application du droit, qui passe par pertes et profit le fait que ce dernier est tenu par le droit de prendre sa décision sur le fondement des *preuves* à disposition (et non pas sur le fondement de son *opinion*) ; mais cela n'invalidé nullement la thèse constitutive en elle-même. Il faut donc distinguer deux thèses distinctes : 1° le pouvoir de décision de l'organe d'application du droit qui peut décider qu'un fait est existant ou inexistant ; 2° le fait que lorsque les preuves admissibles sont concluantes, alors le juge *doit* accepter la proposition de fait qu'elles supportent, quand bien même, par ailleurs, les faits dénotés par la proposition sont inexistantes. L'erreur de Kelsen semble donc être d'inférer, de l'idée selon laquelle l'existence réelle des faits n'est pas pertinente en elle-même, une théorie décisionniste de l'établissement des faits (thèse 1°), alors que le juge est bien lié par les preuves en question (thèse 2°).

96 Le représentant le plus illustre en est bien sûr Bentham (voir Bentham, 1843a, p. 8), à ceci près que la position de Bentham est avant tout prescriptive (la preuve doit être libre ; voir, là-dessus, Moreso, 1992, pp. 353-359 ; Twining, 2006, pp. 41-45). On trouve d'autres exemples de la conception « déclarative » chez Wroblewski, 1973, p. 161 *sq.* ; Wroblewski, 1992, p. 131 *sq.* ; Taruffo, 1992, pp. 65-74 ; Ferrer Beltran, 2006, pp. 310-311.

97 Il y a des raisons de douter d'un scepticisme radical en la matière ; un haut degré de probabilité n'est pas une certitude absolue, mais permet néanmoins d'évacuer tout « doute raisonnable » (pour un examen scrupuleux et critique du *fact-scepticism*, voir Twining, 2006, pp. 99-163). Le tenant classique du *fact-scepticism* est Jerome Frank (voir Frank, 1973, p. 80 *sq.*).

98 Ferrer Beltran, 2006, p. 307.

99 Ferrer Beltran, 2006, p. 308.

L'erreur de Bulygin au contraire semble être d'inférer, du refus juste de la thèse 1° (« les faits ne sont pas ce que les juges disent qu'ils sont »¹⁰⁰), une thèse, incompatible avec la thèse 2°, selon laquelle le juge doit baser sa décision non sur ce qui est prouvé, mais sur ce qui est réellement le cas. Cette thèse est très problématique : une chose est de dire que les faits sont ce qu'ils sont, en dehors de toute décision juridictionnelle (et de toute procédure de preuve juridique) – ce qui est tout à fait exact ; autre chose est de dire qu'une décision juridictionnelle est justifiée uniquement par des propositions vraies. Cette dernière assertion est empiriquement fautive : non seulement les systèmes juridiques requièrent des juges (ou des jurys) qu'ils prennent leur décision sur ce qui a été prouvé, mais ils restreignent considérablement la liberté de la preuve, par de strictes règles d'admissibilité. Et Bulygin lui-même est obligé de reconnaître que, bien que Dimitri Karamazov soit innocent, « si un jury a décidé que la phrase "Dimitri Karamazov a tué son père" a été prouvée, alors le juge est dans l'obligation de prononcer une peine d'emprisonnement à l'endroit de Dimitri¹⁰¹ » (on voit qu'en insistant sur la « décision » du jury, Bulygin tente avant tout de réfuter la thèse 2° au moyen d'arguments visant la thèse 1°). La conséquence en est que, si on suit Bulygin, il faut considérer, selon l'expression de Duarte d'Almeida, « qu'à chaque fois qu'il y a un décalage entre ce qui est prouvé et ce qui est vrai, le juge violera nécessairement une obligation juridique »¹⁰². De fait, selon Bulygin, le juge condamnant Dimitri Karamazov prendra une décision à la fois contraire au droit pénal et conforme au droit procédural¹⁰³. Il faut, selon lui, distinguer entre le système primaire et secondaire (selon la formulation classique d'Alchourrón et Bulygin¹⁰⁴), *i.e.* le système de normes adressées aux citoyens et celui adressé aux juges. Les normes procédurales, qui sont adressées aux juges, leur font obligation de prendre leur décision sur le fondement de ce qui a été prouvé. En revanche, les normes de droit pénal substantiel (qui appartiennent au système primaire) font bien obligation aux individus de s'abstenir de tuer, et non de faire en sorte qu'il ne soit pas prouvé qu'ils ont tué. Jusqu'ici, le propos de Bulygin est tout à fait convaincant. Or Bulygin écrit que « ce qui doit être prouvé devant une cour est déterminé par le droit pénal, et non par le droit procédural »¹⁰⁵, sauf à refuser la distinction entre système primaire et secondaire et à faire du droit un ensemble de normes exclusivement adressé aux juges, ce qui est, en effet, inadmissible. Mais de cela on peut tirer que ce qui doit être prouvé devant la cour est que x a tué : les normes de droit pénal fournissent le *contenu* de la proposition qui doit (selon les règles procédurales) figurer parmi les prémisses ; mais elles n'emportent nulle obligation que la proposition

100 Bulygin, 1995, p. 22.

101 Bulygin, 1995, p. 24 ; voir aussi Bulygin, 1985, p. 162.

102 Duarte d'Almeida, 2013, p. 151.

103 Bulygin, 1985, p. 162. Il faut remarquer que l'argumentation de Bulygin se fonde sur une procédure en deux temps (établissement des faits par le jury ; prononcé de la sentence par le juge) ; elle est beaucoup moins forte si on prend en compte une procédure en un seul temps. On pourrait imaginer en effet que c'est le jury qui viole le droit pénal, là où le juge, non responsable de l'établissement des faits, se contente de suivre les règles qui lui sont adressées ; un tel argument s'effondre dès lors que c'est le juge lui-même qui établit les faits.

104 Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 148 *sq.*

105 Bulygin, 1985, p. 163.

soit vraie, car si c'était le cas, alors elles seraient *ipso facto* des règles procédurales¹⁰⁶ (ce qu'elles ne sont pas, comme Bulygin le soutient avec force).

Pour résumer : que les normes de droit pénal indiquent, au travers des actes, qu'elles prohibent directement ou obliquement aux individus d'accomplir, le *contenu* de ce qui doit être prouvé devant une cour n'implique nullement que la décision n'est justifiée, selon le droit pénal, que si ce qui est prouvé est vrai. Les normes de droit pénal indiquent aux individus ce qu'ils doivent *réellement* faire : selon le système primaire, ce doit réellement être le cas que *x* ne tue pas. Mais cela n'empêche aucune conséquence sur le comportement des organes d'application du droit.

Jordi Ferrer Beltran a tenté d'apporter une solution à la tension entre les postulats de la thèse déclarative et le constat qu'une décision juridictionnelle est typiquement justifiée dès lors qu'elle se fonde sur ce qui a été prouvé (et non sur ce qui est vrai). Il se fonde sur une distinction effectuée par Riccardo Caracciolo entre deux sens de la « décision juridictionnelle » : la décision comme acte de décider, la décision comme résultat de cet acte¹⁰⁷ (ou si l'on veut comme contenu de l'*output* de cet acte). Pour Ferrer Beltran, la décision-acte est justifiée si elle est en accord avec les normes régulant cet acte (typiquement, les normes de droit procédural) : ici, ce qui compte, c'est que la proposition factuelle figurant dans les prémisses ait été prouvée (voire, dans certains droits pénaux, qu'elle ait été prouvée au-delà de tout doute raisonnable ; en matière civile, il suffit généralement que la balance des preuves soit positive, *i.e.* supérieure à une probabilité de 0,5). En revanche, le contenu de la décision (entendue comme résultat de l'acte) est justifié si et seulement si la proposition est vraie¹⁰⁸. La preuve en est, selon lui, que les procédures, très rares, de révision peuvent intervenir bien après que les jugements sont devenus définitifs.

L'exemple des procédures de révision montre en réalité la faiblesse de l'argument de Ferrer Beltran. De deux choses l'une : soit une décision fondée sur une proposition factuelle fautive est non justifiée, bien que le jugement soit devenu définitif, mais alors il est faux de dire qu'il est *juridiquement* non justifié – il demeure *moralement* ou *ontologiquement* non justifié ; soit une décision fondée sur une proposition factuelle fautive est *juridiquement* non justifiée dès lors qu'elle a été annulée *lors d'un procès en révision* ; si c'est le cas, alors non seulement *quasiment toutes les décisions* sont justifiées – bien que probablement beaucoup d'entre elles soient fondées sur une prémisse fautive (du reste non seulement le procès en révision est très rare, mais il ne concerne que le procès pénal). Ce qui permet d'arriver à la conclusion que le jugement en révision est tout aussi *constitutif* des faits que celui des juridictions « normales » du fond.

106 On trouve une telle dérive dans le passage d'Alchourrón et Bulygin, 1991, p. 313 cité plus haut : « La norme de droit pénal rend obligatoire de condamner ceux qui ont commis un homicide, et non ceux dont le juge dit qu'ils ont commis un homicide ». Si la norme du droit pénal fait partie du système primaire, elle n'est pas adressée aux juges, et elle ne rend pas obligatoire de condamner quiconque, mais seulement de s'abstenir de commettre un homicide.

107 Caracciolo, 1988, p. 41.

108 Ferrer Beltran, 2006, pp. 310-311.

Bien entendu, il est souhaitable que l'innocent ne soit pas puni, et il est également souhaitable que les règles (procédurales) de la preuve soient formulées de telle manière qu'elles soient le plus à même d'aboutir à une approximation de la vérité, encore que ce second réquisit entre souvent en conflit avec l'exigence de procès équitable – puisque cette dernière entraîne souvent qu'un « vrai » coupable soit pourtant relaxé. Mais cela n'entraîne pas que la décision soit juridiquement justifiée si et seulement si ce qui est prouvé correspond à ce qui est vrai. D'ailleurs Kelsen ne se prononce nullement sur la question de l'adéquation des règles de la preuve à la vérité des faits (qui est une question prescriptive, de politique juridique).

Il est donc possible de s'en tenir à une théorie constitutiviste, mais non décisionniste (*i.e.* non tendanciellement sceptique), de la vérité juridictionnelle¹⁰⁹, et c'est vraisemblablement ce type de théorie auquel Luis Duarte d'Almeida souscrit. Le *Proof-Based Account* constitue donc, par rapport à la « seconde définition » de Sartor évoquée ci-dessus, l'indéniable avantage de reposer sur une théorie raisonnable de la vérité judiciaire. Comme outil de représentation des exceptions, le *Proof-Based Account* a pour mérite d'être clair, simple et élégant ; il n'entraîne pas de complications logiques particulières, et semble envoyer aux oubliettes près de trois décennies d'intenses réflexions (et de littérature massive) consacrées, en *AI&Law*, à la modélisation du raisonnement juridique au moyen d'une logique non monotone. Or c'est cette simplicité qui trahit le modèle de Duarte d'Almeida.

2. Ontologie et théorie du raisonnement juridique

Ce dernier affirme, dans le long passage cité ci-dessus que *non-prouvé que X* est un fait simple (*plain fact*). Ici, il faut bien voir qu'il ne s'agit pas simplement d'une facilité linguistique. Par exemple, lorsqu'on dit : « le fait que Jean-Eudes ne soit pas venu à mon anniversaire m'a beaucoup contrarié », on veut dire, avant tout, que le fait que Jean-Eudes ait choisi de faire *autre chose* que de venir à notre anniversaire nous a contrarié. En ne venant pas à notre anniversaire, Jean-Eudes a bien fait quelque chose, mais ce quelque chose n'est pas : « ne pas venir à notre anniversaire », c'est, par exemple, qu'il a été au cinéma. Or en affirmant que *non-prouvé que X* est un fait, Duarte d'Almeida ne veut de toute évidence pas dire qu'il s'agit du fait qu'est « prouvé quoi que ce soit d'autre que X ». Si *non-prouvé que D* est une *condition* de **RC**, alors il ne s'agit pas de dire que « prouvé quoi que ce soit d'autre que X » ou même « fait quoi que ce soit d'autre que prouvé que X » est une condition de **RC**. En disant donc que *non-prouvé que X* est un fait, Duarte d'Almeida ne cède donc pas à une simple facilité de langage. Il suppose une ontologie où l'absence d'un fait a le même statut ontique que les faits eux-mêmes. Si je prouve que X, j'énonce un certain nombre d'arguments, je produis un certain nombre d'indices de tous genres, je fais quelque chose, je produis un certain état du monde. Après que j'ai prouvé X, le monde est différent d'avant. En revanche, si je ne prouve pas X, je ne fais rien du tout : le monde est également le

109 Un exemple d'une telle théorie peut être trouvé, par exemple, chez Bankowski, 1990, p. 236 *sq.* ; Urbina, 2002, pp. 20-22 ; MacCormick, 2005, pp. 72-73.

même après mon inaction qu'avant. Alors, certes, on peut envisager des cas où j'essaie de prouver X et j'échoue : dans ce cas, le monde est bien différent avant et après ma tentative (comme on sait, les tentatives sont des faits, et produisent des effets dans le monde ; c'est d'ailleurs la raison pour laquelle les tentatives, les *attempts*, les *commencements d'exécution* sont régulés par le droit). A la rigueur, le *Proof-Based Account* pourrait se lire ainsi : **RC** ssi prouvé que P et si *échoué à prouver* que D. Mais ce n'est visiblement pas ce que Duarte d'Almeida a en tête : « non-prouvé que X » couvre aussi bien les cas où on échoue à prouver que X et les cas où l'on ne fait rien du tout relativement à X.

Cette critique semble limitée. Après tout, chacun choisit l'ontologie qui lui plaît, et on a d'ailleurs vu ontologie plus extravagante. Mais, en l'espèce, le choix d'une ontologie est essentiel pour modéliser un raisonnement juridique qui doit, au moins partiellement, procéder à partir de *faits*. Or le problème est que l'ontologie de Duarte d'Almeida définit ce qu'est un fait de manière à rendre le raisonnement juridique partant de ces faits hautement impraticable.

On peut commencer par mettre au crédit de L. Duarte d'Almeida que son modèle de la défaisabilité, qui suppose pourtant une théorie de la preuve, ne suppose aucune répartition particulière de la charge de la preuve. Alors que, chez Sartor, les *probanda* et les *non-refutanda* se définissent en référence à des règles procédurales incorporées partageant implicitement la charge de la preuve, il n'y a rien de tel dans le *Proof-Based Account* : certaines choses doivent être prouvées, d'autres doivent être non-prouvées, mais que ce soit l'une ou l'autre des parties qui les prouve ne fait absolument aucune différence. En ce sens, la conception de la preuve sous-jacente est monologique : le juge, à l'issue du procès, regarde synchroniquement ce qui a été prouvé, ce qui n'a pas été prouvé et tire sa conclusion. Que P ait été prouvé par le requérant ou par le défendeur ne fait aucune différence : ainsi on pourrait envisager que le défendeur prouve accidentellement qu'il est en tort, ou que le requérant prouve accidentellement un *D-Fact*. Et l'on pourrait également supposer une inversion complète de la charge de la preuve sur le modèle énoncé plus haut, cela ne ferait absolument aucune différence. Au contraire, la conception de Sartor, elle, était profondément dialogique : des arguments sont énoncés et la manière dont ces arguments sont énoncés est ordonnée et séquencée dans la règle elle-même (du moins si on retient la « seconde définition » évoquée plus haut). La conception monologique de Duarte d'Almeida permet à bien des égards d'éviter les apories qui en résultent.

C'est précisément ce gain théorique qui s'avère un piège. En effet comment modéliser le raisonnement juridique ? Nous avons une règle : **RC** ssi prouvé que P et non-prouvé que D. A partir de cela le juge va vérifier que P a bien été prouvé, et puis il va vérifier que D a été non-prouvé. Or le juge n'a pas besoin de *vérifier* que D a été non prouvé. Il statue en l'absence de toute information relative à D. On pourrait ici m'objecter que Duarte d'Almeida envisage le contexte de la justification et non celui de la découverte : il s'agit de se demander à quelles conditions une décision C est justifiée (pour qu'elle le soit, il faut que soit *prouvé que* P et *non-prouvé que* D). Que ces « faits » figurent effectivement dans les prémisses (*i.e.* que la conclusion soit découverte au moyen d'une procédure discursive reproduisant la structure de la justification) n'est

pas essentiel. En réalité, une décision *C* n'est pas justifiée dans le paradis des concepts ; elle est justifiée dès lors que la structure de sa justification est à même de figurer dans les prémisses d'un raisonnement réel (par exemple une juridiction d'appel pourra avoir à vérifier que *D* n'a pas été prouvé au cours du procès de première instance).

Pour le comprendre, remplaçons notre juge par un système expert relativement peu développé. On peut commencer par spécifier l'*input*. On a dans l'*input* une règle d'inférence : *C* ssi prouvé que *P* et non-prouvé que *D*. On rajoute dans l'*input* la prémisse factuelle : « il a été prouvé que *P* » et *rien d'autre*. Nous avons l'*input* I_1 : {*C* ssi prouvé que *P* et non-prouvé que *D* ; prouvé que *P*}. Sur la base de l'information donnée dans l'*input* I_1 , le système expert ne pourra dériver aucune conclusion, et répondra donc, par la négative. Pour qu'il puisse dériver *C*, il faut spécifier *ex ante* que l'absence d'information relativement à un fait quelconque *X* équivaut à *non-prouvé que X*, ce qui est une règle de défaut.

Tout au long de son analyse, Duarte d'Almeida s'est intéressé à seulement *trois* membres de la combinatoire de l'opérateur « *prouvé que* » et de la négation : *prouvé que X*, *non-prouvé que X* et *prouvé que non-X*. Il a complètement laissé de côté la quatrième terme de la combinaison : *non-prouvé que non-X*. Etant donné que, selon l'ontologie sous-jacente, *non-prouvé que X* est un fait, il faut supposer que *non-prouvé que non-X* est également un fait. Or supposons qu'au cours du procès, l'une des parties ne fasse rien relativement à *X* ou à *non-X*. Dans ce cas, la même situation factuelle (« il ne s'est rien passé ») peut être décrite comme le fait qu'il n'est pas prouvé que *X* et le fait qu'il n'est pas prouvé que *non-X*. C'est bien la même chose qui se passe (*i.e. rien du tout*) lorsqu'il n'est pas prouvé que *X* et lorsqu'il est prouvé que *non-X*. Dans le cas de notre système expert, nous sommes précisément dans le cas où nous n'avons aucune information relativement à *X* ou à *non-X*. Pour que le système expert puisse dériver *C*, il faut que soit spécifié que l'absence totale d'information relativement à *X* ou *non-X* doit être interprétée comme signifiant « *non-prouvé que X* ». Or une telle interprétation suppose que l'inférence est non monotone (et suppose qu'un prédicat de négation par l'échec soit introduit dans le langage de programmation logique employé).

L'erreur de Duarte d'Almeida est donc de présupposer que la structure du raisonnement reflète la structure de la règle. L'idée de formuler les règles au moyen de défauts « procéduralisés » est précisément de permettre au raisonnement d'arriver à une conclusion bien que la totalité des éléments de l'antécédent ne soient pas instanciés au sein des prémisses. Dans la logique des défauts normaux classiques, cela permet d'inférer *B* à partir *A* sans avoir à établir que n'existent pas des faits inconsistants avec *B*, tout en laissant ouverte la possibilité de bloquer la conclusion si de tels faits sont introduits dans les prémisses. Dans la théorie de Reiter, le mode d'introduction des prémisses ne fait pas l'objet d'une théorisation plus poussée ; le modèle est celui de l'introduction d'un fait ou d'une règle au sein d'une base de connaissances. Les théories procédurales, en revanche, portent sur le mode d'introduction des prémisses au moyen de la notion judiciaire de preuve.

De fait, le mérite du modèle original de Sartor est d'avoir montré le rôle que jouent dans le raisonnement juridique les *présomptions*, même s'il ne développe pas les outils adéquats pour les représenter. Il arrive que si l'on n'a aucune information relativement à un certain X , alors X est *réputé prouvé*, ou plutôt, il est réputé *établi* qu'il est prouvé que X . Ainsi, même si on a une règle du type « **RC** ssi prouvé que P et non-prouvé que D », il serait toujours possible de spécifier qu'en l'absence d'information sur P , P soit réputé prouvé, ou plutôt qu'il soit réputé *établi* que P est prouvé. Or nous avons vu que l'absence d'information relative à X équivalait nécessairement, chez Duarte d'Almeida, à « *non-prouvé* que X ». Ainsi si dans l'input nous entrons $I_2 : \{C \text{ ssi prouvé que } P \text{ et non-prouvé que } D ; \emptyset ; \text{non-prouvé que } D\}$, alors $\sim C$ est dérivable. Or il est tout à fait possible que P soit *préssumé*, c'est-à-dire *préssumé prouvé*.

Pour le dire autrement, Duarte d'Almeida va vite en besogne lorsqu'il affirme que *prouvé que* P et *non-prouvé que* D ne sont eux-mêmes pas *probanda* ou *non-refutanda*. Si ce sont des faits, alors ils peuvent être *probanda* ou *non-refutanda* du point de vue d'une règle procédurale répartissant la charge de la preuve. Rien n'empêche de concevoir une règle *substantielle* : **RC** ssi prouvé que P_1 et prouvé que P_2 et non-prouvé que D , à laquelle correspondrait la *règle procédurale* **RC** ssi prouvé que P_1 et $\langle$ prouvé que $P_2 \rangle$ et non-prouvé que D . (On a déjà vu que le tort de Sartor était de confondre ces deux règles). Dans ce cas, en l'absence de toute information sur P , et, *a fortiori* sur le fait que P a été prouvé ou non, alors il serait *préssumé* que *prouvé que* P . Cela, le modèle de Duarte d'Almeida ne permet pas de le représenter parce qu'il est monologique, alors qu'une théorie de l'*onus probandi* implique nécessairement un modèle dialogique, où le rôle de chacune des parties est spécifiées par des *règles procédurales* dont le *Proof-Based Account* ne fait aucun cas.

Or, en mettant en avant les présomptions, on ne s'intéresse naturellement pas à « prouvé que P »¹¹⁰ mais aux exceptions elles-mêmes. Si « non-prouvé que D » est un **fait**, alors il est susceptible d'être *établi*. Si c'est le cas, alors ce fait est lui-même susceptible d'être *probandum* ou *non-refutandum*. En indiquant qu'en l'absence d'information relative à D , « *non-prouvé que* D » doit être suppléé, on part du principe qu'il n'y a pas besoin qu'il soit établi qu'il n'a pas été prouvé que D pour que D soit *réputé non-prouvé* ; ainsi, on indique qu'en l'absence d'information, il est réputé établi que D n'est pas prouvé. Autrement dit, Duarte d'Almeida doit supposer que « non-prouvé que D » est un *non-refutandum*, ce qui revient à dire que la règle procédurale est un défaut reiterien. Or – et c'est là qu'est l'ironie – c'est précisément ce qu'il se refuse à admettre, comme le traduit le choix d'une ontologie où un *néant* peut être décrit comme un *fait* pur et simple, et le refus, qui s'en déduit, d'une logique monotone pour modéliser le raisonnement juridique.

110 Cette présomption relativement à « prouvé que p » équivaut au deuxième type de présomption dégagé par le nouveau modèle de Prakken et Sartor (cf. supra), *i.e.* où les conditions de la présomption ne sont pas comprises dans l'antécédent de la règle principale.

Pour conclure, on peut remarquer que le modèle de Duarte d'Almeida présente deux particularités, pour ne pas dire deux idiosyncrasies, qui, à bien y réfléchir, sont la source de ses principaux défauts.

En premier lieu, on aura peut-être remarqué qu'alors que chez Sartor (et tous les autres) le *raisonnement* est défaisable, chez Duarte d'Almeida, c'est la *décision*, c'est-à-dire la *conclusion du raisonnement*, qui est décrite comme défaisable¹¹¹. Cela se traduit dans la représentation des règles juridiques elles-mêmes ; alors que chez Sartor, le conséquent de la règle est un *effet* juridique (E), chez Duarte d'Almeida, le conséquent de la règle est une *décision* (juridictionnelle). Alors que chez Sartor, les règles ordonnent certains états de fait qui doivent être le cas, chez Duarte d'Almeida les règles déterminent dans quelles conditions certaines décisions juridictionnelles doivent être prises. Pour le dire autrement, toutes les règles sont chez Duarte d'Almeida des « règles secondaires »¹¹² au sens de Bayón et de Rodriguez/Sucar (cf. *supra*). – Ici encore, le peu de cas fait des règles strictement procédurales (telles que celles répartissant la charge de la preuve) apparaît problématique. En effet, ces règles sont supposées être appliquées *avant* que le juge prenne sa décision (le lien est logique, et non chronologique), et elles conditionnent cette dernière : pour que **RC** (la décision) soit dérivé, il ne faut pas seulement que P ait été prouvé et qu'il n'ait pas été prouvé que *D*, mais encore faut-il que P soit prouvé d'une certaine manière, par une certaine partie plutôt qu'une autre, que la preuve soit obtenue par tel moyen et non par tel autre. Ces règles procédurales créent des obligations pour les parties, et non seulement pour le juge. Elles supposent que le *fait qu'il est prouvé* que *p* ne soit pas seulement partie de l'antécédent des règles secondaires, mais également le *conséquent* de règles procédurales qui font peser des obligations sur les parties. Ce sont ces obligations, elles-mêmes défaisables, que le *Proof-Based Account* est *in fine* inadéquat à représenter, alors précisément que c'était en partie elles qui expliquaient que, chez Hart, les concepts juridiques soient défaisables.

En second lieu, alors que dans tous les systèmes envisagés jusqu'ici, la *flèche* (le conditionnel) va dans *un seul sens* et, chez de nombreux auteurs (Reiter, Moore, Prakken, Sartor, etc.), le conditionnel est unidirectionnel¹¹³. Cependant, chez Duarte d'Almeida, comme chez Hart, la flèche va dans les deux sens et, pour chaque sens de la flèche, le conditionnel est bidirectionnel. Envisager les formules de l'antécédent comme dénotant des conditions *nécessaires* et *suffisantes* pour la dérivation du conséquent fait avant tout sens dans le langage de l'application des *concepts* ; si on transpose ce dernier dans le langage de l'application des *règles*, comme le propose Duarte d'Al-

111 Sur la distinction raisonnement/décision, voir Wahlgren, 1992, p. 147.

112 Duarte d'Almeida a soutenu par ailleurs qu'il n'y avait pas de *règles primaires* en droit pénal (voir Duarte d'Almeida, 2007b). Or quand bien même cela serait vrai, il est abusif de généraliser ce postulat à toutes les branches du droit.

113 On rappelle qu'il ne faut pas confondre le sens de la flèche et la direction du conditionnel représenté par la flèche. Le sens de la flèche indique si les formules comprises dans l'antécédent de la règle sont des conditions suffisantes (flèche de gauche à droite) ou nécessaires (flèche de droite à gauche) de la formule comprise dans le conséquent. La direction du conditionnel indique si celui-ci respecte le *modus tollens* ou bien seulement le *modus ponens*. L'implication matérielle est représentée par une flèche allant dans un seul sens, mais est bidirectionnelle.

meida lui-même, cela implique que l'ensemble des ensembles de conditions conjointement suffisantes et individuellement nécessaires pour la dérivation du conséquent soit clos (cf. *supra*). Et de fait, le schéma de la règle proposé par Duarte d'Almeida, à savoir « ssi prouvé que P et non-prouvé que D alors **RC** » ne se distingue formellement en rien du schéma « classique » de l'application d'un concept (au moyen de conditions nécessaires et suffisantes) tel que Hart l'avait en tête.

Or si l'on décide de représenter les règles au moyen de conditions uniquement suffisantes, ce qui semble permettre d'éviter une option un peu fâcheuse d'individuation des règles (où la disjonction de toutes les conditions suffisantes pour la dérivation de la conséquence normative doit être contenue dans l'antécédent, ce qui occasionne des règles « à rallonge »)¹¹⁴, le *proof-based account* s'effondre. En effet, ce que ce modèle cherche à prouver, c'est (46), à savoir que les exceptions ne sont pas réductibles à des conditions nécessaires ; mais si on décide de représenter les règles au moyen de conditions suffisantes, la question de savoir si les exceptions sont des conditions nécessaires ou non ne se pose pas. La question que pose la défaisabilité, et qui constitue, à vrai dire, le véritable « prix logique » de cette dernière, est la suivante : comment expliquer que *prouvé que P* soit suffisant pour que **RC** soit dérivable et que *prouvé que P et prouvé que D* soient suffisants pour que **RC** ne soit plus dérivable ? Le modèle de Duarte d'Almeida ne permet de répondre à cette question que si les conditions suffisantes sont également des conditions nécessaires, *i.e.* seulement si *non-prouvé que D* est une condition nécessaire. Or par hypothèse, les règles sont représentées uniquement au moyen de conditions suffisantes.

La théorie de Duarte d'Almeida permet donc d'envisager de manière relativement cohérente le problème posé par la défaisabilité aux concepts juridiques, mais suggère que la transposition des concepts aux règles peut se faire sans heurt, ce en quoi Duarte d'Almeida reste par trop prisonnier du cadre de pensée qui était celui de Hart en 1948. On a certes indiqué plus haut, lorsqu'on a étudié le « prix logique » de la défaisabilité hartienne qu'il était *possible* d'envisager une isomorphie *règles/concepts*, de manière à exprimer les règles au moyen de conditions suffisantes et nécessaires – ou plutôt d'ensembles de conditions conjointement suffisantes et individuellement nécessaires. Le modèle de Duarte d'Almeida repose sur l'hypothèse sous-jacente que cette isomorphie est nécessaire, quoi qu'il en coûte pour l'individuation de la règle en question. Après tout, il est possible qu'il en aille ainsi ; mais il aurait fallu le démontrer.

114 Le problème n'est pas uniquement un problème d'individuation, c'est également un problème de modularité. En effet si la règle se formule : *ssi A ou B ou D alors C*, où A, B, et D sont des ensembles de conditions conjointement suffisantes et individuellement nécessaires, l'ajout par le législateur d'une nouvelle règle telle que *si E alors C* entraîne nécessairement la modification de la règle initiale en *ssi A ou B ou D ou E alors C*.

Conclusion de la Partie II

Dans cette deuxième partie, on a tenté de dresser un panorama des principales théories du raisonnement défaisable et de leurs applications au raisonnement juridique.

Après avoir envisagé brièvement les contours de la théorie hartienne de la défaisabilité des concepts et indiqué les raisons de sa répudiation ultérieure par son auteur, on a envisagé les trois « couches » de la défaisabilité du raisonnement juridique. La troisième couche, procédurale, correspond à celle que Hart avait en tête en 1948. Les deux couches précédentes (inférentielle et dialectique) ont été convoquées afin de fournir les prémisses de la représentation de la couche procédurale. Si celles-là précèdent logiquement celle-ci, ce qui se reflète dans l'ordre de leur exposition dans cette deuxième partie, la couche procédurale joue un rôle de premier plan du point de vue explicatif. Ainsi les défauts reitériens (et les théories subséquentes) n'ont donc pas été étudiés pour eux-mêmes, mais seulement en tant qu'ils permettaient de formaliser les règles juridiques comme des règles d'inférences, instanciées dans des arguments séquencés par une répartition juridique différenciée de la charge de la preuve. La *présence* d'exceptions dans le raisonnement est représentée par le niveau inférentiel ; leur *rôle* dans le raisonnement juridique est représenté par les niveaux dialectique et, surtout, procédural. Autrement dit, si les exceptions aux règles juridiques ne diffèrent pas des exceptions à d'autres règles d'inférence, leur rôle spécifique dans le raisonnement juridique et la manière dont elles informent ce dernier sont dus pour une bonne part à des déterminations procédurales purement juridiques, et, à ce titre, tout à fait contingentes.

L'immense majorité des modèles inférentiels utilisés dans la littérature pour représenter le raisonnement juridique reposent sur une relation de conséquence non monotone. On a toutefois étudié deux objections importantes formulées à l'encontre des logiques non monotones, l'une d'un point de vue formel (Alchourrón), l'autre de manière informelle (Duarte d'Almeida). On a adressé de nombreuses critiques à l'une comme à l'autre. Cependant, la réfutation d'une objection ne vaut pas nécessairement approbation de la thèse envers laquelle l'objection a été formulée – on retrouve un problème analogue à celui, brièvement évoqué plus haut, de la réinstallation de la conclusion originale du raisonnement lorsqu'est survenu un défaiseur doux lui-même défait par la suite. Les logiques non monotones (*i.e.* les systèmes logiques

reposant sur une relation de conséquence non monotone) permettent de formaliser de manière assez intuitive le processus de la défaisabilité. Peut-être peut-on en faire l'économie. Sur cette question, comme sur de nombreuses autres, le présent travail demeure résolument agnostique.



PARTIE III

DÉFAISABILITÉ DES RÈGLES JURIDIQUES ET INTERPRÉTATION

Chapitre 6

Défaissabilité des règles juridiques

SECTION 1. POSITION DU PROBLÈME. DÉFAISSABILITÉ FORTE ET FAIBLE

On a déjà rencontré la notion de règle défaissable au cours de la seconde partie. L'existence de règles défaissables (si elle est avérée) est l'une des raisons pour lesquelles le raisonnement à partir de ces règles est défaissable. Ainsi, les défauts de Reiter sont des règles défaissables : leur application est susceptible d'être mise en échec par la survenance d'une exception. Cependant, la défaissabilité du raisonnement n'empêche nullement que les exceptions soient spécifiables à l'avance (au moyen de clauses spécifiques), prévisibles à l'avance (au moyen de clauses générales) ou à tout le moins dérivables du système juridique (au moyen de métarègles de résolution d'éventuels conflits normatifs). L'idée qui sous-tend l'idée de défaissabilité du raisonnement juridique est qu'il doit être possible de représenter au sein d'une base de connaissances étendue (par exemple, une théorie complexe de défauts) l'ensemble des règles, des exceptions ainsi que des modes de résolution d'éventuels conflits de règles (ou de conflits de règles avec des normes individuelles) de telle manière que l'absence d'*exceptions* n'ait pas besoin d'être spécifiée au cours du raisonnement pour que la conclusion puisse être dérivée. Cette idée semble être un développement des thèses originelles de Hart sur la défaissabilité : des inférences (chez Hart, l'application de concepts) peuvent être effectuées normalement, mais sont défaites dès lors qu'une exception est établie. C'est ce processus que désigne la notion de défaissabilité du raisonnement juridique, qui ne s'intéresse nullement à l'*origine* des exceptions : une fois les exceptions posées (d'où qu'elles viennent), comment raisonne-t-on avec elles ?

La notion de défaissabilité des *règles* juridiques va être ici employée en un sens plus strict. Tous les auteurs s'accordent à reconnaître que les règles juridiques (ou au moins certaines d'entre elles) sont dotées de clauses générales d'exception – ou, que, au

moins dans certains cas, les conflits normatifs peuvent être résolus au moyen de la spécification des exceptions à la règle défaite. La question de savoir si ces procédures sont représentables ou non au moyen d'une logique classique (monotone) est controversée, mais il semble non controversé que les règles juridiques soient *défaissables* dans un sens faible, *i.e.* qu'elles soient susceptibles d'exceptions et que le raisonnement juridique à partir de ces règles soit *défaissable*, dès lors que les exceptions s'y comportent de manière différente que les conditions d'application de la règle. En revanche, la question que l'on va poser dans le présent chapitre est de savoir si les règles juridiques sont défaissables en un sens *fort*, et elle porte précisément sur l'origine des exceptions¹. Y a-t-il dans les systèmes juridiques des exceptions autres que celles qui sont spécifiables, prévisibles et dérivables, *i.e.* celles qui découlent de clauses spécifiques, de clauses générales et de conflits résolus ? Cette question revient à se demander si les règles juridiques ne comportent pas de clauses *ceteris paribus*, ou si les obligations qu'elles créent ne sont pas des obligations *prima facie*, au sens où nous avons défini ces notions plus haut. La distinction entre la défaissabilité faible ou forte porte sur la nature des prémisses que le système juridique considère comme acceptables au sein du raisonnement juridique. Dans la défaissabilité faible, l'ensemble des prémisses normatives possibles du raisonnement, *i.e.* l'ensemble des défauts normatifs de la théorie de défauts, est constitué de l'ensemble des normes juridiques normativement applicables au sein du système juridique au moment *t* où l'on raisonne. Dans la défaissabilité forte, l'ensemble des défauts normatifs de la théorie est constitué de l'ensemble des normes qu'un individu peut considérer comme applicables, quand bien même elles n'appartiendraient pas au système juridique, et ne seraient pas davantage applicables dans ce système juridique sur le fondement de normes d'applicabilité appartenant à ce dernier.

Il faut prendre garde au fait que la défaissabilité *forte* des règles juridiques, que l'on va étudier maintenant, n'épuise pas la problématique de la défaissabilité. On a ainsi déjà indiqué qu'il fallait se garder de confondre la problématique de la défaissabilité chez Hart (en 1948), qui concerne avant tout le rôle que les exceptions *explicites* jouent dans le raisonnement juridique (chez Hart, dans l'application des concepts juridiques), et les enjeux de la formule hartienne (en 1961, dans le *Concept de droit*) selon laquelle « du fait que les règles comportent des exceptions que l'on ne peut énoncer de manière exhaustive, il ne résulte pas que nous soyons abandonnés dans chaque situation à notre libre appréciation (...). Une règle qui se termine par le terme "sauf si..." est encore une règle »². Un certain nombre d'auteurs nient que la question de la défaissabilité faible, *i.e.* de la défaissabilité des règles occasionnée par la manière dont les exceptions se comportent au sein du raisonnement juridique, soit philosophiquement intéressante. Dire que la règle prohibant le meurtre et comportant une exception de légitime défense est

1 On trouve une distinction analogue à celle tracée ici entre défaissabilité faible et forte des règles juridiques sous la plume de Richard Posner (voir Posner, 1990, p. 46) : Posner distingue le fait pour une règle d'avoir des exceptions, et le fait pour une règle d'être constamment soumise à des exceptions *ad hoc* dans les cas où surviennent des circonstances imprévues. Hélas, Posner ne distingue pas clairement les cas exceptés (les exceptions-faits) et les cas-limites (les cas de texture ouverte hartienne), qui doivent, pourtant, être différenciés comme on le verra dans le prochain chapitre.

2 Hart, 2005, p. 158.

défaissable est faire un usage peu intéressant du concept de défaissabilité des règles, qu'il s'agisse d'exceptions occasionnées par des clauses spécifiques ou générales ou naissant de la résolution de conflits normatifs³. Leonard Boonin écrit ainsi : « Affirmer que les règles juridiques sont défaissables ne revient pas à avancer l'argument évident selon lequel les règles juridiques ont des exceptions, mais qu'il est théoriquement impossible d'énumérer ces exceptions. »⁴ De la même manière, Fernando Atria, distinguant un « moment législatif » et un « moment juridictionnel », écrit : « Il n'y a rien de particulièrement intéressant dans les exceptions introduites lors du moment législatif ; elles font simplement partie de la règle et (...) elles en limitent le scope. Le problème intéressant (...) est celui où les exceptions sont introduites dans la règle au moment de l'application. »⁵ Ou encore Giovanni Battista Ratti et Jordi Ferrer Beltran : « Le terme [défaissabilité] est parfois utilisé pour dénoter des situations où les normes ont des exceptions explicites, c'est-à-dire des exceptions qui peuvent être dérivées à partir d'autres normes du système. Dire que les normes sont explicitement défaissables (...) exprime une vérité banale, pour laquelle on dispose déjà d'autres termes⁶. »

Ici comme ailleurs, les définitions sont largement stipulatives⁷. Cependant, l'entreprise qui est la nôtre porte sur le concept d'exception à une règle. Or la détermination du concept d'exception est en partie détachable de la question de l'*origine* de l'exception. Certes, en droit, le problème des exceptions « implicites » se pose avec une acuité particulière, dès lors que l'on reconnaît une division du travail minimale entre les organes chargés d'édicter des règles et ceux chargés d'appliquer ces dernières – avec, bien entendu, la complication, propre à la quasi-totalité des systèmes juridiques, présentée par le fait que les organes d'application du droit sont également créateurs de droit, au moins de manière interstitielle. Cependant, la détermination du *concept* d'exception est largement détachable du caractère spécifiable à l'avance ou non des exceptions ; elle implique en revanche de prendre en compte le rôle que les exceptions jouent dans un raisonnement (non nécessairement juridique d'ailleurs) partant de règles. Or, quand bien même l'*ensemble* des exceptions seraient spécifiables à l'avance, les règles juridiques demeureraient défaissables en un sens faible, dans la

3 Il faut remarquer que les problèmes posés par les exceptions explicites peuvent être inintéressants pour une certaine théorie du droit. De fait, la défaissabilité des règles pose beaucoup plus de problèmes (au moins *prima facie*) au *positivisme juridique* que la défaissabilité du raisonnement juridique (voir Waluchow, 2012, p. 260). Cela ne veut naturellement pas dire que cette dernière soit inintéressante en elle-même. La controverse positivisme/antipositivisme n'est pas l'alpha et l'oméga de la théorie du droit.

4 Boonin, 1966, p. 372.

5 Atria, 2001, p. 124. On a vu plus haut qu'Atria reprochait à Hart de s'être exclusivement concentré, dans son article de 1948, sur les « chefs reconnus d'exception », et, par conséquent, de ne pas parler de défaissabilité du tout (Atria, 2001, p. 137).

6 Ferrer Beltran et Ratti, 2012, p. 15. Voir aussi Ratti, 2013, p. 130 *sq.*

7 Ainsi Maria Ines Pazos a soutenu la thèse exactement inverse de celle des auteurs cités ci-dessus : « La défaissabilité existe lorsque les exceptions sont déterminées par le système normatif », *i.e.* il n'y a de défaissabilité que faible (Pazos, 2002, p. 460). Selon Pazos, les cas de pseudo-défaissabilité implicite ne sont que des cas d'indétermination sémantique – nous insisterons sur le danger d'une telle position dans le prochain chapitre.

mesure où le raisonnement au moyen de ces règles serait défaisable, sauf à transformer les exceptions en conditions négatives d'application.

Pour le dire autrement, si les règles juridiques sont fortement défaisables, *i.e.* susceptibles de voir leur application bloquée par des exceptions non spécifiables à l'avance, alors le raisonnement juridique est nécessairement défaisable, mais on n'a pas besoin de supposer qu'elles sont fortement défaisables pour que le raisonnement juridique soit défaisable⁸ : la défaisabilité du raisonnement juridique est occasionnée par la simple *présence* d'exceptions. Le rôle qu'elles jouent dans le raisonnement juridique est, pour une bonne part, déterminé par la représentation des règles elles-mêmes : faire des règles juridiques des défauts au sens de Reiter (par exemple) implique d'en faire des règles défaisables, *i.e.* des règles susceptibles d'exceptions. Et, comme on l'a vu, la défaisabilité *juridique* est structurée par le caractère argumentatif de l'introduction des prémisses, et surtout par le fait que les exceptions se comportent procéduralement de manière différente que les conditions d'application. Toutes ces considérations ne sont pas triviales, bien qu'elles ne reposent pas nécessairement sur une défaisabilité forte des règles de droit.

La distinction conceptuelle entre défaisabilité faible et forte repose, comme on l'a suggéré, sur l'origine des exceptions. Cette question ne se pose qu'à un degré très faible dans les modèles envisagés dans la seconde partie. En effet, ces derniers n'interrogent pas le mode d'introduction des exceptions, et plus largement des règles au sein du système. Elles reposent sur le présupposé sous-jacent que l'introduction de normes dans un système normatif est analogue à l'introduction d'une formule dans une base de connaissances, ou à l'introduction d'une prémisse dans une théorie. Soit cette prémisse appartient à la théorie, soit elle n'y appartient pas ; ce qui compte, c'est le rôle qu'elle joue au sein du raisonnement, pas la manière dont elle est introduite.

En revanche, les questions relatives à la défaisabilité « forte » des règles juridiques se posent lorsqu'on a une raison de ne pas appliquer la règle, mais que cette raison n'est pas directement dérivable du système juridique lui-même. Il faut donc justifier que cette raison soit, en un sens, juridique, c'est-à-dire qu'elle soit rattachable à une norme juridique, ou supposée par le philosophe du droit être une norme juridique. Si cette raison est, par exemple, *de bout en bout* morale, et ne se rattache nullement au droit *tel que la théorie le décrit*, alors le problème est vite résolu. A part un positiviste idéologique⁹ radical, personne ne niera qu'un juge ait l'obligation morale de « défaire » une règle, c'est-à-dire de ne pas l'appliquer, lorsque pour une raison ou une autre cette application entre en conflit avec une norme morale de telle manière qu'aucune autre raison morale ne peut justifier de l'appliquer malgré tout. Comme l'écrit Juan Carlos Bayón : « Il peut certainement y avoir des raisons morales très puissantes de ne pas tenir compte d'une norme en de certaines occasions, et il est même concevable qu'un

8 Comme l'explique Hage, la défaisabilité des règles juridiques est l'une des raisons pour lesquelles le raisonnement juridique est défaisable (voir Hage, 2005, p. 21).

9 Voir là-dessus Redondo, 1999a, p. 253. Sur le positivisme idéologique, les références classiques sont Bobbio, 1998, p. 27-28 ; Ross, 2004, p. 157-160.

système juridique concède aux juges le pouvoir de changer le droit lorsqu'il pense que c'est le cas. Mais affirmer que les normes juridiques sont défaisables ne revient pas à cela. »¹⁰ Il convient donc de distinguer la défaisabilité *morale* des règles juridiques, qui est incontestable, et la défaisabilité *juridique* de ces dernières¹¹.

La défaisabilité forte des règles juridiques diffère de la défaisabilité faible par le type de question qu'elle pose – ci-après lorsqu'on parlera, sans plus de précision, de défaisabilité des règles juridiques, on entendra « défaisabilité forte des règles juridiques », sauf lorsque le contexte exigera des précisions. Les questions abordées dans la seconde partie portent sur la représentation des exceptions : comment peut-on représenter de manière à la fois modulaire et isomorphe le jeu des règles et des exceptions au sein du raisonnement juridique ? En revanche, les questions abordées dans le présent chapitre sont des questions de philosophie du droit « pure et dure », portant sur l'application des règles et la justifiabilité juridique des exceptions « implicites ». Les controverses sur la défaisabilité juridique ne sont pas des désaccords descriptifs, mais des controverses entre des modèles théoriques sur la nature du droit. Le fait que les règles reçoivent des exceptions implicites est un constat empirique que nul ne peut sérieusement réfuter. La question est de savoir quel type de théorie du droit permet le mieux de rendre de ce phénomène ; une théorie du droit qui fait de ce phénomène un trait essentiel, conceptuellement nécessaire, de la nature du droit est-elle une théorie correcte du droit ?¹² – On précise par ailleurs que le propos est analytique et non normatif : la question est de savoir si une représentation du droit qui admet la possibilité pour les organes d'application de ce dernier de reconnaître des exceptions « implicites » est une représentation conceptuellement satisfaisante ; il ne s'agit pas de se demander si les juges sont moralement ou politiquement justifiés à reconnaître des exceptions implicites¹³.

Scott Shapiro, dans un passage de *Legality* dédié à la défaisabilité écrit : « Le fait que le droit est supposé résoudre, et prétend résoudre, des questions normatives ne devrait pas être entendu comme l'idée selon laquelle le droit requiert que ses directives soient suivies *quoi qu'il arrive*. Les règles de droit (*laws*) (...) sont typiquement défaisables. (...) Le problème ici est que le droit revendique le droit de déterminer les conditions de sa propre défaisabilité. Il tente de régler le moment à partir duquel les

10 Bayón, 2001, p. 339 ; Rodriguez et Sucar, 2003, p. 144 ; Bulygin, 2003, p. 247. Voir aussi Waluchow, 2012, p. 257 *sq.* distinguant défaisabilité morale et défaisabilité juridique.

11 Voir Rodriguez et Sucar, 2003, p. 144, Waluchow, 2012, p. 257 *sq.* ; Ferrer Beltran et Ratti, 2012, p. 23.

12 Voir Celano, 2012, p. 283 : « Le problème est de savoir quelle est la meilleure manière de reconstruire rationnellement la forme des normes juridiques ou de certaines d'entre elles – comme des conditionnels défaisables ou bien indéfaisables ». Celano ajoute : « Pourquoi donc devrait-on présumer que la charge de la preuve incombe aux défaisabilistes ? » – Selon nous, la charge de la preuve incombe aux défaisabilistes dès lors que l'on suppose couramment, presque trivialement, que la décision juridique est fondée sur des, ou procède de, règles. Si, comme Celano, on adopte un modèle particulariste de la décision juridique (cf. *infra*), alors cette présupposition ne vaut plus – mais alors, il convient de justifier pourquoi on adopte le modèle lui-même.

13 Autrement dit, les questions que l'on va aborder dans ce chapitre – et les suivants – ne sont pas des problèmes d'idéologie juridique relatifs au rôle du juge, à sa légitimité démocratique, et ainsi de suite.

dilemmes (*quandaries*) qu'il a résolu deviennent non résolus.¹⁴ » Cet extrait résume le problème de la défaisabilité forte des règles juridiques. On peut en donner la présentation suivante : si ces règles entendent faire une différence pratique¹⁵, et guider le comportement, en particulier de ceux qui l'appliquent, alors leur applicabilité ne peut faire l'objet d'une remise en question à chaque fois que leur application entraîne des conséquences fâcheuses ou à chaque fois que l'on a une bonne raison de ne pas l'appliquer. Il est important de souligner que ce problème n'est pas celui de l'efficacité des règles : comme le souligne Jules Coleman, la thèse de la différence pratique (qu'il ne partage pas) porte sur la *possibilité* de guider le comportement¹⁶. Il ne s'agit donc pas de se demander si des violations répétées du droit empêchent que le droit remplisse sa fonction, qui est de faire une différence pratique. En revanche, si l'on fait de la défaisabilité une caractéristique conceptuelle des règles juridiques, et si, par conséquent, les règles sont d'emblée conceptualisées comme ne valant que *ceteris paribus*, alors se pose la question de savoir si elles peuvent remplir leur fonction. Si l'on conçoit les règles juridiques comme contenant des clauses *ceteris paribus*, il faut donc que *toutes* les considérations ne puissent être pertinentes, car si, à chaque fois qu'il fallait appliquer la règle, on devait peser l'ensemble des raisons qui pèsent sur cette application, la raison d'être de la règle elle-même disparaîtrait. On doit donc supposer que le droit « revendique le droit de déterminer » à quelles conditions il est défaisable, c'est-à-dire quelles sont les considérations qui sont pertinentes pour la défaite de la règle.

SECTION 2. QU'EST-CE QU'UNE EXCEPTION IMPLICITE ?

La notion d'exception suppose, comme on l'a vu dans l'appendice à la première partie, trois éléments. Le premier élément est une règle (conceptuellement et *prima facie* normativement) applicable au cas auquel on est confronté. Le second est une raison pour ne pas appliquer la règle. Aussi bien « faire une exception » de manière purement aléatoire et arbitraire est-il conceptuellement possible, mais on admettra de manière générale qu'il est irrationnel de procéder de la sorte. La raison en question est, de manière générale, que le cas présente certes les propriétés pertinentes suffisantes le rendant subsumable sous le cas générique, mais présente une ou plusieurs propriétés supplémentaires justifiant une solution différente. Le troisième élément est une justification pour la prise en compte de cette propriété, *i.e.* pour l'intégration de cette raison au sein du raisonnement. Le cas le plus simple est l'existence, au sein du système juridique, voire de la règle elle-même, d'une exception explicite, l'existence

14 Shapiro, 2011, p. 202.

15 La « thèse de la différence pratique » a été formulée par Jules Coleman (Coleman, 1998 ; Coleman 2001a, p. 68 *sq.* et p. 134 *sq.*) afin de décrire la position de Raz avant d'être brandie par Scott Shapiro (voir, par exemple, Shapiro, 2001, p. 177).

16 Coleman, 2001a, p. 68.

d'une règle d'inapplicabilité, l'existence d'un conflit normatif résolu, etc. ; dans le cas qui nous intéresse, de telles justifications ne sont, par hypothèse, pas disponibles. Le juge ne peut ni arguer de ce que le système juridique prévoit cette exception, ni arguer directement sur le mérite moral de cette dernière. En effet, on suppose que le cas est bien régulé par la règle, et si le système juridique autorisait les juges à statuer *contra legem* à chaque fois qu'existe une raison de ne pas appliquer les règles, on pourrait se poser la question de l'utilité de ces dernières. Les règles sont donc défaisables si les exceptions sont implicites sinon eu égard à la règle elle-même, du moins au système juridique qui la comprend. Il faut en premier lieu se demander ce qu'il faut entendre par une exception *implicite*.

Le caractère implicite (ou explicite) concerne les *exceptions-dispositions* et non pas les *exceptions-faits* – ces dernières peuvent être avérées ou non, connues ou non, mais on ne saurait dire qu'elles sont implicites ou explicites. Une exception-disposition est une règle ou un fragment de règle rendant inapplicable une règle du système. Par conséquent, se demander ce qu'est une exception implicite revient à se poser la question beaucoup plus large, et à vrai dire assez équivoque, de l'implicite dans le droit¹⁷.

Il convient en premier lieu de préciser ce sur quoi porte la qualification d'implicite, puis de préciser les contours de la notion d'« implicite en droit ».

I. DÉFAISABILITÉ IMPLICITE ET EXCEPTIONS IMPLICITES

Il convient d'effectuer une première distinction entre *exception* implicite et *défaisabilité* implicite. Pour le comprendre, il faut revenir sur une autre distinction que l'on a effectuée plus tôt dans ce travail.

Au début de la deuxième partie, on a distingué entre défaisabilité explicite et exceptions explicites. Ces dernières sont celles résultant d'une clause spécifique d'exception – l'exception est alors explicite dans l'énoncé de la règle ; d'une clause générale d'exception – l'exception est alors explicite (ou explicitée) par une autre règle du système juridique ; ou de la résolution d'un conflit de normes du système. Dans ce dernier cas, on parle d'ailleurs parfois d'exceptions implicites, mais c'est une erreur. Comme on l'a mentionné en introduction de ce travail, il faut distinguer l'acte d'excepter et le résultat de cet acte, c'est-à-dire le contenu de l'exception-disposition. Dans

17 Voir, par exemple, avec des objectifs théoriques variés, Fuller, 1968, pp. 91-110 ; Wroblewski, 1989 ; Postema, 1994 ; Postema, 2011, pp. 141-180 ; Guastini, 2004, p. 105-107 ; Marmor, 2011. Il faut noter que Fuller – et à sa suite Postema – envisagent « l'implicite » en droit comme caractérisant la coutume (ce qui est une version quelque peu benthamienne de la notion de « règle implicite » comme « règle non écrite »). Il importe de souligner que, de notre point de vue, la coutume est une source de droit, et de ce fait, les règles coutumières sont des règles « explicites » du système juridique ; la distinction entre implicite et explicite ne peut être définie par le caractère non écrit de la règle. Par conséquent, les exceptions « implicites » ne peuvent être conçues comme des dispositions coutumières, même si les règles coutumières, étant plus flexibles que les règles écrites, se prêteront elles-mêmes davantage aux exceptions implicites.

le cas d'un conflit de normes, l'acte d'excepter est implicite, mais le résultat de cet acte est explicite, puisqu'il est « déjà » contenu dans la norme victorieuse. Affirmer que l'acte d'excepter est implicite revient à dire que la défaisabilité (ici, faible) de la règle est implicite, mais non que les exceptions sont implicites.

Dans les trois cas (clauses spécifiques, clauses générales, conflits résolus par une exception), les règles sont explicitement défaisables mais en un sens *faible*. En revanche, la défaisabilité explicite peut être conçue pour désigner autre chose que les exceptions explicites, mais pour désigner le fait que la règle prévoit elle-même sa propre défaisabilité *forte*. Lorsqu'une règle comporte une clause *ceteris paribus*¹⁸ (par exemple, « ...sauf circonstances exceptionnelles »), elle fait référence à des exceptions qui ne sont pas explicites et qui n'ont pas vocation à être rendues explicites au moyen d'une règle générale. Certes, au fur et à mesure que la jurisprudence ou la doctrine spécifieront le scope des circonstances exceptionnelles pertinentes, cette exception deviendra l'équivalent d'une exception explicite. Mais elle n'a pas vocation à être explicitée *avant* que le problème d'application induit par une « circonstance exceptionnelle » n'intervienne. En déterminant quelles sont les circonstances exceptionnelles, l'organe d'application du droit détermine une exception implicite. Autrement dit *une règle est explicitement défaisable* lorsqu'elle reconnaît *explicitement* l'existence d'*exceptions*, y compris d'*exceptions implicites*.

Par contraste, la *défaisabilité implicite* suppose que la possibilité d'exceptions *implicites* ou *explicites* n'est pas explicitement prévue dans l'énoncé de la règle. Lorsqu'un conflit de normes est résolu, on suppose que la norme vaincue était implicitement défaisable, même si, s'agissant d'exceptions explicites, il faut supposer que la norme vaincue était seulement *faiblement* défaisable¹⁹. La défaisabilité implicite *forte*

18 Des clauses *ceteris paribus* explicites se trouvent par ailleurs fréquemment en droit, sous une forme ou sous un autre. Pour prendre un exemple parmi mille autres possibles, l'article L2232-23 du Code du travail, portant sur la durée maximale consacrée par les représentants élus au comité d'entreprise (ou les délégués du personnel), dans les entreprises de moins de deux cents salariés dépourvues de délégué syndical, à la négociation des accords d'entreprise : « Chaque élu titulaire appelé à participer à une négociation en application de l'article L. 2232-21 dispose du temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions dans les limites d'une durée qui, *sauf circonstances exceptionnelles*, ne peut excéder dix heures par mois. » De telles clauses ne vont généralement pas sans qualification. On peut prendre de nouveau un exemple au hasard. L'article L214-24-34 du Code monétaire et financier définit le fonds commun de placement (qui n'a pas la personnalité morale) comme « une copropriété d'instruments financiers et de dépôts dont les parts sont émises et rachetées à la demande, selon le cas, des souscripteurs ou des porteurs ». L'article L214-24-41 du même Code prévoit cependant que « le rachat par le fonds de ses parts et l'émission de parts nouvelles peuvent être suspendus à titre provisoire par la société de gestion *quand des circonstances exceptionnelles l'exigent*, et si l'intérêt des porteurs de parts ou du public le commande, dans des conditions fixées par le règlement du fonds ». Ici, le scope des circonstances exceptionnelles est délimité par le législateur : il faut que la suspension du rachat et/ou de l'émission de parts soit dans l'intérêt des porteurs ou du public. Cela laisse cependant une grande latitude à l'organe d'application dans la détermination des exceptions implicites.

19 Cette analyse passe sous silence le problème des clauses générales implicites – étant entendu qu'il ne peut y avoir de clauses spécifiques implicites, mais seulement des clauses spécifiques explicites ouvertes, comme on le verra ci-dessous. Mais si on suppose qu'existent des clauses générales implicites conceptuellement distinctes de la résolution de conflits de normes, on a en principe affaire à deux types de défaisabilité implicite faible, pour lesquels on ne dispose d'aucun outil conceptuel de

suppose une clause *ceteris paribus*²⁰ implicite. (On trouvera une présentation schématique des diverses possibilités énumérées ci-dessus dans le tableau 3 ci-dessous).

Les *exceptions implicites* peuvent donc naître soit de la défaisabilité explicite, soit de la défaisabilité implicite des règles – à supposer que dans les deux cas la défaisabilité soit forte. Se pose alors la question de savoir comment ce que l’on entend par « implicite », et ce que cela veut dire pour une disposition (ici une clause *ceteris paribus* ; une exception-disposition) que d’être implicite.

	Exceptions explicites (défaisabilité faible)	Exceptions implicites (défaisabilité forte)
Défaisabilité explicite	Clause d’exception explicite	Clause <i>ceteris paribus</i> explicite
Défaisabilité implicite	Clause générale d’exception implicite Conflit normatif résolu	Clause <i>ceteris paribus</i> implicite

Tableau 3. Défaisabilités et exceptions implicites et explicites

II. L’IMPLICITE, UNE NOTION AMBIGUË

Il y a de multiples manières pour une règle ou une disposition d’être « implicite » dans, ou « impliquée » par, un ensemble d’énoncés normatifs.

Jerzy Wroblewski a ainsi distingué plusieurs manières d’envisager le « non-dit » en droit²¹. La première consiste à faire du non-dit en droit un ensemble de règles non posées par le législateur – par exemple un précédent ou la coutume²² (c’est à l’aune de cette dernière que Fuller envisage l’implicite en droit). Cette notion ne sera pas

différenciation. Cependant, « implicite » ne s’entend pas de la même façon dans les deux cas. Dans le cas d’une résolution de conflits de normes, « implicite » signifie : « appartient aux conséquences logiques du système normatif » ; en revanche, les clause générales ne peuvent être implicites en ce sens, mais dans l’un des trois autres sens dégagés dans cette section.

20 Ici, on fait équivaloir défaisabilité (forte) et présence (implicite) d’une clause *ceteris paribus*. Samuel Coval et Joseph Smith suggèrent de distinguer conceptuellement ces deux concepts. S’intéressant aux règles instituant des droits, ils indiquent que ces derniers sont indéfaisables, dans la mesure où ils ne sont pas « susceptible d’être défaits par des considérations utilitaristes ou de bonne politique » (Coval et Smith, 1982, p. 453), mais ils doivent cependant s’entendre comme dotés d’une clause *ceteris paribus* ; ils sont en effet susceptibles de recevoir un grand nombre d’exceptions dont le catalogue est impossible, mais qui proviennent à chaque fois de ce que le droit entre en conflit avec le but de la règle (Coval et Smith, 1982, p. 455). Il apparaît donc que la différence entre règles *ceteris paribus* et règles défaisables recouvre en réalité les notions de défaite interne et externe chez Schauer (cf. *infra*).

21 Il faut souligner que le propos de Wroblewski est métathéorique : il n’entend pas déterminer ce en quoi consiste le non-dit en droit, mais la manière dont diverses théories du droit définissent ce non-dit.

22 Wroblewski, 1989, p. 144.

envisagée ici, dans la mesure où les règles coutumières ou jurisprudentielles sont, dès lors qu'elles procèdent de sources reconnues comme telles par la règle de reconnaissance, des règles explicites du système juridique, même si elles ne font pas l'objet d'une formulation canonique (contrairement aux règles législatives).

La deuxième manière est de faire du non-dit l'ensemble des « conséquences formelles » des règles en vigueur²³. Cette piste est intéressante, mais comme on le verra elle est peu utile pour l'enquête qui est la nôtre. Une troisième manière, enfin, consiste à faire du non-dit en droit résulte de choix interprétatifs axiologiquement orientés²⁴.

En reprenant et en complétant la typologie de Wroblewski, on va en envisager les possibilités suivantes. Selon une première conception, qui est la plus minimal, l'implicite s'apparente aux conséquences logiques des règles du système normatif. Selon une seconde conception, l'implicite se dérive *à partir* de règles explicites, au moyen d'un raisonnement par analogie. Selon une troisième conception, l'implicite est ce qui est *impliqué* par l'auteur de la règle au moyen d'un acte de langage d'un type particulier. Enfin, selon une quatrième conception, l'implicite découle de l'arrière-plan axiologique du système normatif.

A. Dispositions implicites et conséquences logiques

Selon un premier sens, le plus faible, une règle R est implicite dans un système α si et seulement R appartient aux conséquences logiques de α , c'est-à-dire à $Cn(\alpha)$ ²⁵. Si $r_1 \in \alpha$ tel que $r_1 = \text{les véhicules sont interdits dans le parc}$ et que l'on sait que $\forall(x).voiture(x) \rightarrow véhicule(x)$, alors si $r_2 = \text{les voitures sont interdites dans le parc}$, $r_2 \in Cn(\alpha)$. En ce sens, on peut dire que r_2 est une règle implicite de α . En effet, c'est une nécessité dans SDL que si $p \rightarrow Oq$ et que $r \rightarrow p$, alors $r \rightarrow Oq$. Bien que $r \rightarrow Oq$ n'appartienne pas à α , cette norme appartient à $Cn(\alpha)$. – Il faut noter que, dans notre exemple, $r \rightarrow p$ n'appartient pas à α , puisque $r \rightarrow p$ n'est pas une norme. En revanche, $r \rightarrow p$ est une vérité nécessaire découlant de la signification de p et de r .

Cette compréhension de l'« implicite » est néanmoins d'un secours assez limité. En effet, les exceptions constituent des conséquences logiques des règles que l'on estime *ne pas devoir être appliquées*²⁶ : la sélection des conséquences logiques inapplicables ne peut être fournie par l'acte lui-même de dérivation des conséquences logiques. Dès lors que le système normatif que l'on considère est $Cn(\alpha)$, toute conséquence logique de α est tautologiquement supposée appartenir au système normatif. Il en résulte que les exceptions sont nécessairement des conséquences logiques de α et à ce titre sont

23 Wroblewski, 1989, p. 145.

24 Wroblewski, 1989, p. 149.

25 Voir sur la distinction entre le système juridique tel qu'il est promulgué et le système juridique *avec* ses conséquences logiques, Wroblewski, 1992, p. 77-78.

26 Voir Ferrer Beltran et Ratti, 2010, p. 606 *sq.* Selon les auteurs cependant, la défaisabilité affecte l'appartenance de ces conséquences juridiques à α et non leur applicabilité. De fait, les auteurs ne fournissent aucun critère de sélection des conséquences logiques « invalides ».

« implicites » dans a , mais que l'on ne peut néanmoins *jamais* savoir sur la seule considération de $Cn(a)$ quelles conséquences sont applicables et lesquelles ne le sont pas.

Cependant, la notion de conséquence logique permet de comprendre dans quelle mesure les résolutions de conflits de normes font *implicitement* naître des exceptions *explicites*, c'est-à-dire le type de défaisabilité implicite *faible* mentionné plus haut. Supposons que a comprenne les normes suivantes – pour simplifier on prend un cas de conflit total-partiel non hiérarchique et synchronique et une seule métarègle de résolution, ici *Lex Specialis*.

$$r_1 : F(x) \Rightarrow OG(x)$$

$$r_2 : H(x) \Rightarrow O \neg G(x)$$

$$r_3 : [\forall x. (ant(x) \rightarrow ant(y)) \wedge \neg (ant(y) \rightarrow ant(x))] \Rightarrow x < y$$

Ici r_1 et r_2 sont deux règles (faiblement) défaisables ; r_3 est une représentation hybride de *Lex specialis* où $ant(x)$ signifie, dans le langage-objet, « l'antécédent de la règle x » ; on s'inspire assez lâchement de la notation de Prakken, tout en rendant explicite le lien de « spécialité » entre deux normes : il faut que l'antécédent d'une norme implique l'antécédent de l'autre, mais que la converse ne soit pas vraie (on retient une notion triviale de « spécialité » comme inclusion stricte du spécial dans le général). Si par ailleurs on sait que $\forall x. (F(x) \rightarrow H(x)) \wedge \neg (H(x) \rightarrow F(x))$, alors $(r_2 < r_1) \in Cn(a)$. En ce sens, la *priorisation* est implicite dans le système normatif, mais l'exception elle-même, *i.e.* le contenu de l'exception-disposition est bien explicite dans le système. La notion de conséquence logique permet donc de représenter la défaisabilité implicite faible des règles juridiques – mais nullement les exceptions implicites.

B. Dispositions implicites et raisonnement par analogie

En un second sens, le caractère implicite d'une règle peut être envisagé comme les conséquences que l'on peut raisonnablement inférer d'un ensemble de règles, en particulier au moyen d'un raisonnement analogique (par exemple, les arguments *a contrario* ou *a fortiori*)²⁷. Ici, on suppose qu'existe une certaine règle régulant une certaine classe de cas, et un cas que l'on tente de subsumer, ou au contraire de soustraire, à l'application de la règle. Pour ce faire, on a recours à une détermination des propriétés implicites eu égard à une hypothèse sous-jacente de raisonnabilité. Si la règle prohibe les voitures dans le parc, alors *a fortiori* elle prohibe les camionnettes – il serait absurde de soustraire ces dernières à l'application de la règle, étant donné qu'il n'y a aucune fin raisonnable qu'une règle pourrait entendre réaliser au moyen d'une prohibition des voitures, mais pas des camionnettes.

Cet usage du raisonnement par analogie²⁸ permet de déterminer un concept d'implicite plus maniable pour la détermination des exceptions. On peut concevoir

²⁷ Voir Aarnio, 2011, p. 150.

²⁸ Voir *e.g.* MacCormick, 2005, p. 129.

deux types d'arguments où des exceptions « implicites » sont dégagées au moyen de ce genre de raisonnement. Le premier est la technique du « *distinguishing* » dans la jurisprudence de *common law*. En effet, comme Hart l'a fait remarquer, « il n'existe pas de méthode unique qui permette de déterminer la règle relativement à laquelle un précédent obligatoire fait autorité »²⁹. Supposons qu'un juge émette en t_1 un jugement relatif à cas c_1 , survient en t_2 devant le même juge, ou devant un autre juge obligé de suivre les précédents du premier en vertu de la règle du *stare decisis* horizontal ou vertical³⁰, un cas c_2 , au sujet duquel il est argué que les propriétés qu'il partage avec c_1 sont précisément celles qui déterminent la *ratio decidendi* de ce dernier. Le juge qui souhaite ne pas appliquer la règle au cas en question décide de le « distinguer », moyennant une argumentation dont la charge lui incombe fortement, de c_1 . Pour ce faire, il a deux solutions : la première est de pointer une propriété de c_1 absente dans c_2 et nécessaire à l'application de la *ratio* ; la seconde est au contraire d'indiquer une propriété additionnelle de c_2 , en sus des propriétés qu'il possède déjà en commun avec c_1 , mais non présentes dans ce dernier, et qui justifient de « distinguer » le précédent. Dans la première situation, l'idée selon laquelle le juge découvre une *ratio* qui exclurait dès t_1 les cas tels que c_2 est en grande partie illusoire³¹ ; seulement le juge de t_2 a le pouvoir de modifier la règle posée en t_1 , en particulier parce que la règle est implicite et que sa « découverte » dépend pour une bonne part de l'interprétation qu'il en donne. En revanche, dans la seconde situation, le juge effectue une exception pure et simple. En effet, alors que dans la première situation, l'ensemble des propriétés pertinentes (telles que les détermine le juge en t_2) ne sont pas réunies, dans la seconde situation, elles le sont, plus une propriété supplémentaire qui fait la différence. Cela revient à dire que la *ratio* telle qu'elle est découverte dans le cas précédentiel s'applique (conceptuellement) bien au cas présent, mais qu'il existe une raison pour ne l'y appliquer. Dans les deux situations, la justification du juge est essentiellement facilitée par le caractère flexible de la règle précédente et par la marge d'appréciation importante qui lui est laissée dans la détermination de la *ratio decidendi*. Cependant, il n'y a dans la seconde situation qu'une différence de degré, et nullement de nature, avec la reconnaissance d'une exception « implicite » au sein d'une règle générale énonçant explicitement les propriétés pertinentes des cas qu'elle régit.

Le second usage du raisonnement analogique intervient lorsqu'une règle générale comporte une clause fournissant une liste d'exceptions, et lorsqu'il est raisonnable de penser que cette liste est ouverte, soit en raison d'une mention explicite de la clause

29 Hart, 2005, p. 153. Voir, sur le *distinguishing*, Raz, 2009a, p. 183 sq. ; MacCormick, 1994, p. 219 sq. ; Siltala, 2000, p. 91 sq. ; MacCormick, 2005, p. 143 sq.

30 On appelle règle du *stare decisis* horizontal le fait pour une juridiction d'être obligée de suivre ses propres précédents et règle du *stare decisis* vertical le fait pour une juridiction d'être obligée de suivre les précédents émis par les cours qui lui sont supérieures dans la hiérarchie juridictionnelle (voir pour un exposé très clair Dobbin, 2010, p. 1460).

31 Voir Raz, 2009a, pp. 185-186. Raz critique l'opinion selon laquelle lorsqu'un juge « distingue » il ne fait que découvrir une règle qui est pour ainsi dire déjà là, et qui exclut, avant toute interprétation, le cas en question – en somme, le juge ne ferait que reconnaître que les règles s'appliquent aux cas auxquels ils s'appliquent. Selon Raz, la distinction du précédent est la modification par le juge ultérieur de la règle posée par le juge antérieur.

en ce sens (« *etcetera* », « et tous cas semblables »...), soit en raison de postulats interprétatifs donnant à penser que la règle est implicitement ouverte (par exemple *ejusdem generis*). Ainsi la règle r_3 : *les véhicules sont interdits dans le parc, sauf les ambulances, les camions de pompiers, les voitures de police, et tout autre véhicule du même type*. Le juge confronté au cas d'un *autocar* de CRS ou d'une voiture de *gendarmerie* effectuera un raisonnement par analogie afin de déterminer si les propriétés pertinentes déterminant les exceptions « explicites » sont réunies ou non dans le cas en question. Il faut remarquer cependant qu'un raisonnement du même type peut intervenir lorsque la clause d'exception ne fournit pas une liste de cas exceptionnels, mais indique les propriétés pertinentes pour la détermination de l'exception, dès lors qu'il est possible d'analogiser non pas les cas en fonction d'une propriété commune, mais les propriétés elles-mêmes.

De manière générale, la détermination de telles « exceptions implicites » est assez aisée, dès lors que leur propriété pertinente peut se déterminer à partir de celles qui caractérisent les exceptions explicites. Elle peut cependant donner lieu à des cas-limites, dès lors que la détermination des propriétés communes est le résultat de l'interprétation de la *formulation* de la règle – cette question se pose à un degré moindre en matière de *ratio decidendi* des cas précédentiels, puisque la *ratio* est dès le départ une règle flexible.

C. Dispositions implicites et implicatures

On peut, en troisième lieu, tenter d'envisager les exceptions implicites comme le résultat d'implicatures effectuées par l'auteur de la règle. La notion d'implicature, dont la paternité est généralement attribuée à Grice³², désigne les situations où l'on dit quelque chose en disant quelque chose d'autre. Les implicatures sont une caractéristique pragmatique des langages naturels ; la compréhension de ce qui est véhiculé au moyen de l'énoncé proféré par le locuteur n'est pas complète à partir de la simple considération du sens de la phrase (*sentence meaning*), ni même à partir de la compréhension du sens que le locuteur entend véhiculer au moyen de l'énoncé (*utterer's meaning*)³³. Pour que l'énoncé soit compréhensible tel que le locuteur a l'intention qu'il le soit, il convient de prendre à garde au contexte particulier de locution. L'énoncé : « il a une très belle écriture » signifie ce que l'énoncé signifie, à savoir que l'individu dénoté par l'indexical « il » a une belle écriture³⁴. Dans le contexte d'une lettre de recommandation pour un poste universitaire, le locuteur *implicite*³⁵ quelque chose par cet énoncé qui n'est nullement présent si l'on considère uniquement le sens de ce dernier ; ce que le rédacteur veut dire, au moyen de cet énoncé, est tout autre chose qu'une louange relative aux qualités calligraphiques du candidat : « c'est un piètre chercheur, ne l'embauchez pas ! » De même, si ma femme et moi sommes en retard pour

32 Grice, 1989, p. 24.

33 Sur la distinction, voir Grice, 1989, p. 86 *sq.* On y reviendra dans le 8^e chapitre.

34 L'exemple est de Grice, 1989, p. 33.

35 Pour « impliquer », Grice emploie l'anglais *to implicate*, par contraste avec *to imply*, afin de distinguer l'*implicature* de l'*implication* (en particulier de l'implication logique).

l'opéra et que ma femme me demande : « Sommes-nous en retard ? » Si je lui réponds : « L'opéra commence dans cinq minutes », je ne réponds en apparence pas à sa question. En revanche, il est évident que, en proférant cet énoncé, j'implique : « Nous arriverons très probablement en retard », et mon implicature répond à question³⁶. Du reste, une implicature peut en répondre à une autre. Si, dans le même contexte, ma femme me demande : « Quelle heure est-il ? », elle implique en réalité : « Sommes-nous en retard ? avons-nous quelque chance d'arriver avant le début de l'opéra ? »

La notion d'implicature, chez Grice, est définie de manière plus formelle au moyen des célèbres maximes de la conversation ordinaire, qui fournissent les critères d'un échange optimal d'informations³⁷. La maxime de quantité enjoint au locuteur de ne pas en dire plus qu'il n'est requis, et de ne pas en dire moins, mais de communiquer autant d'informations que le cours de la conversation l'exige, ni plus ni moins ; la maxime de qualité enjoint au locuteur de ne pas dire ce qu'il croit être faux ou ce qu'il n'est pas en mesure de prouver ; la maxime de relation (parfois renommée maxime de pertinence) enjoint au locuteur de faire des contributions à la conversation qui soient pertinentes eu égard au cours de celle-ci ; la maxime de manière enjoint au locuteur d'éviter l'obscurité et l'ambiguïté et d'être bref et ordonné.

La possibilité de l'implicature, et en particulier d'une implicature *réussie*³⁸, est due à un jeu avec les maximes. Un locuteur L implique (conversationnellement) q au moyen de la profération de p lorsque 1) on présume que L observe, dans le contexte d'énonciation, les maximes conversationnelles ; 2) la supposition que L veut dire q est requise pour que sa profération de p fasse sens dans le contexte de l'énonciation, *i.e.* pour que cette profération soit consistante avec la présomption énoncée dans la condition 1) ; 3) L pense (et voudrait que son interlocuteur pense que L pense) que l'interlocuteur peut, dans le contexte en question, reconnaître que la condition 2) est réunie³⁹.

Ainsi, lorsque je réponds à ma femme : « L'opéra commence dans cinq minutes », je semble violer la maxime de relation, puisqu'à la question « Sommes-nous en retard ? », ma réponse n'apporte aucune information pertinente. Cependant, dans le présent contexte, on n'a aucune raison de supposer que j'aie envie de me mettre à dire n'importe quoi tout à coup. Ma femme présumera donc que j'observe la maxime de relation ; la seule manière de faire sens de mon énoncé pour rendre sa profération consistante avec cette maxime est, dans le présent contexte, de supposer qu'en disant « L'opéra commence dans cinq minutes », je veux dire : « Nous sommes en retard ». Pour que cette implicature soit réussie, il faut qu'il soit évident que j'aie voulu dire cela, ou à tout le moins que j'aie pensé que mon énoncé voulait dire cela dans le présent

36 On se concentre ici uniquement sur les cas centraux d'implicature, les implicatures conversationnelles ; on passe sous silence les implicatures conventionnelles et les implicatures scalaires, qui sont des notions controversées (voir Bach, 2006, pp. 28-30).

37 Voir Grice, 1989, p. 26 *sq.*

38 On entend par implicature réussie une implicature telle que le contenu implicatif est reconnu et compris par le destinataire. Une implicature ratée est celle où les maximes gricéennes sont tout simplement ignorées.

39 Grice, 1989, pp. 30-31.

contexte – et il faut que ma femme pense que je le pense. Il peut d'ailleurs y avoir des situations, potentiellement angoissantes pour l'interlocuteur – et ce d'autant plus que l'information transmise est importante – où le locuteur laisse délibérément placer le doute sur la question de savoir s'il voulait bien impliquer *q* (ou autre chose ? ou rien du tout ?) au moyen de *p*. Un cas analogue est celui où le locuteur recourt à l'implicature pour ne pas avoir à énoncer explicitement le contenu de cette dernière. En quelque sorte, on dit moins pour impliquer plus. C'est ce qu'Andrei Marmor a appelé « discours stratégique » (*strategic speech*)⁴⁰.

Les implicatures conversationnelles ont deux caractéristiques principales : elles sont annulables et elles sont dépendantes du contexte. D'une part, je peux annuler une implicature : par exemple, j'ajouterai, après avoir répondu à ma femme : « Mais nous ne sommes pas en retard » (pour une raison ou une autre le délai raccourci ne pose pas obstacle à ce que nous arrivions à l'heure) ; de même, le professeur de philosophie facétieux écrivant une lettre de recommandation pour son étudiant pourra annuler l'implicature effectuée en proférant des louanges relative à la calligraphie de celui-ci en ajoutant : « Par ailleurs, c'est un philosophe de haute volée ».

D'autre part, un même énoncé pourra être utilisé pour impliquer une chose dans un certain contexte et une autre dans un autre contexte. Comme on le verra dans le prochain chapitre et le suivant, les implicatures conversationnelles particulières, propres au contexte d'énonciation, lorsqu'elles existent, sont difficilement réussies en droit, dans la mesure où la situation conversationnelle n'est pas une situation ordinaire, et que le destinataire de l'énoncé normatif (par exemple le juge) n'a souvent pas accès au contexte original de profération de l'énoncé⁴¹. Francesca Poggi a fortement souligné

40 Voir Marmor, 2011, p. 93. Le cas le plus radical de discours stratégique est lorsqu'on transmet l'ensemble des informations au moyen d'une implicature – par exemple : la petite amie de George lui apprend qu'elle a reçu la veille au soir la visite de son ex-petit ami (à elle), « il est passé prendre un verre et *yada yada yada* et du coup, je suis très fatiguée ce matin » (*Seinfeld*, saison 8, épisode 19). L'énoncé « *yada yada yada* » ne signifie rien d'autre que ce qu'elle veut impliquer par lui ; mais a-t-elle bien voulu impliquer ce que l'on croit qu'elle a impliqué (à savoir qu'elle a trompé George avec son ex-petit ami la nuit dernière) ? On a à la fois un cas de discours stratégique et un cas d'implicature douteuse, donc angoissante (spécialement pour George).

41 De tels cas d'implicature réussie existent fréquemment dans un contexte de promulgation de règles de droit, mais ces implicatures sont souvent peu pertinentes juridiquement. On peut prendre un exemple tiré de la récente loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. En énonçant, à l'article 1, « Nul ne peut dans l'espace public porter une tenue destinée à dissimuler son visage », le législateur implique, de manière relativement transparente vu le contexte : « Le voile intégral n'est pas le bienvenu en France ». Il s'agit ici d'une forme de discours stratégique contraint : le réquisit de généralité de la loi, impliqué par le principe constitutionnel d'égalité devant celle-ci, empêche le législateur de légiférer directement sur le voile intégral. Cependant cette implicature n'a pas de grandes conséquences d'un point de vue juridique, en partie pour des raisons tenant à la structure de l'interprétation que nous évoquerons dans le dernier chapitre. Certes, la loi est applicable aux porteuses du voile intégral (qui est bien une tenue destinée à, i.e. faite pour et généralement utilisée pour, dissimuler le visage), mais elle est en principe applicable, sauf exceptions nombreuses, à tous les autres cas de dissimulation du visage – y compris, par exemple, si c'est un homme qui porte une *burqa*. Le message délivré par l'implicature s'adresse moins aux organes d'application du droit qu'à la frange de la population concernée. Il peut cependant y avoir des cas difficiles, y compris des cas-limites (cf. prochain chapitre) : la loi couvre-t-elle les cas où une femme porte une *burqa*, mais de

ce point⁴² dans un article visant à remettre en cause l'analyse du cadre gricéen aux énoncés législatifs (ou jurislatifs plus largement). Selon elle, le fait que les données du contexte ne soient pas accessibles à l'interprète entraîne non pas un problème pratique pour ce dernier, mais également un problème théorique : il devient impossible d'appliquer le modèle gricéen à une situation où une communication gricéenne réussie est impossible. En particulier, un système juridique ne peut attendre de ses juges qu'ils reconnaissent les implicatures dans leur interprétation des textes, et *a fortiori* que cette reconnaissance conditionne la correction de l'interprétation⁴³.

Cependant Grice⁴⁴ a noté qu'il existait des implicatures conversationnelles généralisées : ces implicatures sont celles qui sont présumées dans la plupart des contextes, mais qui peuvent néanmoins être annulées. Par exemple (pour reprendre un exemple de Grice), lorsque je dis : « Il a rendez-vous avec une femme ce soir », j'implique qu'il a rendez-vous avec une femme qui n'est ni sa mère, ni sa sœur, ni sa tante, etc., car j'implique qu'il s'agit d'un rendez-vous galant. Cependant, cette implicature demeure annulable⁴⁵. Il est d'un point de vue sémantique tout à fait correct de dire : « Il a rendez-vous avec une femme ; en fait, il a rendez-vous avec sa mère », même si dans certains contextes cette annulation sera surprenante. Cependant, supposons que X a développé une forme pathologique radicale de misogynie telle qu'il ne supporte physiquement pas d'être en présence d'une femme, y compris celles appartenant à sa plus proche famille. Après un séjour intensif en hôpital psychiatrique, il revient à peu près guéri, et décide de faire un grand pas : dîner avec sa mère. Dans ce contexte, il est non seulement sémantiquement, mais pragmatiquement tout à fait correct de dire : « Il a rendez-vous avec une femme » – qui implique : « Il a fait des progrès fantastiques » – et, en même temps, d'annuler l'implicature conversationnelle généralisée.

Cette notion d'implicature conversationnelle généralisée (ci-après ICG) est intéressante pour l'étude du discours juridique. En premier lieu, si les implicatures généralisées sont assez peu sensibles aux variations contextuelles, on peut également s'attendre à ce qu'elles soient reconnues y compris par un acteur juridique, bien que ce dernier n'ait pas accès au contexte particulier d'énonciation. D'autre part, le discours juridique est un discours public en partie standardisé, employant un lexique propre, et reposant sur des présuppositions sous-jacentes partagées. Le contexte d'énonciation juridique n'est donc pas un contexte de conversation particulière ou privée entièrement

telle manière que celle-ci ne dissimule pas son visage ? La *burqa* est une tenue « destinée à » dissimuler le visage, mais le texte ne dit nullement qu'il n'est interdit de porter un tel vêtement *que si* on l'utilise effectivement pour se dissimuler le visage. On a ici un mélange d'ambiguïté sur « destiné à » (fabriqué pour ? utilisé pour ?) et de texture ouverte hartienne (« porter une tenue »). – Il ne nous appartient pas de nous prononcer dans cette thèse sur le bien-fondé de cette loi très controversée parmi les juristes et au-delà ; elle n'est prise ici que comme exemple d'implicature réussie.

42 Également soulevé par Marmor, 2008, p. 434 *sq.*

43 Poggi, 2011, pp. 32-37.

44 Grice, 1989, p. 37.

45 L'annulabilité, qui est chez Grice le trait distinctif des implicatures conversationnelles, permet de la distinguer des implicatures conventionnelles qui sont encryptées dans la signification des termes. On laisse ce point de côté pour des raisons de place.

renouvelé à chaque promulgation, chaque décision juridictionnelle ou chaque article de doctrine. On peut donc envisager en droit des cas d'implicature semi-généralisée, où la détermination de l'implicature est moins dépendante du contexte particulier d'énonciation, mais intervient normalement dans la plupart des contextes⁴⁶. Les exemples sont cependant assez difficiles à trouver⁴⁷, dans la mesure où souvent ce qui pourrait passer pour une telle « implicature » correspond à la signification conférée à un terme du langage ordinaire par sa définition spécifiquement juridique.

La notion d'implicature gricéenne est-elle utile pour représenter le caractère « implicite » des exceptions ? Il se peut que, par le simple fait de proférer un énoncé, on implique des exceptions au cas général mentionné dans celui-ci. Dans l'exemple d'ICG donné ci-dessus, il semble bien qu'en disant : « il a rendez-vous avec une femme ce soir », j'implique « il a rendez-vous avec un individu x tel que x est une femme et que x n'est ni sa mère, ni sa tante, sa sœur, etc. ». De telles exceptions « impliquées » sont nécessairement rares en droit, mais pas impossibles ; par exemple, il se peut qu'elles résultent d'un discours stratégique du législateur. De même, il se peut que, dans un certain contexte, une clause *ceteris paribus* soit impliquée d'une manière ou d'une autre par le législateur au moyen d'un énoncé normatif, voire que dans un contexte juridique normal, qui n'est pas un contexte de conversation ordinaire, on impliquerait nécessairement « il est *prima facie* obligatoire de ϕ » en disant « il est obligatoire de ϕ ». Cette dernière hypothèse est cependant très peu vraisemblable. Cette pseudo-implicature, si elle existait, serait en réalité une forme de postulat interprétatif qui appellerait une justification.

Il faut néanmoins déplacer le curseur de l'analyse, et chercher les clauses *ceteris paribus* moins dans le contenu impliqué que dans la manière dont l'implicature est effectuée. En effet, certaines théories ont appliqué des logiques non monotones à l'analyse de l'implicature gricéenne, en particulier de l'ICG⁴⁸. Ainsi Stephen Levinson a caractérisé cette dernière comme une signification présomptive que l'on peut déterminer à partir de l'énoncé au moyen duquel cette implicature est impliquée. Il propose ainsi d'y appliquer la logique des défauts de Reiter, que Levinson interprète de la manière suivante : « La logique des défauts tend à capturer (...) la notion de présomption raisonnable, une forme de supposition *ceteris paribus*. »⁴⁹ – Cette caractérisation

46 Un argument différent, mais présentant des points communs avec celui avancé ici, a été fourni par Sol Azuelo-Atias à partir d'une notion d'implicature contextuelle pour laquelle existent des indices sémantiques. Cette notion est inspirée de la logique de la pertinence de Sperber et Wilson (voir Azuelo-Atias, 2010, p. 732 sq.). À partir de l'analyse linguistique d'une décision de la Cour suprême israélienne, Azuelo-Atias montre comment ces implicatures fonctionnent dans le discours juridique.

47 Grice reconnaissait lui-même que les exemples d'implicatures conversationnelles généralisées étaient difficiles à trouver, et que la frontière avec les implicatures conventionnelles, *i.e.* celles qui sont encodées dans la signification des termes, était parfois mince (voir Grice, 1989, p. 37 – il faut préciser que, selon Grice, ce n'est pas tant la frontière qui est mince que l'aptitude à la reconnaître qui est faiblement partagée).

48 Reiter lui-même l'a évoquée en passant dans Reiter, 1987, p. 183. De même, Stalnaker a suggéré d'analyser la relation de conséquence non monotone et celle d'implicature conversationnelle (Stalnaker, 1994, pp. 11-17). Voir pour une critique Arlo-Costa, 1999, p. 20 sq.

49 Levinson, 2000, p. 45.

est d'ailleurs partielle, si ce n'est fausse, puisque la logique des défauts sert à représenter les présomptions *consistantes* (logiquement) – et non les présomptions *raisonnables*. Un défaut n'est pas défait à chaque fois qu'il semble raisonnable de supposer que la présomption ne tient pas, mais à chaque fois que la présomption est niée par un *fait* de la théorie, qui est lui-même en mesure de défaire l'inférence s'il est une instance de l'antécédent d'une règle stricte ou du prérequis d'un autre défaut de la théorie. – Cette caractérisation un peu imprécise de la logique des défauts entraîne certains problèmes dans l'application de la logique des défauts aux ICG. Selon Levinson (dont l'argumentation porte avant tout sur les implicatures scalaires), une ICG peut être représentée au moyen d'un défaut normal : « il a rendez-vous avec une femme » est le prérequis, le conséquent est « il a rendez vous avec toute femme sauf sa mère, sa tante etc. » et il ne peut être dérivé que s'il est consistant avec la théorie qu'il le soit. Ainsi l'*annulabilité* de l'implicature correspond en réalité à la *défausabilité* de l'inférence. Cependant, Levinson ajoute que la théorie (la base de données) peut être envisagée, dans le cadre d'une ICG, comme l'ensemble des présuppositions contextuelles sur ce que l'on peut raisonnablement supposer être acquis dans la conversation jusqu'ici⁵⁰. En interprétant la justification du défaut comme un réquisit *pragmatique*, alors que chez Reiter la notion de consistance est logique – elle dérive de la définition formelle des extensions de la théorie –, Levinson incorpore pour ainsi dire l'*explanandum* dans l'*explanans*. En ce sens, son analyse revêt davantage le caractère d'une analogie entre la logique des défauts et la théorie des ICG, qu'une application de celle-là à celle-ci.

En appliquant néanmoins l'idée selon laquelle l'implicature est une inférence pragmatique défausable, on peut envisager l'intérêt des ICG pour l'explication de la défausabilité implicite des règles juridiques. Pour ce faire, on n'a pas besoin de supposer (hypothèse assez invraisemblable) que le législateur, en proférant un énoncé normatif, implique toujours une clause *ceteris paribus*. Les clauses *ceteris paribus* ne sont pas le contenu de l'implicature. En revanche, on peut soutenir l'hypothèse raisonnable que le législateur, par le simple fait de proférer un énoncé normatif, *implique* « la présente règle est *applicable* à tous les cas subsumables sous le cas générique régulé par la règle » – ou quelque chose d'analogue. On aurait ici une implicature tellement généralisée qu'elle ne dépendrait que très faiblement du contenu des énoncés. Le contenu de l'implicature est une règle implicite d'applicabilité de la règle principale formulée par l'énoncé ; cette implicature étant annulable eu égard à des considérations pragmatiques tirées du contexte, l'inférence est alors défaite à chaque fois que le contexte est suffisamment différent du contexte « normal ». La clause *ceteris paribus* résulte de cette annulabilité.

Il y a naturellement un problème de taille avec ce modèle, ainsi qu'avec celui de Levinson dont il est inspiré. L'ICG comme toute implicature suppose que celui qui est en position d'annuler l'implicature est le locuteur qui a proféré l'énoncé au départ. En revanche, l'inférence par défaut est réalisée par le destinataire de l'énoncé. Si Marcel dit à Jeannot : « Jean-Eudes a rendez-vous avec une femme ce soir », c'est Jeannot, et

50 Levinson, 2000, p. 47.

non Marcel, qui en infère que « Jean-Eudes n'a pas rendez-vous avec sa mère, sa tante, sa femme, etc. ». Impliquer n'est donc pas inférer, mais causer une inférence. Ce processus d'interaction entre un locuteur qui introduit le prérequis et un interlocuteur qui en infère le conséquent ne fait aucun sens en logique des défauts. Appliqué au droit, ce schéma entraîne la fâcheuse conséquence que c'est l'auteur de la règle qui est en pouvoir d'annuler la présomption d'applicabilité de la règle. C'est certes trivialement le cas – puisque le législateur peut introduire *ex post* une clause d'exception –, mais cela n'apporte rien à une théorie de la défaisabilité (forte) des règles juridiques.

III. EXCEPTIONS IMPLICITES ET ARRIÈRE-PLANS NORMATIFS DES RÈGLES

A. La notion d'arrière-plan normatif

La question de savoir ce qu'est une exception « implicite » n'est donc pas résolue. Le raisonnement analogique permet de dériver, dans certains cas, des exceptions implicites à partir de règles explicites du système. Si le modèle de l'*implicature* n'est, sauf dans de rares cas, pas propre à représenter les exceptions implicites, c'est que ces dernières sont introduites par l'organe d'application du droit et non par l'énonciateur de la règle : une exception implicite n'est donc pas une exception *impliquée*.

Intuitivement, la notion d'exception implicite suppose pourtant que cette exception est en quelque sorte « déjà là », qu'elle n'est pas une pure création de l'organe d'application. Il se peut d'ailleurs qu'elle le soit, mais la notion d'exception implicite suggère uniquement qu'il est possible, dans les systèmes juridiques, de *justifier* une exception sur le fondement des règles auxquelles elle déroge. Cette justification de l'exception est possible si les considérations qui la justifient sont rattachables d'une manière ou d'une autre aux règles auxquelles elle déroge. La thèse sous-jacente, défendue par tous les partisans de la défaisabilité forte des règles juridiques, est que l'exception est justifiée en droit si elle est inférable à partir de l'arrière-plan normatif de la règle à laquelle elle déroge *ou* du système juridique lui-même. Dans cette perspective, les règles juridiques ne surgissent pas à partir d'un néant normatif, et le système juridique lui-même est plus qu'une simple collection de règles. Les règles sont créées sur fond de justifications d'arrière-plan, et le système normatif lui-même se développe sur fond de principes, de valeurs ou de justifications générales. A partir de cette idée embryonnaire, que l'on va étudier au cours de ce chapitre pour, *in fine*, la rejeter, on peut définir plus formellement la notion d'exception (entendue comme exception-disposition) implicite de la manière suivante. Soient une norme de type non spécifié n_i , une règle r_i , un système normatif α doté d'un arrière-plan normatif β . Par hypothèse, $r_i \in \text{Cn}(\alpha)$; d'autre part, c_i est un cas individuel ou un cas générique constituant l'antécédent total de n_i ; c_i est un cas générique constituant l'antécédent total ou partiel de r_i , c'est-à-dire soit le seul cas générique régulé par r_i , soit l'un des cas génériques régulés par r_i . La norme n_i est une exception implicite à r_i si et seulement si 1° $c_i \subset c_j$; 2° les solutions

normatives de n_i et de r_i entrent en conflit, selon l'une des quatre modalités indiquées plus haut (contrariété, contradiction, et les deux sortes d'incompatibilité) ; 3° $\beta \mid \sim n_i$.

La seconde condition ne demande pas d'explication particulière. Il n'en va pas de même de la première et de la troisième. La première condition stipule que le conflit entre n_i et r_i est un conflit total-partiel ou un conflit partiel. De prime abord, $c_i \subset c_j$ ne semble dénoter qu'un conflit total-partiel ; cependant, un conflit partiel peut s'écrire $c_i \subset (c_j \cap c_k)$, qui à son tour implique $c_i \subset c_j$ et $c_i \subset c_k$. Comme c_k représente n'importe quel cas générique, dont les propriétés peuvent n'être absolument pas pertinentes y compris dans β , et qui ne nous intéresse que parce qu'elle entre en intersection avec le cas générique de la règle défaite, on peut laisser la seconde implication de côté. En effet, on n'a pas besoin qu'il y ait un postulat interprétatif de spécificité, puisque le conflit est *déjà* résolu en raison de la présupposition de l'existence d'une clause *ceteris paribus*.

La troisième condition stipule que n_i est au moins défaisablement dérivable de β . On n'a pas besoin d'une stricte relation de conséquence entre β et n_i . Au contraire, la notion d'exception implicite suppose le caractère au moins discutable de l'existence de n_i . Même si on conçoit cette dernière comme une exception *dure* (insusceptible d'exceptions), la question peut se poser de son existence même parmi les conséquences triviales ou non triviales de β . La troisième condition cependant fournit la clé de la *justification* de l'exception implicite : lorsque le juge reconnaît une exception implicite, il indique que cette dernière appartient aux conséquences de l'arrière-plan normatif du système juridique, ou le cas échéant, de la règle elle-même⁵¹ – que cette justification fasse l'objet d'une argumentation explicite ou non. Comme nous le verrons dans le dernier chapitre, ce qui est justifié en droit n'est pas nécessairement ce qui fait l'objet d'une « justification », puisque « justification » signifie ici « argumentation », alors que « justifié » signifie *grosso modo* « normativement correct ». Que les juges soient obligés de justifier à des degrés variables leur décision dépend de règles contingentes du système juridique lui-même.

Les notions d'exceptions implicites et celles de défaisabilité des règles reposent donc sur l'hypothèse d'arrière-plans normatifs, dont les conséquences défont les règles. Si c'est une conséquence de « l'arrière-plan normatif » du droit que l'individu qui tue son grand-père pour en recevoir l'héritage perd son droit à ce dernier, alors la règle qui prévoit que l'héritier testamentaire hérite conformément aux dispositions du testament est rendue inapplicable dans le cas où l'héritier assassine le testateur.

Une manière déflationniste d'envisager cet arrière-plan normatif est de faire de la défaisabilité des règles le résultat d'une lacune axiologique : dans cette perspective, l'arrière-plan normatif ne fait pas partie du système juridique, mais constitue l'ensemble de présupposés axiologiques partagés par le commentateur (*e.g.* la doctrine) ou l'interprète (*e.g.* le juge) ; par conséquent, une exception implicite ne peut pas être

51 On envisage ici de manière équivalente l'arrière-plan normatif du système juridique et l'arrière-plan normatif des règles qui appartiennent à ce dernier. Comme on le verra plus loin, il convient de les distinguer plus rigoureusement.

décrite au moyen d'une proposition normative vraie, mais constitue une pure et simple modification, même ponctuelle, du droit en vigueur.

B. Arrière-plan normatif et lacune axiologique

1. La notion de lacune axiologique

La distinction des lacunes axiologiques et des lacunes normatives a été proposée par Alchourrón et Bulygin, principalement afin de soutenir l'existence des secondes. La thèse à laquelle les auteurs entendent répondre est la réfutation kelsénienne classique selon laquelle les systèmes juridiques sont régis par une règle de clôture (du type « *tout ce qui n'est pas interdit est permis* ») et que les « lacunes normatives » ne sont que des outils idéologiques aux mains de la doctrine pour légitimer des considérations de politique juridique *de lege ferenda*⁵². Selon Alchourrón et Bulygin, il y a des lacunes normatives authentiques lorsque, à un cas générique, le système normatif n'attache aucune solution normative maximale⁵³ (voir le second chapitre de cette thèse pour la définition de cette notion), et les règles de clôture n'assurent nullement la complétude supposée des systèmes normatifs⁵⁴.

Ces lacunes normatives doivent être distinguées des lacunes axiologiques. D'ailleurs l'existence d'une lacune axiologique suppose que le cas pour lequel existe une telle lacune ne constitue pas une lacune normative. En effet, « un cas C_i d'un

52 Kelsen, 1962a, p. 329-334. Le refus de l'existence de lacunes dans le droit a été maintenu avec force par Kelsen y compris dans ses derniers écrits (Kelsen, 1996, p. 171-173).

53 Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 20.

54 Alchourrón et Bulygin, 1971, pp. 116-144. Il excèderait largement le cadre du présent travail d'étudier en détail la théorie des lacunes normatives d'Alchourrón et Bulygin. Le nœud de leur argumentation est le suivant. Que veut dire « tout ce qui n'est pas interdit est permis » ? Si dans cette règle de clôture, la permission s'entend comme une permission faible (voir premier chapitre pour la définition de ce terme), alors il s'agit d'une *tautologie* (puisque, par définition, la permission faible se *définit* comme étant l'absence d'une prohibition). Si au contraire, on entend une permission forte, alors l'existence d'une telle règle dépend de la présence d'une *norme* au sein du système normatif. La proposition normative « dans NS, il est permis de ϕ » peut s'entendre comme décrivant une permission faible, c'est-à-dire comme une proposition niant extérieurement (*i.e.* au moyen de la négation externe) la proposition « dans NS, il est interdit de ϕ », mais également comme décrivant une permission forte (assertant l'existence d'une norme permissive relativement à ϕ). Par conséquent, soit la règle de clôture implique une permission faible, et la proposition normative « dans NS, ce qui n'est pas interdit est permis » sera trivialement vraie ; soit elle implique une permission forte et la proposition normative sera vraie si et seulement si cette norme existe dans le système normatif, ce qui est tout à fait contingent (voir là-dessus, Bulygin, 2004, p. 26 *sq.* ; Bulygin, 2009). Le fait qu'une telle règle de clôture existe dans la plupart des droits *pénaux* (sous la forme de la maxime *nullum crimen*) n'autorise pas à l'étendre aux autres branches du droit. En droit civil, il arrive fréquemment que le juge doive déterminer « dans le silence de la loi » laquelle des parties doit voir mettre à sa charge telle ou telle obligation. Supposons qu'aucune norme de droit positif n'indique, dans le cas d'une vente à distance, quelle partie doit payer les frais de port, et qu'en l'absence de disposition contractuelle, le juge doit rendre un jugement sur cette question. Il va de soi que ce système juridique n'interdit à aucune des parties de ne pas prendre en charge les frais de port, et que par conséquent il existe, pour les deux parties, une permission faible de ne pas prendre en charge les frais de port. Mais cela n'avance certainement pas le juge dans sa tâche.

Univers de Cas UC_j est une lacune axiologique du système normatif a en relation à un Univers d'Actions UA_k si et seulement si a s'attache à C_i une solution maximale de l' US_{max} correspondant à UA_k et il y a une propriété p telle que p *devrait* être pertinente pour C_i (...) et p est non pertinente pour a en relation à UA_k .⁵⁵ En clair, ce que cette définition veut dire, c'est qu'une lacune axiologique intervient lorsque un cas est régulé par une norme du système a – ou plus précisément, d'ailleurs, par une norme appartenant à $Cn(a)$ –, c'est-à-dire qu'existe pour ce cas une solution normative maximale (obligation de ϕ , prohibition de ϕ , caractère facultatif de ϕ), mais que ce cas présente une propriété *supplémentaire* p qui n'est pas normativement pertinente, mais qui *devrait* l'être. Une telle définition appelle une précision relativement au concept de pertinence normative telle qu'Alchourrón et Bulygin l'emploient⁵⁶.

Intuitivement, une propriété est pertinente si elle entre dans la définition du cas générique auquel le système normatif attache une solution normative. Cette définition est néanmoins trop imprécise : un cas régulé par le système normatif peut très bien, de manière constitutive, comprendre une certaine propriété et néanmoins continuer à être régulé par le système *quand bien même* cette propriété serait absente. Pour fournir une définition plus précise, on peut commencer par introduire la notion de deux cas complémentaires relativement à une certaine propriété : deux cas sont complémentaires relativement à une certaine propriété si p est présente dans un cas et absente dans l'autre, toutes les autres propriétés demeurant inchangées. Ainsi, si un cas comprend les propriétés, $p, q, r, \dots$ et un autre cas les propriétés $\bar{p}, \bar{q}, \bar{r}$ ces cas seront complémentaires relativement à la propriété p . (Des cas peuvent être complémentaires relativement à plusieurs propriétés. Par exemple, un cas C_i peut être le complémentaire de cas C_j relativement à p , C_j peut être le complémentaire de C_k relativement à q . C_i et C_j peuvent d'ailleurs n'être complémentaires relativement à aucune propriété).

On peut alors définir ce qu'est une propriété normativement pertinente. Une propriété p est pertinente dans un cas C_i d'un Univers de Cas UC_j en relation avec un système normatif a et en relation à un Univers d'Actions UA_k si et seulement si le cas C_i et son complémentaire ont un statut normatif différent relativement à a et à l' US_{min} qui correspond à UA_k .⁵⁷ Deux cas ont un statut normatif différent lorsque le système attache à l'un d'entre eux une solution minimale (à savoir la permission de ϕ , la permission de non ϕ , ou bien le caractère non facultatif de ϕ) qu'elle n'attache pas à l'autre. Bien entendu, deux cas ont également un statut normatif différent lorsque le système attache à l'un d'entre eux une solution normative *maximale*, mais cette dernière *implique* une solution minimale (la converse n'étant pas vraie). Si à un cas est attachée la solution OA (où A est une action quelconque de l' UA_k), il importe, pour que la propriété p soit pertinente, qu'au complémentaire de ce cas relativement à p ne soit attaché ni OA, ni PA (puisque OA implique PA). C'est la raison pour laquelle la corrélation d'une solution *minimale* différente à des cas complémentaires est suffisante

55 Alchourrón et Bulygin, p. 107. On reviendra sous peu sur le passage omis dans la citation.

56 Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 101.

57 Alchourrón et Bulygin, 1971, pp. 101-102.

pour qu'une propriété soit pertinente. Une propriété est également pertinente lorsque le système attache à un cas une solution minimale et à son complémentaire n'attache aucune solution du tout.

Par contraste, une propriété p est non pertinente lorsque les cas complémentaires relativement à p ont le même statut normatif relativement à α et à l' US_{min} qui correspond à UA_k . Deux cas complémentaires ont le même statut normatif lorsque le système leur attache la même solution ou lorsque celui-ci ne leur attache aucune solution du tout. Autrement dit, pour qu'une propriété soit pertinente, il faut que le cas qu'elle définit soit, *au regard de cette propriété*, différent des autres cas régulés par le système. Si un cas présentant cette propriété et un cas ne présentant pas cette propriété ont le même statut normatif, cela veut dire que cette propriété n'est pas pertinente normativement relativement à l'Univers d'Actions considéré. Par exemple, si les voitures jaunes et les voitures non jaunes sont interdites dans le parc, alors le caractère jaune n'est pas une propriété pertinente des cas auxquels le système normatif attache la solution normative « interdit d'entrer dans le parc ». – Il faut toutefois remarquer qu'une propriété non pertinente relativement à UA_k peut être une propriété pertinente relativement à un autre Univers d'Actions UA_l . Par exemple, le système normatif pourra également avoir une norme indiquant que les bananes jaunes sont autorisées à la vente, mais pas les bananes non jaunes (*e.g.* les bananes vertes, pas assez mûres pour être comestibles)⁵⁸. La pertinence d'une propriété d'un cas dans un système normatif se détermine toujours relativement à un *univers d'action* pour lequel existe (au moins) une solution normative dans le système considéré.

A partir de la notion de propriétés pertinentes, on peut définir deux notions supplémentaires. La proposition normative qui identifie l'ensemble des propriétés pertinentes dans un système a relativement à un Univers d'Actions UA_k , c'est-à-dire qui identifie les propriétés pertinentes des cas pour lesquels il existe une solution normative (au moins minimale) d'accomplir une action appartenant à cet Univers d'Actions, cette proposition peut être appelée la *thèse de la pertinence* de a relativement à UA_k . Maintenant la proposition qui identifie les propriétés qui devraient être pertinentes pour un UA_p *mais ne le sont pas*, peut être appelée une *hypothèse de pertinence* relativement à UA_l ⁵⁹. Dans la thèse de pertinence, l'expression « pertinente » (*e.g.* « telle propriété est pertinente ») est employée en un sens descriptif ; elle a pour fonction de décrire le statut normatif des cas définis par la propriété en question. Dans l'hypothèse de pertinence, « pertinent » est employé en un sens prescriptif : tel cas devrait avoir un statut normatif différent de son complémentaire.

Lorsqu'on parle de lacune axiologique, on n'émet pas une thèse de pertinence, mais une hypothèse de pertinence. On indique qu'une propriété qui n'est pas pertinente devrait l'être et que deux cas complémentaires au regard de cette propriété devraient recevoir un statut normatif différent, alors que, dans l'état actuel du système, ils reçoivent le même statut. Une lacune axiologique intervient lorsque l'ensemble des

58 Nous avouons avoir peiné à trouver un exemple.

59 Alchourrón et Bulgin, 1971, p. 103.

propriétés identifiées par la thèse de pertinence est *strictement inclus* dans celui de l'hypothèse de pertinence. Dans ce cas, il y a au moins une propriété qui devrait être pertinente mais ne l'est pas dans le système considéré (toujours relativement à un Univers d'Actions, bien entendu). L'Univers de Cas correspondant à l'hypothèse de pertinence est plus petit que l'Univers de Cas identifiés par la thèse de pertinence. Par exemple, si une norme attache aux cas « véhicules », la solution normative « interdit d'entrer », il y aura lacune axiologique lorsque l'hypothèse de pertinence porte sur un cas générique appartenant à un univers de cas plus restreint, par exemple le cas « ambulance ». De fait, étant donné la définition de ce qu'est une propriété pertinente, il faut supposer que dans le système normatif, le cas « véhicule et non-ambulance » et le cas complémentaire « véhicule et ambulance » sont corrélés à une même solution normative. Lorsque l'on soulève une lacune axiologique et que, ce faisant, on indique que la propriété « ambulance » devrait être pertinente, on déclare par là que le cas « véhicule et ambulance » devrait recevoir *une autre* solution normative, *i.e.* soit une autre solution normative maximale – si l'entrée des véhicules est interdite, l'entrée des ambulances devrait être obligatoire –, soit une solution normative minimale *incompatible* avec la solution déjà fournie par le système – si l'entrée des véhicules est interdite, l'entrée des ambulances devrait être *permise*.

Cependant, toute hypothèse de pertinence ne donne pas nécessairement lieu à une lacune axiologique⁶⁰. En premier lieu, une lacune axiologique suppose que le cas générique comportant la propriété faisant l'objet de l'hypothèse de pertinence est déjà régulé par le système normatif, *i.e.* est déjà corrélé par ce dernier à une solution maximale. Or on a vu qu'une propriété pouvait être non pertinente lorsque le système n'attache une solution à *aucun des deux cas complémentaires relativement à cette propriété*. Dans ce cas, indiquer qu'un des deux cas devrait être régulé par le système n'est pas pointer une lacune axiologique. Le système juridique ne régule ni les licornes ni les non-licornes (*i.e.* les cas complémentaires relativement à la propriété licorne). Lorsque j'affirme que les licornes devraient être régulées, j'émet une hypothèse de pertinence, mais je ne pointe pas une lacune axiologique du système, puisqu'il n'existe aucune solution normative, et *a fortiori* aucune solution normative maximale pour aucun de ces deux cas.

En second lieu, lorsque l'ensemble des propriétés de la thèse de pertinence inclut celui de l'hypothèse de pertinence, alors il n'y a pas de lacune axiologique⁶¹. Il y a simplement que le système traite différemment des cas qui sont semblables du point de vue de la propriété qui, selon l'hypothèse de pertinence, devrait être pertinente. Supposons que le système juridique interdit aux voitures d'entrer dans le parc mais le

60 Alchourrón et Bulygin, 1971, pp. 108-109.

61 Contrairement à ce que soutient Chiassoni, 2008a, p. 501, qui distingue entre norme sur-inclusive (la norme sur les véhicules qui inclut les ambulances) et norme sur-dispositive (la norme sur les véhicules qui exclut les autocars). Il y a lacune axiologique lorsque le caractère sur-inclusif ou sur-dispositif de la norme entraîne la non-pertinence d'une propriété pertinente selon une hypothèse de pertinence. Or Alchourrón et Bulygin indiquent clairement que ce que Chiassoni appelle « norme sur-dispositive » ne peut pas donner lieu à une lacune axiologique (Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 109).

permet aux autocars. On pourrait raisonnablement formuler l'hypothèse de pertinence selon laquelle les propriétés « voiture » et « autocar » ne devraient pas être pertinentes et seule la propriété « véhicule » devrait l'être. Mais ce n'est pas une lacune axiologique, dans la mesure où la propriété « véhicule » *étant impliquée par* les propriétés « voiture » et « autocar », elle n'est pas normativement non pertinente dans le système considéré.

2. *Lacunes axiologiques et défaisabilité*

Il semble que la défaisabilité des règles implique une lacune axiologique. Elle ne peut pas impliquer une lacune normative, puisque, par hypothèse, le cas est régulé par la règle – sinon, on ne verrait pas pourquoi il faudrait faire une exception à cette règle. Il est nécessaire que le cas présente une propriété pertinente dans le système considéré relativement à une solution normative donnée, et que cette propriété ne le distingue pas des cas « normaux » d'application de la règle. S'il n'en allait pas ainsi, alors le cas ne serait pas, *ab initio*, régulé par la règle, qui ne lui serait même pas *conceptuellement* applicable. Il n'y aurait donc pas lieu d'arguer de ce que le cas présente une propriété supplémentaire non pertinente, mais qui devrait l'être.

Certains auteurs, tels Jorge Luis Rodriguez⁶² et Riccardo Guastini⁶³, ont attiré l'attention sur le rôle que jouent les lacunes axiologiques dans la défaisabilité des règles – selon Guastini, il s'agit des « deux faces d'une même médaille »⁶⁴. Cependant, un aspect important de l'argumentation de Rodriguez et la totalité de celle de Guastini portent sur le rôle de l'interprétation dans la détermination des lacunes, c'est pourquoi on reporte l'examen au chapitre 8 de ce travail. On va néanmoins se pencher sur un argument important de la théorie de Rodriguez.

Rodriguez conteste⁶⁵ la thèse défendue par Alchourrón et Bulygin selon laquelle la « pertinence » d'une propriété selon une hypothèse de pertinence devrait toujours s'entendre de manière prescriptive⁶⁶. Certes, la pertinence déterminée par la thèse de pertinence d'une propriété dans un certain système normatif relativement à un Univers d'Actions donné s'entend nécessairement en un sens descriptif : la proposition qui identifie l'ensemble des propriétés pertinentes (dans un système et relativement à un Univers d'Actions) est une proposition normative, *i.e.* une proposition *décrivant* les normes du système régulant les cas définis par les propriétés pertinentes en question. Or selon Rodriguez, il peut tout à fait en aller de même pour l'hypothèse de pertinence dès lors que les normes qu'elle décrit n'appartiennent pas au système normatif a ni à l'ensemble de ses conséquences logiques $Cn(a)$, mais à un *système axiologique* b où les normes *décrites* par l'hypothèse de pertinence sont valides. Une lacune axiologique intervient donc lorsqu'une certaine propriété n'est pas pertinente dans le système

62 Rodriguez, 2000, pp. 164-166.

63 Guastini, 2006d ; Guastini, 2012. Voir aussi Mendonca, 2012, pp. 205-208.

64 Guastini, 2012, p. 187. Pour une critique, voir Chiassoni, 2008a, pp. 500-501 ; Chiassoni, 2012, p. 177.

65 Rodriguez, 2000, p. 154.

66 Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 103.

normatif α mais devrait l'être selon le système axiologique β . La détermination de ce système axiologique est classiquement effectuée au moyen d'une interprétation tentant de reconstruire les intentions de l'autorité normative émettrice de la norme valide dans α : le système axiologique est par exemple celui qui serait assumé par tout législateur idéalement rationnel⁶⁷.

Il est donc possible d'envisager une hypothèse de pertinence descriptive (et par conséquent susceptible d'être vraie ou fausse) différente de l'hypothèse de pertinence descriptive dont je me sers pour *critiquer* le système normatif (ce que fera, par exemple, la doctrine dans des considérations *de lege ferenda*). Cela ne veut pas dire qu'il *existe* un tel système axiologique β ; l'hypothèse de pertinence formée par l'interprète peut être fausse. Mais le fait qu'elle puisse être fausse suggère qu'elle était susceptible du vrai et du faux, et par conséquent que « pertinent » s'y entende en un sens descriptif et non prescriptif⁶⁸.

C'est à l'aune de ce raffinement de la théorie originale d'Alchourrón et Bulygin que Rodriguez envisage la question de la défaisabilité. Selon Rodriguez il faut distinguer les problèmes d'identification des normes d'un système donné et les problèmes d'application. Commençons par l'identification des normes. En identifiant (par exemple *via* l'interprétation⁶⁹) quelles sont les normes du système juridique, on émet une thèse de pertinence, c'est-à-dire que l'on identifie les propriétés pertinentes des cas régulés par les normes en question. Eu égard à cette thèse de pertinence, il n'y a pas d'exceptions implicites⁷⁰ : toutes les propriétés qui ne sont pas identifiées comme étant pertinentes sont non pertinentes, *pour autant que le système normatif est concerné*. Ces exceptions n'appartiennent pas au système normatif.

Les théories selon lesquelles les règles juridiques sont nécessairement défaisables supposent que le système axiologique fait partie du système normatif. Comme l'écrivent Ferrer Beltran et Ratti, une lacune axiologique suppose un ensemble d'évaluations « qui sont extérieures au système normatif considéré (...). Il convient de souligner le *caractère externe* de l'hypothèse de pertinence (...), puisque le défaisabilisme emporte, pour ainsi dire, une "internalisation" d'un tel jugement – pour ne pas dire une dissolution pure et simple de la distinction entre thèse et hypothèse de pertinence »⁷¹. Selon Rodriguez, il y a deux possibilités. En premier lieu, on pourrait soutenir que les règles sont défaisables à chaque fois qu'une hypothèse de pertinence *prescriptive*

67 On reviendra sur l'importance de l'interprétation dans le chapitre 8 ; la thèse de Rodriguez est d'ailleurs étroitement proche de la « théorie dispositionnelle » de la défaisabilité soutenue par le dernier Alchourrón, que l'on examinera également dans le chapitre 8.

68 Voir pour une critique de Rodriguez, Maranhão, 2012, p. 65.

69 Naturellement, la détermination des propriétés pertinentes dépend pour une grande part de choix interprétatifs (voir chapitre 8) ; cependant 1° on suppose que les conventions sémantiques ne laissent pas une énorme marge de discrétion à l'interprète, dès lors qu'on n'a pas affaire à un cas-limite (voir chapitre 7) et que l'on ne peut pas soutenir avec sérieux que le cas en est un ; 2° *une fois* que les propriétés pertinentes sont déterminées, les autres propriétés possibles sont non pertinentes.

70 Rodriguez, 2000, p. 165.

71 Ferrer Beltran et Ratti, 2012, p. 27. Voir aussi pour une argumentation similaire Redondo, 1999a, p. 256

identifie une propriété non pertinente comme devant être pertinente, auquel cas, toute règle est *trivialement défaisable*, puisque toute règle est trivialement critiquable (au moins potentiellement). En second lieu, on pourrait soutenir que les règles sont défaisables selon une hypothèse de pertinence descriptive, mais, par hypothèse, le système axiologique ainsi décrit ne *fait pas* partie du système normatif. Bien entendu, l'interprète peut toujours, dans une certaine mesure (et dans une certaine mesure uniquement), dériver d'une formulation normative des propriétés *implicitement* pertinentes – outre celles définies explicitement pertinentes par le législateur ou le jurislatureur –, et ce faisant, incorporer *via* l'interprétation une partie du système axiologique au sein du système normatif. Mais *une fois ces propriétés* déterminées comme pertinentes, toutes les autres sont non pertinentes. Si j'identifie (*via* l'interprétation) les propriétés pertinentes du cas générique régulé par la norme exprimée par la formulation normative « les véhicules sont interdits dans le parc » comme étant « véhicule », alors toute autre propriété (par exemple « ambulance ») est réputée non pertinente. S'il est possible – ce qui est douteux – d'identifier, *via* l'interprétation, les propriétés pertinentes de ce cas comme étant « véhicule » et « non-ambulance », alors toute autre propriété sera réputée non pertinente (y compris la propriété « camion de pompiers », et ainsi de suite).

Du point de vue de l'*identification* des normes du système, donc, dès lors que l'arrière-plan normatif (*i.e.* le système axiologique) n'appartient pas au système lui-même, les exceptions implicites n'y appartiennent pas davantage ; toutes les propriétés n'étant pas comprises dans la thèse de pertinence sont réputées non pertinentes.

Le problème se pose différemment selon que l'on considère non pas l'identification des normes, mais leur application⁷². Que les règles ne soient pas défaisables du point de vue de leur *identification*, c'est-à-dire que les exceptions implicites n'appartiennent pas au système normatif considéré, ne veut pas dire qu'elles ne soient pas défaisables du point de vue de leur application. Rodriguez observe que l'énoncé « toute propriété qui n'est pas pertinente au regard de la thèse de pertinence est non pertinente » peut s'entendre de manière prescriptive, comme une directive à l'endroit des juges. L'existence d'une telle directive est naturellement contingente et dépend des systèmes juridiques particuliers. Dans la plupart des systèmes juridiques, les juges sont habilités à introduire des exceptions au stade de l'application des règles, mais cela ne veut nullement dire que, du point de vue de leur identification, elles fassent, de ce fait, *déjà* partie du système juridique. Affirmer que les règles sont défaisables, c'est par conséquent affirmer que les juges sont habilités à modifier le droit existant, ce qui semble une thèse en fin de compte bien triviale.

3. Un exemple : circonstances exceptionnelles et décision *praeter legem*

Pour illustrer un propos jusqu'ici assez abstrait, on peut prendre un exemple tiré du droit positif, en particulier la reconstruction doctrinale par André Mathiot de la célèbre jurisprudence des circonstances exceptionnelles du Conseil d'Etat.

⁷² Rodriguez, 2000, p. 166.

a. *La théorie des circonstances exceptionnelles*

Commençons en premier lieu par rappeler les principaux traits de cette jurisprudence⁷³. On fait traditionnellement remonter cette dernière au célèbre arrêt Heyriès⁷⁴, rendu au sortir de la Première Guerre mondiale. Dans cette espèce, le requérant avait attaqué un décret du 10 septembre 1914 qui suspendait l'application d'une disposition législative (l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 prévoyant la communication du dossier en cas de mesure disciplinaire prise à l'encontre d'un agent public), en pure violation d'une règle essentielle du principe de légalité⁷⁵ selon laquelle un acte du pouvoir réglementaire ne peut suspendre l'application d'une loi sans habilitation du législateur. De nombreux décrets similaires avaient été pris, au tout début de la guerre, ce qui avait amené le législateur à ratifier *ex post*, et avec portée rétroactive⁷⁶, ces décrets afin de leur conférer la légalité qui leur faisait si cruellement défaut. Or il se trouve que, dans le présent cas, le décret litigieux n'a pas été ratifié par la loi du 30 mars 1915, « probablement par une erreur de scribe⁷⁷ ».

Contre toute attente, le Conseil déboute le requérant. En se fondant sur une interprétation que Maurice Hauriou qualifie de « légèrement *constructive*, comme disent les Américains⁷⁸ » de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1975, le Conseil affirme que « *par l'article 3 de la loi du 25 février 1875, le président de la République est chargé d'assurer l'exécution des lois ; qu'il lui incombe dès lors de veiller à ce qu'à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche.* »

73 On en trouvera une description beaucoup plus complète dans Saint-Bonnet, 2001, pp. 351-357.

74 CE, 28 juin 1918, *Heyriès*. Il est possible d'en trouver les prodromes dans l'arrêt *Général de division Verrier* (CE, 10 juillet 1915), par lequel le Conseil d'Etat a débouté la requête du général Verrier qui attaquait le décret qui le plaçait à la retraite d'office, le décret du 20 novembre 1914, lui-même pris conformément à un décret du 15 août 1914. Ce dernier décret est illégal, car il modifie une disposition législative, en l'occurrence l'article 1^{er} de la loi du 16 février 1912 sur la mise à la retraite des officiers généraux. Or entre l'introduction de l'instance et le jugement, le Parlement, par la loi du 30 mars 1915 (que nous retrouvons dans l'arrêt *Heyriès*), ratifie, parmi 36 autres, celui du 15 août 1915. La ratification ayant une portée rétroactive, elle prive de toute base légale, et c'est logiquement que le Conseil d'Etat rejette sa requête. Mais le juge avance pour ce faire deux arguments : un argument tiré de la ratification parlementaire, qui va relativement de soi, et un autre argument, qui semble quelque peu *obiter dictum* en l'espèce, selon lequel « il appartenait au président de la République de prendre les mesures commandées par les circonstances en vue d'assurer, dans l'intérêt de la défense nationale, l'exécution de la loi, et de déterminer les conditions d'exercice du droit qui appartient au gouvernement de prononcer la mise en retraite d'office des officiers généraux, alors que les formalités étaient rendues impossibles par les événements de guerre. » Cet argument repose implicitement sur une construction hypothétique, dont le Conseil d'Etat aura bientôt à apprécier la valeur dans l'arrêt *Heyriès* : quand bien même une loi de ratification n'était pas intervenue, les circonstances de l'espèce emporteraient la légalité de l'acte.

75 « Principe » étant un terme polysémique, le principe de légalité n'est pas un principe au sens qui sera envisagé plus loin, mais une collection de règles de sources et d'origines diverses, systématisées et rationalisées par la doctrine et la jurisprudence.

76 L'article 1er de la loi précise : « Sont ratifiés, pour leur disposition avoir force de loi à dater de leur publication, les décrets ci-après énumérés » (c'est moi qui souligne).

77 Saint-Bonnet, 2001, p. 9.

78 Hauriou, 1929, p. 83.

Que la loi constitutionnelle habilite le président à veiller à l'exécution des lois est une chose, qu'elle l'autorise à suspendre cette exécution en est une autre. Ici, ce sont donc des circonstances exceptionnelles qui justifient l'*extension* des pouvoirs constitutionnels du président de la République, mais uniquement pour autant que cette extension n'est pas contraire à la norme constitutionnelle. Il va de soi que c'est au Conseil d'Etat que revient le pouvoir souverain d'apprécier les circonstances tout autant que la constitutionnalité des mesures, celles-là conditionnant très intimement celle-ci : « *A raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, à cette époque les pouvoirs publics, il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables etc.* ».

Le Conseil d'Etat, statuant au fond, se déclare ainsi compétent pour juger des actes de l'administration, et par conséquent si la jurisprudence des circonstances exceptionnelles témoigne d'une approche extensive, elle n'en constitue pas pour autant un blanc seing, et laisse ouverte, au contraire, la possibilité d'un usage restrictif. Ainsi, dans l'arrêt *Sieur Anduran* du 23 janvier 1925, arrêt intéressant en ce qu'il renvoie, eu égard aux particularités de l'espèce, le requérant et l'administration dos à dos, le Conseil d'Etat fait usage de la jurisprudence Heyriès pour *annuler* un acte, les conditions n'étant pas réunies pour que l'on puisse parler de circonstances exceptionnelles : l'administration « ne pouvait, sans excès de pouvoir, en dehors de tout cas d'urgence et de péril immédiat, ordonner l'apposition des scellés sur ces minoteries, alors qu'aucune disposition législative ne l'autorisait à prendre une pareille mesure d'exécution⁷⁹ ».

La détermination des circonstances exceptionnelles dépend, pour une bonne part, des particularités pratiques de chaque cas ; cependant, la pratique jurisprudentielle a permis de dégager un certain nombre critères qui ont été relativement bien explicités en 1948 dans l'arrêt *Laugier*⁸⁰ et dans les conclusions du commissaire du gouvernement Letourneur ; cet arrêt revêt l'intérêt particulier de faire jouer les critères à la fois en un sens extensif (une circulaire illégale est déclarée légale eu égard aux circonstances exceptionnelles) et en un sens restrictif (la circulaire aurait dû sortir de vigueur dès que les circonstances exceptionnelles avaient cessé)⁸¹. La première condition est bien entendu l'existence de circonstances exceptionnelles relevant un caractère à la fois brutal et durable⁸². Le second critère est celui de l'impossibilité pour l'admi-

79 Pour une analyse de cet arrêt, voir Saint-Bonnet, 2001, p. 353

80 CE Ass., 16 avril 1948, *Laugier*

81 Il faut noter que, dans l'espèce *Laugier*, le Conseil d'Etat n'a pas suivi les conclusions du commissaire du gouvernement, qui sont néanmoins précieuses en ce qu'elles fournissent un résumé des principes qui guident la jurisprudence des circonstances exceptionnelles depuis l'origine. En l'espèce, le Conseil d'Etat a jugé que les circonstances exceptionnelles *étaient* réunies, alors que le commissaire de gouvernement était d'avis contraire ; cela ne change rien au fait que les critères qu'ils appliquent soient les mêmes, quoi qu'il en aille par ailleurs de l'appréciation des faits.

82 Selon Long, *et al*, ce critère « distingue les circonstances exceptionnelles de la simple urgence » (Long, *et. al.*, 2011, p. 191). Le commissaire Letourneur écrit : « Une situation anormale, exorbitante [qui] suppose soit l'absence des autorités régulières... soit la survenance brutale d'un ou plusieurs événements graves et imprévus ». Cette condition est quasi textuellement reprise dans la décision du Conseil d'Etat. Comme l'écrit le doyen Chapus, « il est nécessaire que ces mesures aient été prises pour répondre à une situation réellement exceptionnelle, ce caractère étant concrètement apprécié ». (Chapus, 2001, p. 1087) Cette limitation est à la fois *ratione loci* et *ratione temporis*. L'acte ne peut

nistration d'agir légalement⁸³, *i.e.*, d'agir conformément au principe de légalité des temps normaux⁸⁴. Le troisième critère est sans doute le plus important : l'infraction au principe de légalité doit répondre à un but d'intérêt général. Comme l'écrit le doyen Vedel à propos de l'arrêt Heyriès : « Dans des circonstances exceptionnelles, l'exécution des lois peut justifier la suspension de l'application d'une loi.⁸⁵ »

De fait, il faut remarquer que la théorie des circonstances exceptionnelles est applicable à l'ensemble de la matière administrative. C'est en ce sens que l'on a pu parler d'une légalité de crise, car elle s'étend virtuellement à l'ensemble des actes susceptibles d'être pris par l'administration, et sans doute y compris au droit des contrats et de la responsabilité. Pour définir l'objet du contrôle effectué par le juge, il convient en premier lieu de déterminer le ou les types de légalité (ou d'illégalité) qu'il a à reconnaître : on peut dire, de manière relativement sommaire, que la jurisprudence des circonstances exceptionnelles permet de déclarer légales des mesures qui en temps normal

être reconnu légal que dans les lieux et durant la période où les circonstances sont exceptionnelles : l'existence d'une circonstance exceptionnelle (quelle qu'elle soit) à Lille n'entraîne pas la légalité d'un acte pris à Marseille ; l'existence de circonstances exceptionnelles en 1914 n'entraîne pas la légalité d'un acte pris en 1915 (voir par exemple CE, 8 mars 1944, *Guy* : les pouvoirs exceptionnels dont le préfet de la Seine a fait usage en juin 1940 n'étaient plus légitimes en juillet.)

83 Selon le commissaire Letourneur : « Il y a nécessité publique à agir, et il n'y a pas de moyen légal d'agir ». L'arrêt *Laugier* reprend également ce critère : « Les circonstances exceptionnelles du moment et notamment le fait que le gouvernement n'avait pu se réunir, et qu'il était dès lors impossible de légiférer par voie d'ordonnance autorisaient le commissaire à la guerre à prendre les mesures indispensables, etc. »

84 Voir Chapus, 2001, p. 1087 ; Long, *et. al.*, 2011, p. 191. Ce critère est intimement lié au précédent : ce sont les circonstances de fait qui impliquent les circonstances de droit et vice versa : si en effet il est établi que l'administration pouvait agir en vertu du principe de légalité « normal », alors *ipso facto* cela revient à reconnaître que les circonstances n'étaient pas si exceptionnelles que cela. Inversement, si le juge admet que les circonstances étaient manifestement exceptionnelles, il pourra difficilement nier que la marge de manœuvre de l'administration était nettement plus restreinte qu'en temps normal. Ce critère se distingue toutefois du précédent, en ce qu'on pourrait fort bien envisager des circonstances exceptionnelles n'impliquant nullement pour l'administration le fait d'agir en violation de la loi : ainsi un tremblement de terre dans une zone très peu peuplée constitue certes une circonstance exceptionnelle au sens du premier critère, mais elle n'implique nullement des mesures aussi rigoureuses que celles que l'administration serait amenée à prendre dans une zone très densément peuplée.

85 Vedel, 1954, p. 37. La prise en compte d'un motif d'intérêt général n'a en soi rien d'exceptionnel ni d'aberrant ; c'est une technique standard d'appréciation par le juge de la légalité d'un acte. Toutefois, l'invocation d'un but d'intérêt général joue un rôle beaucoup plus important, en ce qu'il conditionne l'établissement même des circonstances : le but d'intérêt général est mesuré à l'impact des circonstances exceptionnelles sur l'action de l'administration. Une circonstance ne sera dite exceptionnelle qu'en tant que l'inaction de l'administration, ou l'action de cette dernière dans les limites du principe normal de légalité entraînerait des conséquences dommageables pour l'intérêt général. Autrement dit, l'intérêt général n'est plus considéré comme le cadre plus ou moins strict d'appréciation de la légalité d'un acte, mais bien la condition *sine qua non* de la justification de la violation de ce même principe de légalité. Autrement dit, dans la théorie des circonstances exceptionnelles, il est possible de faire jouer l'intérêt général contre le principe de légalité. Comme l'écrit François Saint-Bonnet, cela « renvoie à la tradition qui fait prévaloir l'intérêt général sur le commandement de la loi. (...) La justification de la jurisprudence des circonstances exceptionnelles (...) revient à réintroduire une dose de finalisme dans le droit ». (Saint-Bonnet, 2001, p. 351.)

eussent été illégales pour *incompétence*⁸⁶ (par exemple, arrêt Heyriès précité, ou CE, 26 juin 1946, *Viguié*) et pour *vice de forme* (CE, 16 mai 1941, *Courrent*), mais encore des mesures dont l'*objet* eût été illégal (catégorie dans lesquelles rentrent les mesures de police restreignant les libertés fondamentales, voir par exemple CE, 6 août 1915, *Delmotte*, ou encore CE, 28 février 1919, *Dol et Laurent*).

On a donc une nette extension du champ de la légalité – le commissaire du gouvernement Riboulet, dans ses conclusions sur l'arrêt *Saupiquet* du 1^{er} août 1919, indique que les lois sont dotées « d'une sorte d'extensibilité qui, sans modifier leur nature propre, leur permettra de solutionner (*sic*) le fait exceptionnel ». Cette élasticité ouvre à l'administration un certain nombre de possibilités qui lui eussent été fermées en temps normal. L'exemple paroxystique est sans doute celui qui consacre l'existence d'une administration de fait en cas de circonstances exceptionnelles, ce qui constitue un parfait bouleversement des règles de compétence non pas entre les administrations, ou entre l'administration et le législateur, mais entre administrations et administrés. Ainsi l'arrêt de section du 5 mars 1948, *Sieur Marion et autres c/ Commune de Saint-Valéry-sur-Somme*, le Conseil reconnaît que les actes pris par un comité d'habitants d'une commune d'où le maire et le conseil municipal ont fui devant l'arrivée imminente des Allemands ne sont « pas étrangers à la compétence légale des autorités municipales », et sont par conséquent des actes administratifs.

b. L'hypothèse des lacunes

Dans un article de 1956, André Mathiot a proposé une reconstruction célèbre de la jurisprudence des circonstances exceptionnelles. On admet généralement en doctrine qu'en reconnaissant l'existence de circonstances exceptionnelles, le juge statue matériellement *contra legem*, mais un intérêt supérieur emporte (ou pas) la légalité de l'acte. Selon Mathiot, au contraire, la jurisprudence des circonstances exceptionnelles n'est qu'un exemple particulièrement frappant du pouvoir qu'il faut bien reconnaître au juge, y compris en temps normal, de statuer *praeter legem*, et non pas *contra legem*.

L'hypothèse dont part André Mathiot est la suivante : l'existence de lois d'exception – par exemple les lois du 9 août 1849 et du 3 avril 1878 sur l'état de siège⁸⁷ – atteste la présence au sein du système juridique d'une légalité exceptionnelle ; le juge, ayant à juger des actes intervenus dans des circonstances exceptionnelles (ce qui lui reste à établir, certes ; mais ce faisant, il ne fait qu'appliquer son banal pouvoir de qualification juridique des actes), ne fait que contribuer à l'élaboration de cette légalité. Les cas qui tombent sous un régime de légalité (le régime principal) sont intrinsèquement différents des cas qui tombent sous l'autre régime (la légalité exceptionnelle) : le droit applicable aux uns n'est donc pas le même que le droit applicable aux autres, de même que le droit applicable aux pommes n'est pas identique au droit applicable aux poires. Dès lors la qualification juridique de l'exception n'est exceptionnelle qu'en

86 Le problème de la modification des normes d'habilitation par la jurisprudence des circonstances exceptionnelles a fait l'objet d'un examen particulier dans Tusseau, 2006, p. 583 *sq.*

87 On ne mentionne pas ici l'article 36 de la Constitution de 1958 – puisque l'article de Mathiot date de 1956. En revanche, on pourrait mentionner également la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence.

égard à l'objet ainsi qualifié, mais la *procédure* de qualification elle-même n'a rien d'exceptionnel : « Le principe de subordination à la loi n'est pas, à la vérité, entamé, ni même exactement assoupli par les circonstances exceptionnelles : c'est une autre légalité qui s'applique, dont la jurisprudence détermine le cadre avec le souci de ne pas l'élargir plus que la nécessité ne l'exige.⁸⁸ »

Dès lors que l'on reconnaît l'existence d'une légalité de crise, il faut admettre que le juge interprète cette légalité de la même manière qu'il interprète la légalité standard. C'est ici que Mathiot fait intervenir la notion de lacune. De même qu'en temps normal le législateur ne peut avoir matériellement prévu l'ensemble des cas, de même en période exceptionnelle, la légalité de crise trouve ses limites, d'autant plus que les faits sont nettement moins prévisibles : dès lors dans l'une et l'autre légalités subsiste la possibilité d'une lacune juridique. « Si le droit positif n'a pas été changé, le juge administratif constate la carence du législateur ; en l'absence de règles conçues pour ces circonstances exceptionnelles, le juge tranche le litige en faisant appel aux mêmes éléments qui normalement guident le législateur. (...) Il élabore le droit positif de crise comme en temps normal, il comble les lacunes du droit. Lorsqu'il semble statuer *contra legem*, il constate seulement l'absence de droit applicable et en déduit l'application, à l'espèce, de règles adaptées⁸⁹. » Pour préciser les rapports entre les deux « légalités », Mathiot a, à de nombreuses reprises, recours à l'image du cercle. La légalité normale est comparable à un cercle au sein duquel se meut l'administration. Les obligations de l'administration, en période normale, varient selon les circonstances (il y a donc, en période normale, des circonstances plus ou moins normales, mais jamais de véritables circonstances exceptionnelles), mais toujours « à l'intérieur du cercle que le législateur a tracé et que les principes généraux du droit complètent⁹⁰ ». Le cercle marque la limite que l'administration ne doit pas franchir ; si elle le fait, ses actes sont susceptibles d'être annulés pour excès de pouvoir. Dès lors, la légalité de crise ne correspond pas à un second cercle (dont, comme je viens de le dire, la consistance paraît douteuse). La légalité de crise ne consiste qu'en un élargissement du cercle, lorsque celui-ci paraît trop étroit. Et de même que le cercle en temps normal peut varier selon les circonstances, de même, en période exceptionnelle, il peut être considérablement élargi. Mais il en découle que la modification des règles de compétence ou de forme, ou la suspension de certaines libertés fondamentales, dont on fait le fond même de la théorie des circonstances exceptionnelles n'est en fin de compte qu'une conséquence parmi d'autres, et nullement nécessaire, de l'élargissement du cercle : « *Il se trouve* naturellement que l'adaptation consistera *en général* à dispenser l'administration d'observer certaines règles de compétence, de forme, qui pourraient être paralysantes, et, dès lors, contraires à un intérêt général modifié.⁹¹ » Seulement les règles générales qui prévoieraient un tel élargissement font défaut ; c'est pourquoi le juge supplée en comblant une lacune du droit de crise.

88 Mathiot, 1956, p. 424.

89 Mathiot, 1956, p. 417.

90 Mathiot, 1956, p. 416.

91 Mathiot, 1956, p. 417.

L'argumentation de Mathiot repose sur une confusion entre lacunes normatives et lacunes axiologiques. Il convient en premier lieu d'insister sur le fait que la théorie des circonstances exceptionnelles consacre la défaisabilité non pas d'une règle, mais d'un ensemble de règles potentiellement très vaste couvrant la totalité ou presque de la matière administrative. A première vue, les « circonstances exceptionnelles » sont *régulées* par ces règles ; il semble donc surprenant de soutenir que le juge statue *praeter legem*, c'est-à-dire en l'absence de règles, puisque, par hypothèse, ces règles existent. C'est pourquoi Mathiot a recours à l'image des deux légalités. Il y aurait deux corpus de règles distincts : le premier comprend les règles « normales » de droit administratif, qui régulent les cas normaux, avec néanmoins une marge d'appréciation laissée au juge par le caractère quelque peu flexible de ces règles d'origine souvent prétorienne ; le second comprend les règles pour les circonstances exceptionnelles. Or il se trouve que ce second corpus est lacunaire, puisque le législateur n'a pas pourvu à la régulation de ces cas ; le juge en reconnaissant la légalité d'un acte qui serait manifestement illégal en temps normal ne fait alors que combler la lacune et, ce faisant, statue *praeter legem*, et non *contra legem*.

Or il est évident que Mathiot invoque ce second corpus dans le seul but d'en faire un corpus lacunaire. Ce faisant, il construit une forme de fiction juridique (l'existence d'une légalité de crise précédant, pour ainsi dire, la décision du juge) par laquelle il présente une lacune axiologique comme une lacune normative. Il présente un cas régulé par le droit, *i.e.* auquel est corrélé une solution normative par le système, mais présentant des propriétés (les circonstances exceptionnelles) qui devraient être pertinentes selon une hypothèse de pertinence comme un cas dont les propriétés *sont* pertinentes dans le sous-système juridique de « légalité de crise » selon la thèse de pertinence, mais auxquelles le droit n'attache aucune solution normative, c'est-à-dire une lacune normative. Ce faisant, il masque le fait que le juge statue bien *contra legem* – même s'il est de toute évidence habilité à le faire – et modifie le système juridique lui-même. Le juge ne se contente pas de l'augmenter d'une norme manquante, mais il modifie les normes déjà en vigueur.

Il n'est pas réfutable que la jurisprudence des circonstances exceptionnelles a contribué à bâtir une « légalité de crise », mais celle-ci est purement et simplement la création du juge – comme d'ailleurs la plupart des règles de la légalité « normale ». Il est en revanche oiseux de la rattacher à un corpus de règles lacunaire qui précéderait l'intervention du juge. Il va de soi qu'une fois constituée, la jurisprudence des circonstances exceptionnelles fournit bien une *règle* qui contraint dans une certaine mesure la décision future du juge. Mais cette contrainte est elle-même limitée, et les règles prétoriennes de légalité de crise sont elles-mêmes défaisables, puisque les critères permettant de déterminer les circonstances exceptionnelles sont assez flexibles pour pouvoir s'adapter aux espèces particulières.

IV. DEUX QUESTIONS SUR LA DÉFAISABILITÉ DES RÈGLES

Dans la suite de ce chapitre on va examiner deux séries de questions de distinctes : la première tend à déterminer s'il est compatible avec la nature et la fonction des règles de recevoir des exceptions implicites (section 3) ; la seconde tend à déterminer quelle est la consistance de cet arrière-plan normatif qui, selon les théoriciens de la défaisabilité, fait naître des exceptions implicites (sections 4 et 5).

SECTION 3. LES EXCEPTIONS ET LA NATURE DES RÈGLES

Que le juge soit amené à reconnaître des exceptions implicites est un constat empirique qui, en tant que tel, ne fait pas l'objet de contestations. Personne ne contestera que, dans son célèbre arrêt « Roi des Gitans »⁹², la Cour de Cassation ait reconnu une exception au principe du secret professionnel étant données les circonstances de l'espèce ; on ne contestera pas davantage que, dans l'arrêt *Heyriès* que l'on vient de mentionner, le Conseil d'Etat reconnait que les règles relatives à la légalité d'un acte de l'administration peuvent être rendues inapplicables en raison des circonstances exceptionnelles – et crée, de ce fait, une exception au principe de légalité.

En revanche ces considérations empiriques soulèvent une question conceptuelle relative à la nature des règles. Est-il compatible avec la nature des règles que celles-ci soient défaisables ? Le problème posé en creux est celui de savoir si une règle *ceteris paribus* est « véritablement » une règle, ou, pour parler de manière moins figurée, si une telle règle est susceptible de remplir la fonction pour laquelle on recourt à des règles. Autrement dit, pour reprendre la formule de Hart déjà mentionnée à plusieurs reprises, se pose la question de savoir si une règle qui contient l'expression « à moins que... » est toujours une règle.

Cette question n'est pas épuisée par celle de l'obligatorité de ces règles. Il va de soi qu'une règle défaite n'est plus obligatoire, car une obligation *prima facie*⁹³, qui fait l'objet d'une telle règle, n'existe que pour autant que la règle n'est pas défaite ; lorsque la règle est défaite, il n'est plus obligatoire de faire ce qu'elle prescrivait – et il est parfois

92 Cass. crim., 20 décembre 1967. L'une des questions qui se posaient au juge était de savoir si un médecin, qui s'est fait bernier par un de ces patients ayant simulé divers troubles et ayant obtenu des certificats médicaux pour une arnaque à l'assurance, est toujours astreint à l'obligation du secret professionnel. Cet arrêt sera commenté dans le prochain chapitre.

93 Pour la simplicité du propos, on part du principe que la solution normative de la règle est soit une obligation, soit une interdiction. Mais le propos concerne également les exceptions eu égard aux règles qui sont des normes permissives. Il peut y avoir des permissions *prima facie*. Seulement dans ce cas, il n'y a véritablement d'exception que si la source du conflit entre l'exception-disposition implicite et la règle est une contradiction normative ou une incompatibilité-contradiction. En effet, *Pp* et *P~p* ne sont pas des normes conflictuelles.

obligatoire de faire le contraire, selon la source du conflit entre l'exception et la règle. La question n'est pas davantage de savoir si des règles auxquelles des exceptions sont de plus en plus nombreuses sont toujours *efficaces*, *i.e.* guident toujours effectivement le comportement des sujets de droit ou des juges. En effet, par hypothèse, la défaite des règles n'est pas équivalente à leur violation par le sujet de droit ou par le juge statuant *contra legem*. On n'a pas besoin d'un objet théorique nouveau, tel que la « défaisabilité des règles », pour désigner le fait que les règles, comme toutes normes, sont susceptibles d'être violées. De fait, cela n'est nullement incompatible avec la *nature* des règles ; au contraire, il découle de celle-ci que les règles puissent être violées en fait.

La question, en revanche, est de savoir si une règle peut remplir sa fonction (de quelque manière qu'on la définisse) si elle est ouverte à des exceptions non spécifiées – parce que non spécifiables – à l'avance. Il serait certes absurde de prétendre que reconnaître une exception particulière à une règle juridique reviendrait à affaiblir la normativité du droit dans son ensemble⁹⁴, mais il serait également absurde de prétendre qu'une règle aurait toujours quelque force normative si elle était défaisable en toutes circonstances.

I. RAWLS ET LES DEUX CONCEPTS DE RÈGLES

A. Justification d'une pratique, justification de l'acte

L'article de 1955 de John Rawls intitulé « Two Concepts of Rules »⁹⁵ est reconnu comme fondateur à plusieurs titres. Les arguments qu'il avance en faveur de l'utilitarisme de la règle et la distinction entre la justification d'une pratique et la justification d'un acte tombant sous cette pratique constituent un lieu classique de la philosophie morale et, en particulier, de la philosophie de la peine⁹⁶. La distinction entre *practice rules* et *summary rules* prend place dans le cadre de cette défense de l'utilitarisme de la règle, mais il est possible d'en extraire les traits principaux dans le cadre d'une réflexion conceptuelle sur la nature des règles.

La distinction séminale effectuée par Rawls est la suivante : les critères retenus dans la justification d'une pratique ne sont pas nécessairement ceux que l'on retient dans la justification d'un acte tombant sous cette pratique. Bien davantage si une pratique est justifiée, alors elle exige que les critères pris pour la justification de l'acte tombant sous la pratique ne *soient pas* ceux retenus pour la justification de la pratique. Cela tient aux rapports entre la pratique et les actes qui tombent sous elle. Rawls prend

94 Sylvie Delacroix note au contraire que la normativité du droit peut sortir renforcée des ajustements à la morale occasionnés par la défaisabilité des règles (Delacroix, 2006, pp. 153-154).

95 Rawls, 1955.

96 Il faut noter que Rawls prend, dans cet article, la peine (*punishment*) comme un *exemple* de pratique – l'autre exemple étant la promesse. Pour des raisons qui apparaîtront vites évidentes, c'est le second exemple qui nous intéresse ici.

deux exemples pour illustrer ce point : la justification de la peine et l'obligatorité des promesses. C'est ce deuxième exemple que l'on va retenir, car il présente une différence importante avec le premier. Dans le cas de la peine, la question qui se pose est de savoir si un acte tombant sous la pratique de punir est nécessairement justifié d'un point de vue utilitariste. Selon Rawls, cette justification est toujours rétributiviste. La question n'est pas de savoir si l'*acquiescement* d'un individu pourtant coupable peut être justifiée sur des motifs utilitaristes. L'exemple de la promesse, en revanche, ne porte pas sur la justification possible de l'acte de tenir une promesse – cette justification se confond peu ou prou avec l'assertion de l'existence de la pratique de promettre –, mais sur la justification possible de l'acte de *ne pas tenir* sa promesse. C'est davantage à l'occasion de ce type d'exemple que la question des exceptions est susceptible d'être soulevée⁹⁷.

Une pratique est une activité définie et coordonnée par des règles, qui sont des règles de pratiques ; la définition des règles de pratiques et des pratiques est quelque peu circulaire (une règle de pratique est celle qui définit et coordonne une pratique, une pratique est ce qui est défini et coordonné par ces règles). Cette circularité n'est d'ailleurs pas nécessairement vicieuse. Il suffit pour l'instant de remarquer qu'une pratique est plus et autre qu'une simple série d'actions désordonnées mais régulières.

Supposons qu'une pratique, par exemple la pratique qui consiste en ce que les promesses faites par les membres d'un groupe sont tenues, doive être justifiée. Une justification utilitariste de cette pratique consiste à affirmer qu'un groupe suivant cette pratique maximise bien davantage son utilité (y compris les utilités individuelles) si cette pratique existe dans le groupe ; chez Rawls, cette justification utilitariste prend une forme plus large et ne porte pas exclusivement sur l'utilité produite, mais sur le *bien* produit par la pratique (on a donc davantage un conséquentialisme de la règle qu'un utilitarisme de la règle *stricto sensu*). Or si la pratique est justifiée dans son ensemble, il ne peut y avoir de déviation de cette pratique effectuée à l'occasion d'une action particulière qui puisse recevoir la même *justification* que celle qui est à l'arrière-plan de la pratique. Comme l'écrit Rawls, « si nous considérons nos promesses individuelles dans le contexte de la pratique de promettre elle-même, nous pouvons donner une explication au caractère strict de l'obligation de tenir ses promesses »⁹⁸. S'il y a une justification utilitariste à la pratique de promettre, alors le fait que tenir une promesse particulière ne soit pas justifié d'un point de vue utilitariste, c'est-à-dire qu'il soit justifié d'un point de vue utilitariste de briser sa promesse, ne saurait fournir une justification à la déviation de la pratique. « Il y a un avantage utilitariste évident à avoir une pratique qui refuse au promettant qui souhaite se défendre [d'avoir brisé sa promesse] de recourir au principe utilitariste général qui justifie la pratique elle-même.

97 La différence entre la peine et la promesse est que d'un point de vue utilitariste, la peine est *prima facie* non justifiée, et qu'il faut trouver une justification utilitariste de la peine qui *limite* le champ d'application de cette dernière – la peine est justifiée si et seulement si elle répond aux critères utilitaristes. En revanche, la promesse en tant que telle n'a *prima facie* pas besoin de justification, elle est justifiée d'un point de vue utilitariste, mais c'est l'acte particulier de *briser* une promesse qui requiert une justification.

98 Rawls, 1955, p. 14.

La pratique prohibe cette défense générale. »⁹⁹ Si chaque personne, au moment de tenir une promesse, pesait les raisons pour ou contre et décidait de briser cette dernière pour des raisons utilitaristes, tirées du bien total produit par la violation de la règle, alors la pratique perdrait toute raison d'être *du point de vue* de sa justification utilitariste même. – Derechef, la question n'est pas de savoir si une pratique, dont toutes les actions tombant sous elle dévient, est encore une pratique (le problème n'est pas celui de l'efficacité des règles de la pratique), mais la question porte sur la justification des déviations de la pratique. S'il existe une justification utilitariste pour la pratique de promettre, alors, du point de vue de cette justification, cette pratique fait naître une obligation absolue.

Cela ne veut nullement dire que l'agent exclut toute délibération relativement à l'acte qu'il s'apprête à accomplir. On peut peser les raisons *pro* et *contra*, la restriction est que les raisons plaidant contre la réalisation de la promesse ne peuvent être des raisons tenant aux conséquences de la violation de cette dernière. Rawls reconnaît cependant deux cas où le fait de ne pas tenir sa promesse peut être justifié d'un point de vue utilitariste. Le premier est celui où la pratique elle-même prévoit des exceptions¹⁰⁰ – on verra que ce n'est pas la pratique, mais les règles de pratique qui peuvent éventuellement prévoir des exceptions –, c'est-à-dire lorsqu'on a affaire à des exceptions « explicites » ; le second cas est celui où les conséquences du fait de tenir une promesse sont *extrêmement* graves¹⁰¹. Selon Rawls, toute pratique justifiée d'un point de vue utilitariste doit, du point de vue de sa justification utilitariste même, prévoir une exception dans les cas où les conséquences de l'acte seraient extrêmement graves. Une telle exception est justifiée d'un point de vue utilitariste. Le problème est naturellement que « grave » et « extrêmement grave » sont des prédicats vagues (*cf. infra*, prochain chapitre), de sorte qu'une telle exception apparaît comme une clause *ceteris paribus* certes restreinte, mais néanmoins déguisée. Comme l'écrit Rawls :

N'importe quel ensemble de règles comprend un arrière plan de circonstances dans lesquelles il est censé être appliqué et qui n'ont pas besoin (à vrai dire, elles ne le peuvent pas) d'être pleinement énoncées. Si ces circonstances changent, alors même s'il n'y a aucune règle régulant le cas, il peut toujours être *en accord* avec la pratique que l'on soit délivré de son obligation. Mais cette sorte de défense permise par la pratique ne doit pas être confondue avec l'option générale consistant à peser chaque cas particulier en fonction de considérations utilitaristes¹⁰².

Pour le dire autrement, les règles ne sont défaisables *en accord avec la justification* de la pratique qu'elles définissent et coordonnent *que* dans des circonstances *extrêmement* exceptionnelles même en l'absence de toute « règle régulant le cas », *i.e.* de toute exception explicite.

99 Rawls, 1955, p. 16.

100 Rawls, 1955, pp. 14-15 et p. 17.

101 Rawls, 1955, p. 17.

102 Rawls, 1955, pp. 17-18.

B. *P*-règles et *S*-règles

De fait, Rawls a glissé d'un discours sur les pratiques à un discours sur les règles. La distinction entre les deux types de justification fournit en effet l'arrière-plan d'une discussion entre deux concepts de règles (d'où le titre de l'article). Avant d'entrer dans le détail de l'analyse, remarquons cependant, une ambiguïté dans le propos de Rawls, que l'on peut expliciter au moyen de la distinction, adoptée par Rawls lui-même – là est l'ironie – dans ses écrits postérieurs, entre concept et conception¹⁰³. La différence entre *summary rules* (ci-après *S*-règles) et *practices rules* (ci-après *P*-règles¹⁰⁴) est-elle une différence entre diverses *conceptions* de ce qu'est une règle – ce qui est accrédité par le fait Rawls parle de la « *summary view of rules* » et de « *practice conception of rules* » ? Ou bien s'agit-il d'une distinction entre deux *concepts* de règles, *i.e.* entre deux types de règles correspondant chacun à un concept différent ?

Rawls semble retenir la seconde hypothèse : « J'ai pu donner l'impression, en parlant de *summary conception* et de *practice conception* des règles, que seulement l'une d'entre elles était vraie pour toute règle, et nécessairement vraie pour *toutes les règles*. Ce n'est évidemment pas ce que je veux dire. (...) Certaines règles correspondront à une conception, certaines règles correspondront à l'autre ; c'est pourquoi il y a des règles de pratique (règles au sens strict) et des maximes ainsi que des règles indicatives (*rules of thumb*)¹⁰⁵. » Rawls semble ici nier la première hypothèse ; on n'a pas affaire à des conceptions différentes qui, étant incompatibles, ne peuvent être vraies ensemble, mais à deux types de règles différents, *i.e.* correspondant à des *concepts* différents. Cependant, l'incise entre parenthèses dans la dernière phrase donne à penser que les *S*-règles, si elles existent, ne sont pas « véritablement » des règles, *i.e.* que le concept de règle véritable est le concept de *P*-règle¹⁰⁶.

D'autre part, on peut remarquer que Rawls, contrairement à certains de ces commentateurs, y compris nous-mêmes dans les lignes qui précèdent, n'emploie jamais l'expression « *summary rules* », mais emploie souvent l'expression « *rules of practice* ». Or par « *rules of practice* », Rawls n'entend pas « les règles telles qu'elles sont vues par la *practice conception* », mais les règles tout court. La *summary view* est une certaine conception des *règles de pratique*¹⁰⁷, de même que la *practice view* est une certaine conception de ces mêmes règles. La *summary view* est correcte pour représenter des règles qui *ne sont pas* les règles dont on parle, et dont on peut douter qu'elles soient des règles tout court. Autrement dit, la *summary view* est fautive uniquement en tant qu'elle entend fournir une explication de l'*explanandum* qui est le nôtre, à savoir les règles de pratiques.

103 Rawls, 1997, pp. 31-32.

104 On a recours à cette notation un peu bizarre dans le seul but d'éviter d'être confronté au casse-tête que représente la traduction de « *summary* ».

105 Rawls, 1955, p. 29.

106 Rawls écrit ainsi : « Il est douteux que ce à quoi la *summary conception* s'applique puisse être appelé règle » (Rawls, 1955, p. 23).

107 Rawls, 1955, p. 32.

Par conséquent, lorsqu'on parlera de S-règles, il faudra entendre « règles telles que les entend la *summary conception* », et lorsqu'on parlera de P-règles, il faudra entendre « règles telles que les décrit la *practice conception* ». Par « P-règle » et « S-règle » on n'entend donc pas désigner des règles différentes, mais des constructions théoriques différentes. Conceptuellement, P-règles et « règles de pratique » ne sont pas identiques ; en revanche, seules les P-règles constituent une image correcte des règles de pratiques. Les S-règles sont une image correcte des règles indicatives, des *rules of thumb*¹⁰⁸. Et la question qui se pose est de savoir si nos pratiques sont organisées par des règles de pratiques ou par des *rules of thumb*.

Reste à élucider la distinction entre P-règles et S-règles. Une S-règle suppose une situation où l'action ne tombe pas sous une pratique, mais où chaque action a été décidée au cas par cas. Dès lors qu'une action est décidée au cas par cas, elle doit être justifiée sur le fondement de considérations normatives de premier degré, par exemple des considérations utilitaristes. Sur la base d'une telle justification, on prendra une décision. En appliquant la même justification à chaque cas, on aura une série plus ou moins uniforme de décisions. Il en résultera une règle (Rawls précise même que cette règle sera formulée¹⁰⁹) qui pourvoira au statut normatif des cas sur le fondement de leur justification. On aura donc une règle du type : « lorsque c'est justifié de le faire du point du vue utilitariste, tenez vos promesses ».

Une telle règle ne revient pas seulement à prescrire : « suivez-moi lorsque c'est justifié de le faire », ce qui ne pourrait même pas recevoir la qualification de *rule of thumb*. En effet, le besoin de formuler une règle provient de ce que les décisions prises par les agents sur la simple considération du bien produit par l'action sont souvent erronées ou incorrectes. Une S-règle permet donc d'indiquer, de manière défaisable, de quelle manière arriver à la décision maximale d'un point de vue utilitariste à l'occasion d'une action particulière. Pour ce faire, une règle compile les décisions passées et arrive à la conclusion que lorsque A est le cas, alors il est plus souvent correct d'un point de vue utilitariste de faire B que de faire non-B. On comprend pourquoi une telle règle n'est qu'une *rule of thumb* : on peut la prendre comme guide, mais, dans de nombreux cas, il faut décider si le fait de la suivre est compatible ou non avec le réquisit de justification utilitariste de l'action.

Les P-règles, au contraire définissent une pratique, et régulent de ce fait les actions définies par la pratique. Dès lors qu'une règle est justifiée par le principe utilitariste, c'est-à-dire qu'on a une bonne raison, non pas de *suivre*, mais d'*avoir* une telle règle, alors la question de savoir si la règle, dans un cas particulier, doit être suivie ou non, appliquée ou non ne peut dépendre du fait qu'il est justifié d'un point vu utilitariste de le faire. Une pratique « constitue » les actions qui tombent sous elle ;

108 La notion de *rule of thumb* est assez imprécise ; dans certains cas on l'entend uniquement comme une règle sans cesse révisable ; et d'autre part comme un *guide* empirique permettant toujours de prendre de bonnes décisions : par exemple, pour multiplier un nombre à deux chiffres par 11, il suffit de mettre un espace entre les deux chiffres et d'y intercaler leur somme. C'est une *rule of thumb* (au second sens). Voir Regan, 1989, p. 1004 *sq.* à ce sujet.

109 Rawls, 1955, p. 22. Rawls ne dit pas *qui* formule la règle.

l'expression « marquer un but » ne signifie rien en dehors de la pratique du football¹¹⁰. C'est pourquoi la justification de la règle est antérieure à la justification des décisions prises au sujet de ces actions. Il en résulte que si la pratique est justifiée, alors l'application de la règle ne peut être remise en cause à chaque fois que le principe justifiant la pratique ne permet pas de justifier la décision elle-même ; car l'intérêt d'avoir une pratique est précisément que les actions soient *ordonnées*, c'est-à-dire qu'il y ait une uniformité dans l'application des règles de pratiques aux cas particulières.

Il en résulte qu'alors que les S-règles sont nécessairement susceptibles d'exceptions dès lors que l'application de la justification d'arrière-plan aux cas particuliers entraîne une décision contraire à la règle, les P-règles sont nécessairement insusceptibles de recevoir des exceptions lorsque la décision contraire à la règle est, eu égard aux particularités du cas, correcte du point de vue de la justification d'arrière-plan de la règle. Dès lors que l'on considère que la pratique de jouer au football est plus (et autre) qu'une série d'actions désordonnées consistant à courir autour d'un ballon, alors si je suis autorisé à tirer un deuxième pénalty¹¹¹, je ne joue *de facto* plus au football¹¹², *i.e.* je ne suis plus engagé dans la pratique. Les règles de pratique préemptent les décisions

110 La distinction entre S-règles et P-règles n'est *pas* identique à la distinction entre règles constitutives et règles régulatrices chez Searle (contrairement à ce que Searle lui-même indique, voir Searle, 1964, p. 55), sauf à faire des règles régulatrices des *rules of thumb*, ce qui est très problématique. Il ne s'agit pas de nier que les P-règles soient au moins partiellement constitutives – on a très clairement une préfiguration de la notion de règle constitutive dans Rawls, 1955, p. 25. Seulement, il est évident que les P-règles, telles que Rawls les conçoit sont partiellement régulatrices. Les règles de pratiques ne se contentent pas de définir des positions, des actions ou des infractions, mais elles permettent également de prendre des décisions à l'occasion des actions particulières qui tombent sous cette pratique. C'est la raison pour laquelle les règles de pratique *peuvent* prévoir explicitement des exceptions, qui sont impossibles en matière de règles purement constitutives (chez Searle, soit on joue au football, soit on n'y joue pas). La différence entre Searle et Rawls ne tient pas au fait qu'ils décrivent des règles d'un type différent, mais que les règles qu'ils décrivent correspondent à des *préoccupations théoriques* différentes. Chez Rawls, la fonction constitutive des pratiques, eu égard aux actions qui tombent sous elles, rend conceptuellement impossible que des décisions *préalables* à l'établissement de la règle puissent être effectuées, et ainsi donner naissance à une S-règle. En revanche, une P-règle rend conceptuellement possible des décisions effectuées, sur leur fondement, au sujet des actions « constituées » par la pratique. Pour le dire autrement, ce qui compte n'est pas tellement que les actions précèdent ou non les règles, mais que le fait que les règles précèdent les actions entraîne le fait que les règles précèdent les *décisions* au sujet de ces actions. Le caractère constitutif des actions par les pratiques, et des pratiques par les règles a donc une valeur purement *instrumentale* au sein de l'argumentation rawlsienne (voir Rawls, 1955, p. 30). En revanche, la différence entre pratique et action tombant sous cette pratique ne joue aucun rôle dans le dispositif de Searle.

111 On adapte les exemples tirés du base-ball à un sport plus familier dans nos contrées.

112 Dans sa critique célèbre de Rawls, Stanley Cavell a en particulier remis en cause l'analogie entre la promesse et le jeu. En effet, selon Cavell, il semble absurde d'affirmer que l'impossibilité de tirer deux pénaltys est comprise dans le concept même de pénalty (alors qu'il est contraire au concept de promesse que celle-ci puisse être brisée pour des raisons utilitaristes). On pourrait envisager une pratique du football telle qu'il est plus justifié d'un point de vue utilitariste d'avoir une règle de pratique autorisant à tirer deux pénaltys. Voir Cavell, 1979, p. 295. Il apparaît cependant que la critique de Cavell porte moins sur la *practice conception* défendue par Rawls que sur son application aux promesses qui, selon Cavell, ne sont pas des pratiques au sens de Rawls (Cavell, 1979, p. 299). Une analyse plus poussée des critiques de Cavell excéderait le cadre du présent travail, on renvoie à Arviv, 2009.

relatives aux cas particuliers ; elles peuvent certes prévoir des exceptions – on a vu que les pratiques définissent ces exceptions, et en particulier l'exception selon laquelle la règle ne s'applique pas dans les cas où ses conséquences sont extrêmement graves. Il demeure qu'« un cas particulier ne peut pas être une exception à une règle de pratique. Une exception est plutôt une qualification ou une spécification supplémentaire de la règle »¹¹³.

La distinction entre P-règles et S-règles permet à Rawls de saper les fondements de l'utilitarisme de l'acte. Supposons qu'il faille trouver, à chaque fois que l'on a à tenir une promesse, une justification utilitariste. Nous aurons alors affaire à une S-règle. Mais si c'est le cas, alors il n'y a pas de pratique de promettre, puisque nous n'avons pas à affaire à une P-règle, et il est conceptuellement requis, pour que l'on ait une pratique, que l'on ait des règles de pratiques, et seules les P-règles, et non les S-règles, permettent de donner une image correcte de ce qu'est une règle de pratique. Or sans règle de pratique, pas de pratique ; sans pratique de promesse, pas d'acte tombant sous cette pratique – de sorte qu'il n'y a plus rien à justifier du tout¹¹⁴.

L'indéfaisabilité des P-règles tient donc au caractère partiellement constitutif des règles de pratique. En ce sens, toute règle *stricto sensu* ne définit pas nécessairement une pratique, mais fait partie d'un ensemble de règles constituant une pratique. Les règles de pratique sont en effet de trois sortes : elles définissent des positions (*offices*), des types d'actions permises (des coups, *moves*), et des infractions. Par exemple, on pourrait dire que les règles du Code pénal à la fois définissent une pratique (la pratique constituée par le châtement) et définissent un élément (ici, des infractions) d'une pratique plus large, qui est, par exemple, la vie en société.

Par conséquent, les P-règles sont logiquement antérieures aux actions particulières tombant sous la pratique. Le problème avec les S-règles est qu'elles supposent que les actions particulières sont non seulement chronologiquement, mais également logiquement antérieures à la règle, puisque la règle dérive logiquement de décisions préalables au sujet de ces actions. Les S-règles ne peuvent donc fournir une image correcte des règles de pratiques. Cependant, le problème ici n'est pas l'antériorité chronologique de l'action à la pratique. On a couru après un ballon avant que la pratique consistant à jouer au football n'existe¹¹⁵. Seulement, il ne fait aucun sens de prendre une décision normative au sujet du fait de courir après un ballon (bien qu'il y ait peut-être des contextes où le fait de courir après un ballon reçoit une justification) ; une décision normative ne fait logiquement sens que si courir après un ballon intervient au cours d'un jeu de football.

C'est pourquoi la critique adressée par Frederick Schauer à Rawls est infondée. Selon Schauer, Rawls confond le problème de la force normative d'une règle et celui de son origine¹¹⁶. Selon Schauer, Rawls soutient le simple fait qu'une règle suive des déci-

113 Rawls, 1955, p. 27.

114 Rawls, 1955, p. 30.

115 Rawls, 1955, p. 25.

116 Schauer, 1991b, pp. 106-107.

sions passées en fait une S-règle. Schauer prend l'exemple suivant : le capitaine Prescott a, au cours de son expérience, remarqué qu'il était plus sûr de ne pas tirer sur un soldat ennemi dès qu'on l'apercevait, mais seulement une fois qu'on était assez proche pour pouvoir viser correctement, et avant qu'on ne soit trop proche de lui afin d'éviter d'être à son tour pris pour cible. C'est pourquoi il opère la généralisation : « Il faut attendre de voir le blanc des yeux de son ennemi avant de tirer », et décide d'en faire un ordre et de l'adresser à ses soldats. Selon Schauer, le but de cet ordre est d'éviter à ces derniers d'avoir à chaque fois à calculer le bon moment où décharger son arme à feu. De ce fait, il ne s'agit pas d'une *rule of thumb*, bien que correspondant à une S-règle.

Or d'un point de vue rawlsien, une telle règle *prend place* dans une pratique, l'ordre militaire, qui définit des positions (capitaine, soldat), des actions (*i.e.* des « coups ») et des infractions. C'est donc une règle de pratique consistant à définir une certaine action obligatoire dans cette pratique. Le fait que la règle ait été dérivée à partir de calculs d'utilité chronologiquement antérieurs ne change rien. Le point important est que la règle ne se fonde pas sur le caractère empirique de cette généralisation pour autoriser les soldats à reconsidérer son application à chaque fois qu'il serait plus utile de tirer plus tôt ou plus tard. Le soldat qui désobéit à l'ordre sur le fondement des considérations qui ont amené le capitaine Prescott à énoncer cet ordre se place en dehors de la pratique dans laquelle il était initialement engagé.

Etendu au droit, le modèle rawlsien revient à faire du droit une certaine pratique (avec ses positions, ses coups, ses infractions) définie par un certain nombre de règles, dont la fonction est partiellement constitutive – elle définit des actions – et partiellement régulative – elle définit des décisions au sujet de ces actions. Si la pratique « droit » est justifiée, alors toute déviation par rapport aux règles définissant cette pratique, à l'occasion d'une action particulière, place le déviant hors de la pratique, quand bien même la déviation serait justifiée par les mêmes considérations qui déterminent la règle. Si la justification de la pratique ne saurait faire appel à l'argument « c'est la règle », il n'y a pas d'autre justification pour une action tombant sous cette pratique que « c'est la règle »¹¹⁷.

Cependant, l'application de ce modèle au droit occasionne un prix théorique qui est trop fort à payer. En effet, il s'applique de manière privilégiée lorsque les pratiques sont constituées par des règles en nombre limité. La pratique de promettre est constituée de trois règles : une règle définissant des fonctions (promettant, bénéficiaire), des coups (dire : « je promets de... ») et des infractions (violer sa promesse). De fait, la troisième règle ne peut être défaite sans exclure celui qui revendique ou reconnaît une exception de la pratique elle-même. S'il était justifié de violer ses promesses à chaque fois que les remplir ne satisfait pas le principe d'utilité (ou tout autre principe à l'arrière-plan de la pratique), alors il serait inutile d'avoir une pratique telle de la promesse, et ce même si par ailleurs on a plutôt tendance à remplir ses promesses. Or il est *justifié* d'avoir une pratique telle que la promesse, c'est pourquoi il ne peut être justifié d'en dévier, y compris lorsque le principe justifiant de le faire justifierait une telle

117 Rawls, 1955, pp. 27-28.

déviations. Mais il n'en va pas de même pour une pratique complexe et hiérarchisée telle que le droit, parce que la justification *du droit* (comme pratique) est une question qui est tout à fait indépendante de la question de la justification des règles juridiques particulières. Certes, ces règles contribuent à la définition de la pratique totale, mais elles ne sont peut-être pas justifiées sur le fondement des mêmes considérations qui justifient la pratique totale.

Par contraste, la justification des règles de pratique relatives à la promesse est strictement liée à la justification de la pratique de promettre elle-même. Mettons que la pratique de promettre ne soit pas justifiée d'un point de vue utilitariste. On aurait alors une pratique moralement mauvaise et, par conséquent, on pourrait attendre des agents qu'ils s'engagent dans une délibération morale concernant la décision à prendre au sujet des promesses particulières effectuées.

Or supposons que l'une des sous-pratiques juridiques, constituées par un sous-ensemble de règles, ne soit pas justifiée sur le fondement des considérations qui justifient le droit lui-même, mais que les actions qui tombent sous cette pratique soient, dans les faits, souvent justifiables. Dans ce cas, on peut attendre du sujet qu'il délibère moralement au sujet de ces actions. Dans ce cas, les règles définissant cette sous-pratique échouent, mais cela ne veut pas dire que l'agent se mette en dehors de la pratique juridique elle-même.

II. SCHAUER ET LA FONCTION DES RÈGLES

Frederick Schauer a bâti une théorie importante des règles qui a donné lieu à des considérations sur la défaisabilité de ces dernières. Schauer ne conteste nullement que de très nombreuses règles juridiques soient défaisables, mais ce constat appelle la réponse à deux questions : la défaisabilité est-elle compatible avec la nature des règles ? Constitue-t-elle un trait essentiel des règles juridiques ?

A. Les règles comme généralisations enracinées

On peut commencer par décrire à grands traits la théorie des règles formulée par Schauer dans *Playing by the Rules*. Schauer soutient que les règles sont des généralisations prescriptives à partir de cas paradigmatiques¹¹⁸. Supposons que j'entre avec mon chien dans un restaurant et que celui-ci occasionne toutes sortes de troubles de manière à empêcher le bon fonctionnement du service. Le propriétaire du restaurant peut m'ordonner de laisser mon chien à l'extérieur du restaurant, mais il peut également décider de prévenir des troubles similaires. Pour ce faire, il va effectuer une généralisation à partir du cas individuel. Seulement celui-ci présente une série de propriétés distinctes, et toutes ne seront pas pertinentes au moment de la généralisation. Par

118 Schauer, 1991b, p. 25 *sq.*

exemple, intuitivement, le fait que mon chien soit noir, qu'il ait de grandes oreilles ne sera pas une propriété pertinente.

La généralisation ne procède pas à l'aveugle. Elle est guidée par ce que Schauer appelle une *justification* qui détermine le but dans lequel on procède à la généralisation elle-même. Ici, la justification est le souci de prévenir les troubles dans le restaurant. Il faut noter que le propriétaire ne peut pas faire directement de la justification une règle. Si le but est de *prévenir* les troubles, il ne peut pas simplement énoncer la règle : « Il est interdit d'occasionner des troubles dans le restaurant », puisque, pour appliquer une telle règle, il faut soit que les troubles aient été occasionnés – ce que précisément on cherche à éviter –, soit que l'on sache quelles sont les propriétés pertinentes des choses qui « occasionnent des troubles ». Or ces propriétés ne peuvent être dérivées qu'à partir des cas dont nous avons connaissance ou dont nous pouvons raisonnablement prévoir l'occurrence. On généralise toujours à partir d'un cas paradigmatique, réel ou hypothétique¹¹⁹.

Si on revient à notre chien, le propriétaire va donc retenir les propriétés du cas qui sont pertinentes pour remplir la justification d'arrière-plan. Pour ce faire, il va comparer, par exemple, la noirceur du chien et sa « canitude ». Seule cette dernière est pertinente relativement à la justification qui guide la généralisation. On peut d'ailleurs remarquer que cette généralisation, avant d'être prescriptive, est probabiliste : si c'est la « canitude » de ce chien-ci qui est pertinente, c'est que, *généralement*, les chiens tendent à causer des troubles¹²⁰. Cette généralisation permet d'obtenir ce que Schauer appelle le « prédicat factuel » de la règle : « les chiens ne sont pas autorisés dans l'établissement ».

On a donc trois éléments dans une règle : un cas paradigmatique, une généralisation et une justification d'arrière-plan. Etant donné le caractère probabiliste de la généralisation, la règle ainsi obtenue aura nécessairement à être sur-inclusive ou sous-inclusive du point de vue de sa justification d'arrière-plan¹²¹. Une règle est sur-inclusive si son scope inclut des cas qui seraient laissés de côté si on appliquait directement la justification ; elle est sous-inclusive si son scope *exclut* des cas qui seraient pourtant régulés si on appliquait directement la justification. Ainsi la règle sur les chiens est clairement sur-inclusive, dès lors qu'elle prohibe y compris les chiens tranquilles ne provoquant aucun troubles et encore plus clairement sous-inclusive dès lors qu'elle semble exclure du scope de la règle un grand nombre de cas où des troubles sont susceptibles d'être occasionnés – si j'entre dans le restaurant avec mon ours de compagnie, celui-ci ne tombe pourtant pas sous le coup de la règle. La sur-inclusivité et la sous-inclusivité ne sont toutefois pas des défauts symétriques des règles. En effet, je peux pallier la sous-inclusivité en énonçant une *autre* règle répondant à la même justification d'arrière-plan que la première. En revanche, je ne peux pas résoudre un problème de sur-inclusivité sans modifier la règle elle-même.

119 Schauer, 1991b, p. 27.

120 Schauer, 1991b, p. 28 *sq.*

121 Schauer, 1991, p. 31 *sq.*

Ce que la considération de règles sous- et sur-inclusives révèle, c'est que, au moins *prima facie*, les règles ne *sont pas* révisables sur le fondement de leur justification. La question ici est conceptuelle. Si une règle a pour fonction de « faire le travail » normatif, et d'éviter à l'agent de vérifier à chaque fois si l'application de la règle au cas est insatisfaisante du point de vue de la justification, alors la décision d'appliquer ou non une règle à un cas particulier ne peut dépendre de la justification elle-même. Pour rendre compte de ce point, Schauer définit les règles non seulement comme des généralisations prescriptives, mais comme des généralisations *enracinées* (*entrenched*)¹²².

La notion d'enracinement est la suivante. Lorsque l'on généralise, c'est eu égard à des cas du passé, mais en cherchant à produire des effets dans le futur¹²³. Enraciner une généralisation consiste à figer l'application de la règle pour *tous* les cas présentant cette propriété. Par conséquent, lorsque survient un cas où la règle est sur-inclusive¹²⁴, la généralisation contrôle toujours la décision, qui ne peut être prise – si elle souhaite suivre la règle, naturellement – sur le fondement de l'insatisfaction procurée par le cas à l'aune de la justification de la règle. La notion d'enracinement implique donc que la justification de la règle est impropre à être invoquée lors de la résolution de cas particuliers¹²⁵, y compris lorsque l'application de la règle dessert la justification elle-même¹²⁶. Les chiens d'aveugle seront ainsi interdits dans le restaurant, *pour autant* que la règle est la raison décisive de notre action.

Par conséquent, de deux choses l'une : soit une règle est une règle, et elle n'est pas ouverte à exceptions à chaque fois que survient un cas récalcitrant – ou alors il incombe à l'auteur de la règle de la modifier en conséquence ; soit une règle est ouvertement ouverte à révision à chaque fois que son application ne sert pas sa justification d'arrière-plan, mais alors elle n'est plus une règle, puisqu'elle n'est plus traitée comme une généralisation enracinée. Il faut remarquer que le propos de Schauer, même s'il a des conséquences normatives¹²⁷ est avant tout conceptuel¹²⁸. Il n'a pas pour but premier de *prescrire* la non-révisabilité des règles, mais indique que cette dernière est un trait essentiel pour que l'on puisse parler de règles. Il y a deux manières de prendre des décisions à partir de règles : l'une est de les traiter *comme* des règles, l'autre est d'en faire des règles indicatives, des *rules of thumb*. Ces dernières ne sont pas normativement

122 Schauer, 1991b, p. 42 *sq.*

123 Schauer, 1991b, p. 44. Voir aussi Schauer, 1998, p. 223 et Schauer, 2013a, p. 77.

124 Quoique Schauer distingue les cas de sur-inclusivité et les cas de texture ouverte, il indique que, dans ces derniers, le principe de l'enracinement s'applique également (Schauer, 1991b, p. 56). Cela semble une erreur, puisqu'en cas de texture ouverte, on ne sait pas si le cas présente ou non les propriétés « figées » par l'enracinement. On reviendra sur le problème de la texture ouverte dans le prochain chapitre.

125 Les résonnances rawlsiennes de cette idée sont tout à fait évidentes, même si elles prennent place dans un cadre théorique tout à fait différent (puisque, comme on l'a vu, Schauer ne s'intéresse pas aux « pratiques » rawlsiennes).

126 Schauer, 1991b, p. 49.

127 Schauer, 1998, p. 239.

128 Certains auteurs interprètent le modèle de Schauer comme essentiellement normatif (Rodriguez, 2000, p. 166).

inertes¹²⁹ : une règle indicative est *potentiellement* inapplicable lorsque sa justification est inapplicable, mais elle ne l'est pas nécessairement à chaque fois qu'un cas récalcitrant intervient. Cependant, une telle règle indicative suppose un mode de prise de décision radicalement différent de celui qui est adopté si la raison décisive pour la décision est traitée comme une règle.

Il faut noter, pour conclure ce tableau très rapide de la théorie générale de Schauer, que la source de l'enracinement est en partie constituée par les propriétés *sémantiques* de la formulation de la règle¹³⁰, et en particulier à ce que Schauer appelle l'autonomie sémantique. Certes Schauer ne nie pas qu'une distinction conceptuelle entre les règles et leurs formulations soit pertinente, mais qu'elle est d'une portée beaucoup plus limitée que ce que l'on pourrait penser. Schauer argue en effet de ce que si les différentes formulations d'une même règle sont différentes, cela ne saurait tenir à une divergence *sémantique* entre elles, puisque si c'était le cas, on n'aurait pas affaire à des formulations équivalentes (on renvoie là-dessus au premier chapitre). L'équivalence des formulations n'est pas la synonymie approximative, dès lors que c'est la même règle qui est exprimée par des formulations équivalentes¹³¹. Par conséquent, la règle n'est rien d'autre que la signification de la formulation ; par conséquent, il n'y a pas besoin qu'une formulation soit *canonique* pour qu'elle puisse faire son « travail normatif »¹³².

En effet, pour Schauer, c'est la formulation de la règle, eu égard à la signification qui lui est assignée qui guide le comportement ou non. C'est la *fixité* de la signification de la formulation (et non de la formulation elle-même, qui n'a pas besoin d'être canonique) qui assure l'enracinement de la généralisation exprimée par cette formulation. Cela suppose une théorie sémantique où les variations contextuelles jouent un rôle minimal¹³³, puisque le scope de la règle est *intégralement* déterminé par la signification de la formulation ; celle-ci ne peut donc pas être variable en fonction du contexte. Cela ne veut pas dire, naturellement, que cette signification soit toujours déterminée (il peut y avoir des cas d'indétermination sémantique, par exemple de texture ouverte), mais cette indétermination ne provient pas d'un accès limité au contexte d'énonciation, mais uniquement d'un défaut de la signification elle-même. Le contenu de la règle est donc ce qui est fixé par le sens ordinaire (*plain meaning*) de la formulation. Et c'est la fixité (l'autonomie, écrit Schauer) de cette signification qui assure à la règle son enracinement, car il suffit de nous fier à nos intuitions sémantiques pour déterminer si un cas appartient ou non au scope de la règle ; nous n'avons pas à rechercher quelle est la solution maximale sur le fondement de la justification d'arrière-plan de cette dernière.

129 Schauer, 1991b, p. 104 *sq.*

130 Schauer, 1991b, p. 53 *sq.*

131 Schauer, 1991b, p. 63.

132 Schauer, 1991b, p. 69.

133 Schauer, 1991b, p. 56 *sq.* Schauer n'indique pas que sa théorie sous-jacente de la signification soit complètement *a-contextuelle*, mais uniquement une forme de contexte généralisé relativement invariant, et certes susceptible de variations marginales.

B. Sur-inclusivité et défaisabilité

A partir de cette définition des règles comme généralisations enracinées, Schauer aborde le problème des exceptions, tout d'abord d'un point de vue conceptuel, et ensuite dans l'optique d'une réfutation générale de l'idée selon laquelle les règles juridiques seraient nécessairement défaisables.

1. Exceptions et contingences linguistiques

Il convient en premier lieu d'envisager le concept d'exception (tel que par exemple instancié dans une exception explicite quelconque). La thèse que Schauer défend est la suivante : « Il n'y a aucune distinction logique entre les exceptions et ce eu égard à quoi elles sont des exceptions »¹³⁴. Par cette thèse, Schauer entend l'idée selon laquelle les exceptions ne sont qu'une *qualification* du scope de la règle. Or on a vu que, selon Schauer, le scope de la règle est fixé par la signification de la formulation de la règle. Par conséquent, la présence d'exceptions explicites, identifiées d'un point de vue syntaxique par une clause d'exception, est entièrement due aux contingences du langage dans lequel on parle. Il arrive souvent que les termes conceptuels que l'on emploie soient trop larges du point de vue de la justification d'arrière-plan de la règle que l'on formule : celle-ci devient *de facto* sur-inclusive, non pas parce que pourraient survenir des cas que nous n'avons pas prévus, mais que son scope excède ce qui est requis (ou même permissible) par la justification d'arrière-plan. Or s'il existait une manière de formuler la règle telle que l'exception ne soit pas formulée, mais résulte uniquement de la qualification du scope de la règle, alors l'exception deviendrait tout à fait invisible.

Schauer prend deux exemples. Lorsqu'une règle interdit aux chiens d'entrer dans le restaurant, *sauf aux chiens d'aveugle*, elle ne fait en réalité que restreindre le scope de la règle aux cas des chiens qui ne sont pas des chiens d'aveugle. S'il existait un terme qui signifie « chien qui n'est pas chien d'aveugle », alors l'exception ne serait pas apparente dans la règle elle-même. Supposons qu'existe un tel terme, par exemple « *quien* », on aurait alors la règle : « *tous les quiens* sont interdits dans le restaurant ». La règle, de manière tout à fait triviale, s'appliquerait aux cas auxquels elle s'applique, et ne s'appliquerait pas aux cas où elle ne s'applique pas (*i.e.* les chiens d'aveugle). Le second exemple est un cas où, selon Schauer, le « mot juste » existe. Prenons l'exemple d'une règle prohibant la fornication, entendue comme « relation sexuelle, *sauf entre époux* ». Lorsqu'une telle règle existe, il ne viendrait à personne l'idée d'affirmer qu'elle comporte une exception pour les relations sexuelles entre époux, puisqu'elle ne s'applique pas à ces dernières. Cela reviendrait à affirmer qu'une règle sur les tramways reconnaît une exception pour les autobus.

La présence d'exceptions sous forme de clauses « *sauf si...* » résulte donc à la fois d'une sur-inclusivité de la règle et de l'incapacité résultant des limitations du langage à trouver « le mot juste » pour exprimer le scope de la règle tel qu'il est restreint

¹³⁴ Schauer, 1991a, p. 872. On retrouve une version plus condensée de cet argument dans Schauer, 1991b, p. 45 et Schauer, 1998, p. 227. Pour un commentaire éclairant, voir Moore, 1991, p. 777.

afin de pallier la sur-inclusivité initiale¹³⁵. Il en résulte qu'il n'y a pas de distinction entre ajouter une exception et modifier la règle¹³⁶. Si, dans le but d'évincer la luxure du pays où j'exerce le pouvoir, j'énonce une première règle : « les relations sexuelles sont interdites » et que je me rends compte que, ce faisant, je risque de me retrouver avec un taux de natalité inversement proportionnel au sens civique de mes sujets, la seconde règle : « la fornication est interdite » est purement et simplement une modification de la première.

L'idée selon laquelle l'ajout d'une exception modifie la règle est essentiellement correcte et relativement intuitive : de fait, lorsque j'ajoute une exception, la règle ne s'applique plus au cas exceptés. Cependant, les prémisses du raisonnement de Schauer sont hautement contestables, pour des raisons qu'il reconnaît d'ailleurs incidemment¹³⁷. Cette dépréciation des exceptions¹³⁸ suppose un modèle purement statique d'introduction des exceptions au sein d'une règle ou d'un corpus de règles donné. En particulier, elle suppose que les exceptions ne sont susceptibles de faire l'objet que de clauses spécifiques. Mais elle est absolument incapable de rendre compte de l'existence de clauses générales d'exception (« sauf dans les cas où la loi en dispose autrement »), où la séparation des règles et des exceptions n'est plus due à une simple contingence linguistique, mais à une nécessité matérielle. En effet, dans ce cas, la « visibilité » des exceptions ne provient pas de l'absence du mot juste, qui peut d'ailleurs exister. On pourrait concevoir une règle du type « les relations sexuelles sont interdites sauf dans les cas où la loi en dispose autrement », et qu'une *nouvelle règle* prévoie que les relations sexuelles entre époux sont permises (et même recommandées). Cette nouvelle règle modifie bien la première de manière à lui conférer le même scope qu'une règle « la fornication est interdite ». Si la règle est séparée des exceptions, ce n'est pas pour des raisons linguistiques (l'absence de mot juste) mais pour des raisons purement normatives : l'auteur de la règle souhaite se laisser ouverte (à lui-même ou à son successeur, ou encore à une autre autorité habilitée à le faire) la possibilité d'une modification du champ d'applicabilité de la règle.

Ensuite, la thèse de la contingence linguistique des exceptions passe sous silence le rôle que celles-ci jouent dans le raisonnement juridique. « Les chiens sont interdits, sauf les chiens d'aveugle » n'est de ce point de vue pas *équivalente* à « les *quiens* sont interdits », pour les raisons, envisagées dans la seconde partie de ce travail, tenant la structuration logique et surtout procédurale des exceptions en droit.

Autrement dit, tout ce que la thèse de Schauer tend à montrer c'est que, dans certains contextes, l'auteur de la règle peut, lorsque le mot juste existe, ne pas formuler d'exception à la règle, mais directement restreindre le scope de la règle, et faire disparaître ainsi l'exception ; mais cela est tout à fait contingent. Ce qui est contingent n'est pas l'absence de mot juste rendant inévitable la séparation des règles et des exceptions ;

135 Voir là-dessus Chapman, 2012, p. 402.

136 Schauer, 1991a, p. 893.

137 Voir la note en bas de page dans Schauer, 1998, pp. 227-228.

138 Schauer affirme lui-même que sa théorie « dénie » les exceptions (Schauer, 1991b, p. 45).

ce qui est contingent, c'est que, lorsque le mot juste existe, l'auteur de la règle puisse vouloir réduire directement le scope de la règle *plutôt* que de faire une exception. Mais il en résulte précisément que les deux opérations *ne sont pas* identiques et que la différence entre qualification du scope et ajout d'une exception ne provient pas (ou en tout cas, pas uniquement) de contingences linguistiques¹³⁹.

2. Défausabilité des règles et contingences juridiques

La définition des exceptions proposée par Schauer a évidemment des conséquences majeures sur sa doctrine de la défausabilité des règles, et en particulier des règles juridiques. Etant donné qu'une exception est une modification de la règle, il faut en effet se poser la question de savoir « si des exceptions *additionnelles* peuvent être ajoutées au moment de l'application de la règle (...) [c'est-à-dire] si des règles peuvent être sujettes à des exceptions ajoutées au moment de l'application (...) et être toujours des règles ; la réponse est non »¹⁴⁰. Si les règles opèrent comme des règles, alors elles sont quasi indéfausables, pour des raisons qui tiennent à la définition de ce qu'est une règle. Une règle se distingue d'autres types de normes (selon Schauer) par sa force normative particulière : dès lors qu'elle fonctionne comme une règle, elle présente une certaine résistance à la défausabilité. La question n'est pas de savoir d'où la règle, en particulier la règle juridique, tire sa force normative – Schauer prend par ailleurs en charge cette question, mais y apporte hélas une réponse erronée confondant conceptuellement appartenance à un système juridique et applicabilité au sein de ce système¹⁴¹ – mais quelles sont les *conséquences* de la normativité des règles.

Selon Schauer, il y a deux manières pour une règle d'être défausable et, dans les deux cas, la règle devient une forme de règle indicative, une *rule of thumb*, normativement non inerte, mais néanmoins sujette à constantes modifications.

Un premier type de cas est celui où l'application de la règle au cas ne servirait pas la justification d'arrière plan de la règle elle-même. Par exemple, un chien sage, non bruyant, tout à fait éduqué n'est pas le type de cas couvert par la justification d'arrière-plan. La règle est donc clairement sur-inclusive, et si elle est défaite par l'occurrence de ce cas, on parle d'échec interne de la règle. Une règle susceptible d'échec interne n'est tout simplement pas une règle¹⁴².

139 Voir, pour une critique de Schauer non similaire à la mienne, Stein, 2007, p. 104. La critique de Stein est elle-même assez critiquable, car apparemment Stein se fonde uniquement sur l'article de Schauer sur les exceptions et n'a pas lu *Playing by the Rules*. Son argument principal contre la thèse de la contingence linguistique des exceptions est que ces dernières sont dues aux principes sous-jacents à la règle et non pas aux seules contingences linguistiques. Or Schauer ne le nie évidemment pas, puisque c'est la sur-inclusivité des règles qui justifie l'exception ou, lorsque le juste mot existe, la qualification de la règle. La thèse de Schauer est contestable en raison du *concept* d'exception qu'elle met en avant, et nullement de la *source* des exceptions, qui provient bien de l'inadéquation du scope de la règle tel qu'il est en l'état à la justification d'arrière-plan de celle-ci.

140 Schauer, 1998, p. 116.

141 Schauer, 1998, p. 117 *sq.*

142 Schauer, 1991b, p. 116.

En revanche, il peut survenir des cas où la règle est défaite sur le fondement d'une autre justification d'arrière-plan que la sienne, c'est-à-dire par des facteurs extérieurs à la fois à la règle elle-même (il ne s'agit pas d'une exception explicite de la règle qui, par hypothèse, est extérieure à la justification de la règle) et à la justification d'arrière-plan de la règle ; on parle alors d'échec externe de la sienne. Comme on le verra, Schauer ne reprend pas cette distinction dans ses écrits ultérieurs, et semble retenir uniquement les cas d'échec interne de la règle.

Selon Schauer, une règle n'est pas susceptible d'échec externe, sauf lorsque les facteurs défaisant la règle sont « particulièrement importants ». Schauer, bien qu'oublieux de la distinction externe/interne, maintient cette exception possible à l'indéfaisabilité des règles dans ses écrits ultérieurs ; il parle ainsi d'une défaisabilité possible de la règle lorsque le cas est « particulièrement difficile »¹⁴³ ou bien en cas « d'injustice extrême »¹⁴⁴.

Dans son article de 1998 « On the Supposed Defeasibility of Legal Rules », Schauer entend réfuter l'idée selon laquelle les règles juridiques seraient nécessairement défaisables (cas d'extrême difficulté mis à part). Pour ce faire, Schauer fournit une analyse conceptuelle de la notion de défaisabilité des règles. Selon lui, la clé de la défaisabilité, si cette notion fait sens, n'est pas uniquement l'idée d'exception¹⁴⁵, ni celle de surpassabilité (*overridability*)¹⁴⁶, mais celle de non-spécifiabilité à l'avance¹⁴⁷, présente dans la citation de Hart mentionnée à plusieurs reprises dans ce travail : « Les règles comportent des exceptions que *l'on ne peut énoncer de manière exhaustive*. »¹⁴⁸ En effet, selon Schauer, une règle ayant des exceptions – *i.e.* ce qu'on a appelé des exceptions explicites – n'est pas, *de ce simple fait*, défaisable¹⁴⁹ : étant donné qu'une exception n'est rien d'autre que la qualification du scope de la règle, alors la règle s'applique ou ne s'applique pas. De même, le fait qu'une règle puisse être surpassée par des facteurs extérieurs n'implique pas que la règle soit défaisable, puisqu'on pourrait fort bien préciser à l'avance l'ensemble des facteurs surpassant la règle. Ce qui est essentiel dans la défaisabilité, c'est que les exceptions ne soient pas spécifiables, et pas seulement qu'elles ne soient pas spécifiées.

Comment reconnaître les exceptions, si elles ne sont pas spécifiables à l'avance ? Pour Schauer, l'idée de défaisabilité repose sur la notion de sur-inclusivité. Affirmer qu'une règle est défaisable lorsque son application dépend de la non-occurrence de

143 « *Epecially troublesome* » (Schauer, 1998, p. 234).

144 Schauer, 2012, p. 80.

145 Schauer, 1998, pp. 226-228.

146 Schauer, 1998, pp. 228-231.

147 Schauer, 1998, p. 231 *sq.*

148 Hart, 2005, p. 158.

149 Schauer ne porte pas son attention sur ce que nous avons appelé la défaisabilité du raisonnement juridique (entraînant une « défaisabilité faible » des règles). Cela le conduit à mésinterpréter de manière assez malheureuse l'article de 1948 de Hart, où la défaisabilité procède pourtant « d'un chef d'exception reconnu », comme portant sur la défaisabilité des règles juridiques (dans son commentaire de Schauer, Rodriguez commet d'ailleurs la même erreur. Voir Rodriguez, 2012, pp. 94-95). Ce point a été incidemment soulevé par Bayón, 2000, p. 340, mais il est cependant secondaire ici.

conditions non spécifiables à l'avance est équivalent à affirmer qu'une règle est défaisable lorsque son application est conditionnée à l'occurrence de cas appartenant non seulement au scope linguistique de la règle, mais répondant également au but de la règle – *i.e.* à sa justification d'arrière-plan¹⁵⁰.

Affirmer que les règles juridiques sont *nécessairement* défaisables revient à affirmer que les règles juridiques sont des *rules of thumb* : une règle susceptible d'échec interne, *i.e.* une règle défaisable, n'est tout simplement pas une règle : « Si le conflit entre la règle et sa justification est suffisante pour favoriser la justification sur la règle, alors tout le travail normatif est effectué par la justification, et aucunement par la règle. »¹⁵¹ Il en résulte que la défaisabilité n'est pas une propriété des *règles*. Une règle qui effectue son « travail normatif » n'est pas défaisable. Elle *devient* défaisable si elle est traitée comme telle, c'est-à-dire comme une *rule of thumb* de la part du juge ou, plus généralement, de celui qui doit prendre une décision sur le fondement exclusif de règles¹⁵².

Cependant, Schauer maintient que la force normative des règles est *présomptive*¹⁵³. Par conséquent, lorsque surviennent des conditions particulièrement difficiles, il peut être consistant avec la règle que cette dernière soit défaisable, mais cela suppose « un standard élevé de défaite »¹⁵⁴. Quand est-ce que ce standard est présent ? Quand est-il compatible avec la fonction normative de la règle d'être défaisable ? Selon Schauer, une telle règle est défaisable lorsqu'il existe des raisons de ne pas appliquer la règle dont la force est plus grande que celle qui aurait été suffisante pour qu'elles soient applicables si la règle n'avait pas existé¹⁵⁵. Si la règle enjoint de ϕ et si j'ai une raison R de non- ϕ , alors il faut que R soit beaucoup plus forte que n'importe quelle raison me déterminant à non- ϕ en l'absence de toute règle relativement à ϕ .

Selon Schauer, les systèmes juridiques oscillent entre deux réquisits, un réquisit de formalité, c'est-à-dire d'applicabilité univoque des règles, et un réquisit d'adaptabilité, laissant aux juges la possibilité d'adapter le droit aux évolutions sociales, économiques et morales¹⁵⁶. Lorsque le second réquisit l'emporte, les règles en jeu sont effectivement défaisables, mais ne sont, de ce fait, que des règles indicatives, des *rules of thumb*. Mais on n'a aucune raison de supposer que le système juridique adopte *unique-*

150 Schauer, 1998, p. 236.

151 Schauer, 1998 p. 233. Voir aussi, Schauer, 1991a, p. 894.

152 Schauer, 2012, p. 87 ; voir aussi Schauer, 1988, pp. 534-535. Jean Carlos Bayón a également insisté sur le fait que l'idée d'une défaisabilité nécessaire de toutes les règles juridiques entraîne l'indétermination normative du droit (Bayón, 2000, p. 341).

153 Schauer, 1991b, p. 196 *sq.* ; Schauer, 1998, pp. 238-239. Schauer a reformulé cette idée en termes de raisons pour l'action. Lorsque je donne la raison de l'action que je vais ou que je viens d'effectuer, je m'*engage* (j'effectue un *commitment*) à faire de cette raison une raison valable pour cette délibération future, puisque le fait même que cette raison soit une raison valable suppose qu'elle soit généralisable. De ce fait, la raison en tant que telle est indéfaisable (voir Schauer, 1995, p. 647 *sq.*), mais l'engagement lui-même ne peut valoir que *prima facie*.

154 Schauer, 1998, p. 239.

155 Schauer, 1998, p. 238.

156 Schauer, 1998, p. 223.

ment le réquisit d'adaptabilité ; il y a de très nombreux contextes, peut-être d'ailleurs majoritaires, où le système juridique *exige* que ses règles soient traitées comme des règles, et ne soient pas ouvertes à une révision permanente. Le fait que l'on ait des raisons *normatives* (et non théoriques) de *souhaiter* que les règles juridiques soient défaisables ne doit pas conduire à la conclusion selon laquelle des règles juridiques présomptivement indéfaisables (*i.e.* ayant un standard élevé de défaite) n'existent tout simplement pas, « pas plus que mon aversion pour les anchois ne me conduit pas à croire que ceux-ci n'existent pas »¹⁵⁷. La défaisabilité des règles juridiques est une réalité contingente qui ne découle ni du concept de règle, ni de la nature du droit¹⁵⁸.

3. Lorsque la règle « avale » l'exception

Claire Finkelstein a critiqué assez durement le concept d'exception retenu par Schauer ; selon elle, Schauer définit ce concept de telle manière que la règle « avale » l'exception¹⁵⁹. Finkelstein note en premier lieu que si l'on retient une définition de l'exception comme résultant de pures contingences linguistiques, alors il ne peut y avoir de véritable exception. Lorsque le juge « reconnaît une exception déjà évidente », il ne reconnaît rien de tel qu'une exception, mais il reconnaît une qualification de la règle¹⁶⁰. Il applique la règle aux cas auxquels elle s'applique. De même, le juge qui « défait » la règle ne fait rien d'autre que lui ajouter une qualification, c'est-à-dire qu'il la modifie (tout au moins il en modifie le scope) ; mais étant donné que cela découle du concept d'exception retenu par Schauer, et que ce concept n'est *pas* un concept d'exception, mais un concept de qualification, alors il apparaît que Schauer est incapable de répondre à la question de savoir ce qu'est ajouter une nouvelle exception à la règle – c'est-à-dire, dans les termes qui sont les nôtres, et non ceux de Finkelstein, défaire la règle.

Le problème est que l'approche de Finkelstein elle-même est assez obscure. Finkelstein qualifie les exceptions, de manière assez métaphorique, comme des « qualifications se tenant *en dehors* de la règle qu'elles qualifient »¹⁶¹. Elle contraste ainsi la

157 Schauer, 1998, p. 233.

158 Voir aussi Schauer, 1991b, p. 214. Dans Schauer, 2012, Schauer a répondu aux thèses (en particulier celle soutenue par Richard Tur, cf. *infra*) selon lesquelles la défaisabilité est un trait essentiel de la *nature* du droit. Selon Schauer, cette thèse peut être au mieux prise comme une thèse descriptive (décrivant certains systèmes juridiques) ou comme une thèse prescriptive (prescrivant au juge de défaire les règles pour des raisons d'équité). Cependant, il n'y a là aucune nécessité *conceptuelle* (Schauer, 2012, p. 87). Schauer a de nouveau évoqué le problème de la défaisabilité dans un texte intitulé « On the Open Texture of Law » (Schauer, 2013b).

159 C'est le titre de son texte portant en partie sur Schauer. Voir Finkelstein, 1999. Il faut noter que Finkelstein commente exclusivement Schauer, 1991a et Schauer, 1991b, et ne tient pas compte des arguments avancés dans Schauer, 1998. On trouvera une critique assez proche de celle de Finkelstein dans Chapman, 1998, p. 450.

160 Finkelstein, 1999, pp. 152-153.

161 Finkelstein, 1999, p. 150. Italiques dans l'original. Il faut noter que l'insistance de Finkelstein sur la distinction entre qualifications et exceptions est instrumentale : elle vise à soutenir une doctrine de la nécessaire distinction en droit pénal entre les éléments négatifs constitutifs de l'infraction (*negative elements of the offenses*) et les faits justificateurs (*defenses*). Voir Finkelstein, 1999, p. 157 *sq.* Les

règle « entrée interdite sauf pour le personnel » et la règle « entrée interdite sauf si le personnel vous y invite » (dans un restaurant, mettons). Selon elle, dans le second cas, la qualification se tient en dehors de la règle. Je pense que par là ce qu'elle veut dire est que, dans la première règle, la thèse de la contingence linguistique s'applique, puisqu'on a deux catégories de personnes bien distinctes : le personnel et le non-personnel. *Ab initio*, la règle ne s'applique pas au non-personnel ; la qualification « sauf le personnel » peut donc être avalée par la règle. En revanche, dans le second cas, il est impossible d'appliquer la thèse de la contingence linguistique, puisque n'importe qui peut tomber sous le scope de la règle (quiconque n'appartenant pas au personnel), et cependant être invité (ou non) à entrer : on n'a pas là une catégorie pérenne d'individus pour lesquels il ferait sens d'avoir un mot. Autrement dit l'exception naît du conflit entre quelque chose qui est dans la règle (le cas normal : le client lambda du restaurant) et quelque chose qui est en dehors, et qui ne peut être « avalé » par la règle (le client invité par le personnel).

Cette distinction des qualifications et des exceptions apparaît confuse, du moins au premier abord, dès lors que l'on admet que le scope de règles ne porte pas sur des classes d'individus, sur des classes de choses, ou même sur des classes d'actions, mais sur des classes de *cas*, définis par des propriétés pertinentes. De ce point de vue, il n'y a *aucune différence* entre les deux règles. La différence entre les exceptions et les qualifications (ce que nous avons appelé les conditions négatives) ne tient pas à la manière dont elles qualifient la règle, mais au rôle (y compris et surtout le rôle procédural) qu'elles jouent dans le raisonnement juridique à partir de la règle – c'est d'ailleurs la raison pour laquelle le concept d'exception de Schauer est défectueux. Finkelstein reconnaît d'ailleurs pleinement le rôle que jouent ces facteurs – en particulier la charge de la preuve¹⁶² – mais il n'est pas certain que ces facteurs, tout à fait déterminants, et sur lesquelles elle insiste à juste titre, aient grandement à voir avec le caractère extérieur de la règle vis-à-vis des règles (après tout le serveur peut avoir à prouver qu'il appartient bien au personnel !).

Cependant, Finkelstein apporte un autre argument, à bien des égards le plus déterminant, en faveur du caractère « en dehors » de l'exception. Elle reproche en effet à Schauer de ne pas tirer profit de la distinction qu'il énonce lui-même entre échec interne et échec externe de la règle. Selon elle, une exception véritable intervient lorsque la règle subit un échec externe, et non lorsque l'application de la règle est écartée sur le fondement de sa justification d'arrière-plan¹⁶³ : une exception à la règle provient d'un conflit de règles ou de principes, et de ce fait ne peut être intégrée à (ou avalée par) la règle elle-même¹⁶⁴. En effet, Finkelstein affirme que lorsque l'exception intervient

raisons qui poussent Finkelstein à soutenir cette doctrine sont largement normatives : étant donné les conséquences que la distinction entre *offenses* et *defenses* entraîne en matière de répartition de charge de la preuve, leur distinction ne peut être purement arbitraire, mais doit reposer sur le fondement de principes (voir Finkelstein, 1999, p. 174).

162 Finkelstein, 1999, p. 162.

163 Finkelstein, 1999, p. 155.

164 Finkelstein, 1999, p. 168.

en cas d'échec interne de la règle, alors celle-ci peut avaler celle-là, soit que l'auteur de la règle qualifie cette dernière, soit que l'organe d'application la modifie : « Dans ce cas, on retournerait à la justification au lieu de suivre la règle, et cela constitue la reconnaissance que, au départ, la règle n'était pas correctement formulée, et nécessite une modification. »¹⁶⁵ En revanche une exception (« véritable ») intervient en cas de conflit de principe, c'est-à-dire de justifications d'arrière-plan – le conflit de règles manifestant lui-même un conflit de principes sous-jacents. Étant donné qu'une même règle ne peut répondre qu'à une seule justification d'arrière-plan, les exceptions ne sont pas avalables par la règle. Pour cette raison la reconnaissance d'une exception ne revient pas à modifier la règle défaite.

Il semble cependant que cet argument confonde les questions relatives à la *nature* et celle relatives à la *source* des exceptions. En effet, il n'y a rien d'absurde à ce qu'un échec interne de la règle fasse naître une exception véritable. Prenons la règle : « entrée en cuisine interdite sauf au personnel » ; la justification d'arrière-plan de la règle est d'éviter que la cuisine devienne dysfonctionnelle (si tous les clients entrent pour voir ce qui s'y passe, la cuisine ne peut plus fonctionner), c'est cette même justification qui suggère la nécessité de la qualification « sauf au personnel ». Cependant, on pourrait imaginer une situation où le personnel étant en grève, un client est en état de faire fonctionner la cuisine et de rétablir le service ; autoriser le client à entrer en cuisine sera faire une exception à la règle dont la justification sera *exactement* la même que la justification de la règle. À l'inverse, un échec externe peut tout à fait entraîner une qualification et non une exception (telles que Finkelstein les conçoit). Reprenons l'exemple de la fornication (où le « mot juste » existe). La justification de l'interdiction des relations sexuelles est la volonté d'enrayer la luxure dans le royaume ; on peut très bien justifier l'exception (pour les couples mariés) pour d'autres justifications (par exemple le besoin d'assurer un taux de natalité supérieur à zéro), même si cela entraîne des comportements par ailleurs identiques à ceux que l'on prohibe aux fornicateurs.

Finkelstein a cependant tout à fait raison d'insister sur la distinction entre échec interne et échec externe que Schauer n'exploite pas à sa juste valeur. En effet, si ce qui définit la sur-inclusivité d'une règle est exclusivement la référence à la justification d'arrière-plan de la règle, la sur-inclusivité en tant que telle ne peut servir à expliquer la défaisabilité des règles, dès lors que celle-ci est, très souvent, le résultat d'un échec externe des règles. Celui-ci n'est pourtant abordé que de manière quelque peu désinvolte par Schauer – par exemple lorsqu'il définit une règle défaisable « comme sujette à défaite quand son application ne sert pas le but d'arrière-plan (ou la gamme de buts d'arrière-plan présents dans l'environnement de la décision) »¹⁶⁶. Schauer traite alors échec interne et échec externe comme s'il s'agissait d'un même phénomène. Il y a du reste ici une ambiguïté dans l'expression « ne sert pas », qui peut désigner à la fois une situation dans laquelle appliquer la règle au cas ne serait pas d'une grande utilité du point de vue de la justification, et celle où l'application de la règle au cas *desservirait*

165 Finkelstein, 1999, p. 155.

166 Schauer, 1998, p. 237. Schauer emploie « but » là où il emploie ailleurs « justification ».

la justification. Dans lequel de ces deux cas y a-t-il échec interne ? Selon la deuxième hypothèse, l'application de la règle entre en conflit avec l'application de la justification ; il y a là un cas paradigmatique d'échec interne de la règle, dès lors que ce conflit est pris comme prétexte pour défaire la règle, pour la « déenraciner ». En revanche, dans la première hypothèse, je n'ai pas vraiment de raison de ne pas appliquer la règle. Le fait qu'une application de cette dernière n'aide pas vraiment à réaliser le but sous-jacent n'est *prima facie* pas une raison d'un poids suffisant tel qu'il surpasse le poids normatif de la règle. Prenons le cas du chien d'aveugle ; lui appliquer la règle « les chiens sont interdits » n'est pas particulièrement préjudiciable au but sous-jacent de la règle qui est d'éviter les troubles (sauf dans l'hypothèse où le propriétaire du chien fait un esclandre, naturellement) ; on n'a pas ici de conflit entre l'application de la règle et sa justification. Pourquoi est-on tenté de faire une exception pour le chien ? On est tenté de le faire précisément parce que la règle est sur-inclusive au regard d'une autre justification que sa propre justification d'arrière-plan, par exemple le respect dû aux aveugles. De même, si on reprend l'exemple de la règle sur les véhicules dans le parc, c'est faire une exception pour les ambulances qui est contradictoire avec la justification d'arrière-plan de la règle, puisque les ambulances, toutes sirènes hurlantes, sont au moins aussi susceptibles de troubler la tranquillité publique – qui constitue la justification d'arrière-plan de la règle – que les véhicules normaux¹⁶⁷.

III. RAZ, LES RAISONS EXCLUSIVES ET L'AUTORITÉ DU DROIT

Il dépasserait certainement le cadre du présent travail d'étudier en détail la théorie de l'autorité du droit de Joseph Raz, dont certains aspects sont néanmoins utiles à une problématisation de la défausabilité des règles.

A. Règles et raisons exclusives

Dans *Practical Reason and Norms*, Raz analyse les règles (et plus largement les normes) comme des raisons exclusives (*exclusionary reasons*)¹⁶⁸. Le concept razien de raison pour l'action consiste dans une triade réunissant faits, personnes et actions. Un certain fait fournit à une certaine personne une raison de ϕ ¹⁶⁹. Le fait qu'il pleuve constitue pour moi une raison de prendre un parapluie. Dans un système de raisons de premier ordre (voir *infra* pour la définition), il n'y a pas de normes à proprement parler mais des raisons *pro tanto* de ϕ ou de *non- ϕ* . Le caractère normatif des raisons implique

167 Jorge Luis Rodríguez (Rodríguez, 2012, p. 96) a également insisté sur la distinction entre échec interne et externe, mais souligne que lorsque l'on cesse de considérer les règles séparément et qu'on les envisage au sein du système juridique complexe dont elles font partie, il devient parfois difficile de distinguer quelle est la justification d'arrière-plan de telle règle et non de telle autre.

168 Raz, 1999, p. 58 *sq.*

169 Raz, 1999, p. 16 *sq.*

que si j'ai une raison de ϕ , et que cette raison de ϕ n'est pas défaite par aucune raison, alors je *dois* (au moins *prima facie*) ϕ .

Toujours est-il que seul un fait peut être une raison pour l'action. Une raison sera ainsi formulée au moyen de la notation $R(\phi)p,x$: le fait que p est le cas est pour x une raison de ϕ . De telles raisons peuvent entrer en conflit¹⁷⁰, par exemple lorsque l'on a $R(\phi)p,x$ et $R(\sim\phi)p,x$; dans ce cas, le conflit sera résolu si et seulement si l'une des raisons est plus forte que l'autre. La détermination de la résolution du conflit se fait, classiquement, au moyen d'une pesée des raisons dont le résultat dépend des situations particulière.

Les raisons pour l'action telles qu'on vient de les décrire rapidement, et qu'on peut appeler raisons de premier ordre, ne constituent pas le seul type de raison. Existente également des raisons de second ordre, qui portent non pas sur des actions, mais sur d'autres raisons. Ce ne sont pas des raisons d'agir, mais des raisons d'agir, ou de s'abstenir d'agir, *pour une raison*¹⁷¹. Lorsque je dis à ma fille : « obéis à ta mère », je ne lui donne pas une raison de faire quelque chose en particulier (manger sa purée, prendre son bain, aller se coucher...), mais je lui donne une raison de prendre les injonctions de sa mère comme des raisons pour son action (des raisons de prendre son bain, etc.). Ma propre injonction ne lui donne pas une raison d'agir, mais une raison d'agir pour une raison.

Le cas intéressant de raison de second ordre est celui où l'on a non pas une raison d'agir pour une raison, mais une raison d'écarter des raisons qui s'appliqueraient normalement à notre action – par exemple, si je dis à ma fille : « désobéis à ta mère », celle-ci a une raison d'écarter un certain nombre de raisons pour son action, *i.e.* celles résultant des injonctions de sa mère. Raz nomme une telle raison *raison exclusive*¹⁷². Lorsque p est une raison de premier ordre de ϕ et que q est une raison exclusive de ne pas agir selon p , alors nous avons un conflit entre une raison de premier ordre et une raison exclusive. Ce conflit n'est pas équivalent à un conflit de raisons de premier ordre, il ne peut être résolu au moyen d'une pesée des raisons, puisqu'une telle pesée reviendrait à comparer des pommes et des oranges. En effet q n'est pas une raison exclusive de non- ϕ ; c'est une raison qui a pour seule fonction d'exclure des raisons. En réalité la fonction des raisons exclusives est *d'exclure* la pesée des raisons elles-mêmes : étant donné une raison exclusive, il n'est plus possible de prendre en compte les raisons qui ont été exclues.

En excluant les raisons de premier ordre, les raisons exclusives empêchent toute pesée des raisons exclues. Autrement dit, si on a une raison exclusive de ne pas tenir compte d'une raison, on ne peut pas prendre en compte cette dernière au moment de prendre une décision relative à notre action. Il en résulte que si j'ai une raison exclusive d'écarter une raison de ϕ , cette raison exclusive ne peut pas être défaite par la raison qu'elle exclut. Une raison exclusive qui ne fait pas son travail, *i.e.* qui n'exclut pas une

170 Raz, 1999, p. 25.

171 Raz, 1999, p. 39.

172 Raz, 1999, pp. 39-40.

raison, n'est pas une raison de second ordre et n'est donc pas une raison du tout¹⁷³. Il faut remarquer cependant qu'une raison exclusive peut être défaite par une autre raison de second ordre¹⁷⁴.

A partir de ces définitions, on peut définir les règles, et les normes de manière générale, comme des raisons exclusives, ou plutôt comme une double raison réunissant une raison de premier ordre de ϕ et une raison exclusive ayant pour fonction d'écarter toutes les raisons conflictuelles à la raison de premier ordre de ϕ ¹⁷⁵. Une telle double raison, Raz l'appelle dans ses écrits ultérieurs une raison *protégée*¹⁷⁶. Une règle en tant que telle n'est pas une raison, mais le *fait* qu'il y ait une règle, par exemple qu'une autorité ait énoncé une règle, est une raison protégée de ϕ . Par conséquent, la fonction d'une règle est non seulement de donner à l'agent une raison de faire ce que la règle prescrit, *i.e.* une raison de ϕ , mais aussi d'écarter toutes les raisons qui pourraient entrer en conflit avec elle, *i.e.* les raisons de non- ϕ . La force normative de la règle ne provient donc pas de ce que la raison de premier ordre pour l'action qu'elle fait naître surpasse d'autres raisons pour l'action de premier ordre ; au contraire, cette raison défait toutes les autres raisons, y compris et surtout celles qui pourraient être plus fortes que la raison de ϕ occasionnée par la règle¹⁷⁷. Si, habitant dans une contrée habituellement pluvieuse, je me donne comme règle de *toujours* prendre un parapluie avec moi en sortant, alors cette règle exclut toute raison de ne pas prendre un parapluie, y compris lorsque cette raison est plus forte que la raison que j'aurais de prendre un parapluie s'il n'y avait pas une telle règle – par exemple, lorsque je sais qu'il ne va pas pleuvoir.

Si l'existence d'une règle fournit une raison protégée pour l'action, alors la règle est indéfaisable sur le fondement des raisons de premier ordre¹⁷⁸. Seule une autre norme peut éventuellement défaire cette règle. Ici, il faut distinguer les conflits entre une règle et une raison exclue par la règle, et les conflits entre raisons qui sont à l'arrière-plan de la règle elle-même. En effet, une règle est généralement adoptée pour une raison¹⁷⁹ ; on peut bien entendu concevoir des règles totalement arbitraires (j'ai adopté comme règle de me gratter furieusement la tête tous les jours entre 16h49 et 16h52), cependant une règle est généralement adoptée pour faire un « travail » particulier¹⁸⁰. Une règle nous permet de résoudre des conflits de raisons de premier ordre, ou, plus précisément, de les trancher de telle manière qu'on n'ait plus à résoudre des

173 Voir là-dessus, Raz, 1999, p. 190.

174 Raz, 1999, p. 47.

175 Raz, 1999, pp. 58-59.

176 Voir le Postscript de *Practical Reason and Norms* (Raz, 1999, p. 191) et Raz, 2009a, p. 18. Cependant, Raz affirme que toutes les normes ne sont pas des raisons protégées, mais que certaines sont de pures raisons exclusives (par exemple, lorsque j'ordonne à ma fille de ne pas tenir compte des ordres de sa mère). Voir Raz, p. 77.

177 Voir Raz, 1989,

178 Voir, pour un commentaire éclairant, Rodenas, 2001, p. 70.

179 Particulièrement les règles émises par des autorités. Voir Raz, 1999, p. 191.

180 Ainsi les règles indicatives, les *rules of thumb*, sont bien des raisons exclusives (contrairement à l'image qu'on en a donné plus haut), mais qui ont pour fonction de nous faire économiser du temps (Raz, 1999, p. 59, *sq.*). Voir aussi Raz, 1989, p. 1186.

conflits similaires à l'avenir¹⁸¹. De fait, « les règles sont, pour parler métaphoriquement, l'expression de compromis ou de jugements au sujet du résultat des conflits »¹⁸². Cependant, ce compromis peut être instable, et d'autres raisons peuvent entrer en ligne de compte. De fait, ces raisons ne peuvent concerner *tous* les cas entrant dans le scope de la règle, puisque, lorsque c'est le cas, le compromis initial est intégralement détruit. Prenons un exemple : de manière générale, nous avons des raisons de mentir et des raisons de ne pas mentir. Afin de ne pas avoir à chaque fois à peser les raisons, on va essayer de trouver une position raisonnable, un compromis, selon lequel de manière générale il vaut mieux éviter de mentir. La règle qu'on en tire a vocation à s'appliquer à tous les cas où il serait possible de mentir ; seulement il se peut que, dans certains de ces cas, d'autres raisons de ne pas mentir s'appliquent, qui mettent en danger le compromis initial. Par exemple, lorsque mentir peut permettre de sauver une vie, on a une raison présomptivement très forte de ne pas mentir. La manière pour la règle de prendre en compte cette raison est, *ab initio*, de la circonscrire au moyen d'une exception¹⁸³ (qui prendra, par exemple forme d'une permission exclusive¹⁸⁴) : mais seules des raisons autres que celles qui ont fait l'objet de la pesée initiale peuvent éventuellement défaire la règle.

Si les exceptions aux règles existent parce qu'à l'arrière-plan de la règle se trouvent des raisons conflictuelles, la règle, comme ses exceptions, sont des raisons exclusives. De fait, si on passe du moment de l'adoption d'une règle à celui de la décision à partir d'une règle, alors lorsqu'une règle (*i.e.* une raison protégée) entre en conflit avec une raison de premier ordre, elle gagne nécessairement tout conflit. Comme l'écrit Raz, « puisque les règles ne peuvent fonctionner comme règles que si on les prend pour raisons de son action et si on évite d'essayer de se conformer aux raisons sous-jacentes, toute règle est une raison exclusive »¹⁸⁵. Si elle gagne tout conflit avec une raison de premier ordre, ce n'est pas parce qu'elle est de poids supérieur, dans la mesure où il est impossible d'effectuer une pesée entre une raison protégée (qui comprend une raison exclusive) et une raison de premier ordre ; la règle gagne le conflit, parce qu'elle revêt une fonction particulière au sein du raisonnement, qui est précisément d'exclure les raisons entrant en conflit avec elles¹⁸⁶. Je peux certes avoir une raison R assez puissante d'écarter la règle elle-même ; mais cette raison ne sera, par définition, pas une raison de premier ordre. Si R gagne le conflit, ce n'est pas parce que

181 Raz, 1999, p. 187.

182 Raz, *ibid.*

183 A plusieurs reprises, Raz insiste sur le fait que les exceptions s'entendent au sujet des règles (particulièrement des règles émises par une autorité) et non au sujet des raisons elles-mêmes : en effet, une raison (de premier ordre) surpasse ou défait une autre raison, mais ne crée pas une exception à cette raison. Une raison est un *fait* (le fait qu'il pleuve est une raison pour prendre mon parapluie) ; le surassement ou la défaite d'une raison par une autre implique une relation de poids entre ces deux raisons, et non la restriction du scope de l'une d'entre elles. (Voir Raz, 1989, pp. 1154-1155).

184 Les normes permissives sont en effet également des raisons protégées (voir Raz, 1999, p. 89).

185 Raz, 1999, p. 194.

186 On résume ici l'argumentation beaucoup plus détaillée offerte dans Raz, 1999, p. 73.

cette raison R de ϕ est plus forte que la règle, rendant obligatoire de non- ϕ , mais c'est parce que R elle-même sera une raison exclusive.

B. La revendication du droit à l'autorité légitime

Jusqu'ici nous avons envisagé les normes en général, et les règles en particulier, eu égard au rôle qu'elles jouent dans le raisonnement pratique. Une règle ne peut fonctionner comme règle que si on la prend pour une raison protégée pour son action. Mais on peut tout à fait avoir tort de croire que cette règle fournit une raison *valide* pour mon action. Toute raison pour l'action n'est pas nécessairement une raison valide. Ici, la question cesse de porter sur la manière dont les règles affectent la décision, mais sur les raisons que nous avons de considérer des règles comme raisons pour notre action. C'est ce constat qui fournit le cadre du problème de la normativité juridique. La thèse célèbre de Raz, est qu'il n'y a pas de rupture de continuité entre la normativité morale et la normativité juridique – on a déjà abordé cette thèse lors de notre examen des énoncés désengagés dans le premier chapitre. Mais cela ne veut nullement dire que l'on a toujours une raison morale d'obéir au droit.

On peut commencer par envisager les règles juridiques prises séparément. On a vu que selon Raz, l'énoncé interne : « tu dois payer tes impôts » est un énoncé engagé pleinement moral. Si une règle juridique me donne une raison (protégée¹⁸⁷) *valide* de payer mes impôts, alors je *dois* payer mes impôts. Ce « devoir » est un devoir moral de part en part. Il ne fait aucun sens – sauf à se contredire, ou à employer « devoir » à chaque fois d'une manière différente – de dire : « tu dois payer tes impôts, mais moralement tu dois ne pas les payer ». Ici, on se heurte rapidement au problème suivant : pourquoi devrait-on supposer que les règles juridiques sont des raisons valides pour l'action ? Pourquoi devrait-on supposer qu'elles sont normatives ?

La réponse de Raz est célèbre, elle repose sur une théorie élaborée et complexe de l'autorité du droit. Le nœud de l'argument est le suivant : le droit possède non seulement une autorité *de facto*, mais revendique également une autorité (moralement) légitime. Ces deux aspects du droit ne sont pas distincts, mais sont nécessairement liés : en effet ce qui distingue l'autorité d'une forme de pouvoir brut est la revendication à la légitimité. Si quelqu'un ou quelque chose a une autorité sur une autre, alors elle est capable d'avoir une autorité légitime, c'est-à-dire de donner naissance à des raisons valides pour l'action.

Dans *Practical Reason and Norms*, Raz envisage le problème de la normativité du droit sous l'angle de l'existence des systèmes juridiques. Les règles juridiques sont édictées par des autorités, ce faisant elles prétendent à être prises pour des règles au sein du raisonnement pratique. Si une règle dotée d'autorité, ou énoncée par une autorité, ne prétendait même pas à fournir une raison protégée pour l'action, on verrait mal

187 Ici l'important est que la raison soit valide ; qu'elle soit protégée (*i.e.* de premier ordre et exclusive) est supposé par le fait que l'on a affaire à une règle.

ce qui autoriserait encore à parler de règles. Mais s'agit-il d'une raison valide pour l'action ? Ici, la question ne peut pas être posée en termes de validité juridique, sous peine de recevoir une réponse circulaire. – Raz rejette en effet un concept de validité comme pure appartenance à un système juridique, et retient, comme on l'a vu dans le premier chapitre, et plus brièvement dans l'appendice de la première partie, une notion de validité comme force normative ou comme justification. – Selon Raz, la question du fondement de la validité des règles juridiques n'est pas susceptible de trouver une réponse en tant que telle. On n'a aucune raison de supposer que les règles juridiques, ou le droit en général, fournissent toujours des raisons valides pour l'action ; en revanche, il ne peut pas y avoir de système juridique si au moins certaines personnes appartenant à la trame institutionnelle du droit, les *officials* hartiens, *croient* que le droit fournit des raisons valides. Si les organes du système juridique ne croyaient pas que le droit fournit des raisons valides pour l'action, c'est-à-dire si ces dernières ne formulaient jamais des énoncés juridiques pleinement engagés, alors on n'aurait pas de système juridique du tout.

Dès lors que le droit est globalement perçu comme fournissant des raisons protégées valides, il exerce une autorité *de facto* sur ses sujets. Dans les systèmes juridiques normaux (hors cas de révolution, de coup d'Etat ou de réception de normes), le droit exerce une telle autorité¹⁸⁸. Par conséquent, le droit réussit à modifier les raisons qui s'appliquent à ses destinataires, et à créer des raisons protégées pour leur action : « Le droit revêt une autorité effective (...) si ses sujets ou certains d'entre eux regardent son existence comme une raison protégée de s'y conformer »¹⁸⁹.

Raz effectue néanmoins un saut conceptuel important relatif à la définition de l'*autorité*. Lorsqu'on dit qu'un sujet de droit considère l'existence du droit (ou d'une règle juridique) comme une raison protégée, il doit nécessairement croire que cette raison est une raison *valide*. Je ne saurais à la fois être un anarchiste convaincu et reconnaître l'autorité du droit. Cela veut dire que je reconnais que cette autorité n'est pas seulement *de facto* mais *de jure*. Ce faisant, je peux me tromper ; je peux avoir de très mauvaises raisons de considérer certaines raisons comme des raisons justifiées pour l'action. Mais il demeure qu'il ne peut y avoir d'autorité *de facto* sans reconnaissance d'une autorité *de jure*. C'est ce qui distingue l'autorité, comme phénomène normatif, de la contrainte ou du pouvoir brut. Une autorité prétend modifier les raisons qui s'appliquent aux actions de ses agents ; pour ce faire, elle doit faire en sorte que ceux-ci prennent ses directives comme des raisons valides – faute de quoi ils n'auraient aucune raison de s'y conformer. Il faut donc (c'est une nécessité *conceptuelle*) que cette autorité prétende créer des raisons valides pour l'action, et prétende donc être *de jure*. Autrement dit, il n'y a pas d'autorité *de facto* sans prétention ou revendication à l'autorité légitime.

188 Il n'est pas nécessaire que les sujets de droit regardent les règles juridiques comme des raisons protégées pour qu'il y ait système juridique ; mais il se peut, et c'est très souvent le cas, que les sujets reconnaissent l'autorité du droit.

189 Raz, 2009a, p. 29.

Ici il est important de relever que les règles juridiques ne sont pas normatives, pour ainsi dire, en détail¹⁹⁰. Celui qui accepte l'autorité du droit ne se demande pas à chaque directive ou à chaque règle s'il convient de la considérer comme une norme valide. Pour le comprendre, il faut envisager un peu plus précisément la nature de l'autorité légitime à laquelle le droit prétend.

En premier lieu, une autorité prétend donner des raisons *indépendantes du contenu*¹⁹¹. Cette notion, que Raz emprunte à Hart¹⁹², signifie la chose suivante. Lorsqu'une autorité émet une directive quelconque, elle entend fournir une raison pour l'action ; cependant, le fait que cette directive constitue une raison pour mon action est indépendante du contenu de la raison, c'est-à-dire de la nature de l'action pour laquelle cette directive entend fournir une raison. Les directives émises par une autorité ne sont pas suivies en raison du type d'action qu'elles prescrivent, mais parce qu'elles proviennent d'une autorité. Par conséquent, une directive dotée d'autorité me donne une raison de ϕ , y compris lorsque je n'ai pas de raison de ϕ sur le seul fondement de la considération de l'action de ϕ . Les raisons indépendantes du contenu diffèrent donc des autres raisons : lorsque, normalement, je me demande si j'ai une raison de ϕ , la réponse viendra de la considération de ϕ . Je ne peux pas me demander si j'ai une raison de ϕ sans me demander si j'ai une raison de ϕ *plutôt que faire autre chose*, et en particulier plutôt que non- ϕ . En revanche, lorsque je me demande si j'ai une raison de faire ce que le droit requiert de moi, *dès lors que je considère que le droit a autorité sur moi*, la réponse à ma question *ne* pourra *pas* provenir de la considération de l'action qui est requise. – Raz insiste cependant sur le fait que la notion de raison indépendante du contenu trouve à s'appliquer en dehors de tout contexte d'autorité. Une menace efficace est une raison indépendante du contenu, même si elle ne provient pas d'une directive dotée d'autorité¹⁹³. De même si je vous demande de venir m'aider à soulever une table, la raison que vous avez de m'aider tient au fait que je vous l'ai demandé, pas au contenu de la raison.

Il ne faut donc pas confondre la notion de raison indépendante du contenu et celle de raison de second ordre (en particulier de raison exclusive). Une raison indépendante du contenu peut être une raison de premier ordre. La requête de mon ami me demandant de venir l'aider est une raison de premier ordre ; elle n'a pas pour fonction d'exclure d'autres raisons ; mais elle est cependant indépendante du contenu, dans la mesure où la raison que j'ai de venir en aide à mon ami tient au fait qu'il me l'a demandé ; cependant, cette raison indépendante du contenu est susceptible d'être renversée par une raison plus forte. Il en va de même d'une menace, qui ne constitue

190 Voir là-dessus, Wang, 2010a, p. 44.

191 Raz, 1986, p. 35 *sq.*

192 Hart, 1982, p. 254. Sur la notion de raison indépendante du contenu et son intérêt pour la philosophie du droit, voir Green, 1988, p. 36 *sq.* ; Bayón, 1991, p. 544 *sq.* ; Markwick, 2000 ; Sciaraffa, 2009 ; Schauer, 2009, p. 62 ; Gur, 2010) Comme le remarque Noam Gur, dans une optique razienne, les raisons créées par les directives dotées d'autorité ne sont indépendantes du contenu que si l'on dispose au départ de raisons substantielles (et, elles, dépendantes du contenu) d'obéir au droit (Gur, 2010, pp. 180-181).

193 Raz, 1986, p. 36.

pas une raison exclusive, mais une raison très forte de faire ce que celui qui me menace me dit de faire – et cette raison est indépendante du contenu.

Le droit prétend fournir des raisons exclusives indépendantes du contenu. La question n'est pas de savoir si cette prétention est couronnée de succès, mais de savoir ce qui se passe lorsqu'elle est couronnée de succès. Si le droit revendique l'autorité légitime, et que cette revendication soit essentielle au concept de droit, alors il faut se demander ce qu'est une autorité légitime. Raz, de manière célèbre, donne trois caractérisations cumulatives de ce qu'est une autorité légitime¹⁹⁴ : la thèse de la dépendance¹⁹⁵, la thèse de la justification normale¹⁹⁶, et la thèse de la préemption¹⁹⁷.

La première thèse énonce qu'une directive énoncée par une autorité devrait être fondée sur les raisons qui s'appliquent déjà à l'action du sujet, *i.e.* du destinataire de la directive ; une autorité ne peut créer des raisons de toutes pièces, mais elle doit porter sur des raisons que je pourrais prendre en considération, y compris en l'absence de toute autorité. De telles raisons sont dénommées « raisons dépendantes » par Raz. De fait, le scope des raisons dépendantes dépend assez largement du scope de l'autorité elle-même. Si je vais voir mon médecin pour savoir que faire relativement à ma santé, on ne considèrera pas qu'il a autorité pour me dire quel type de musique je dois écouter, sauf si ce choix a une incidence sur ma santé.

La seconde thèse, qui est la plus déterminante, fournit la raison d'être de la première : si la directive dotée d'autorité doit être basée sur des raisons qui s'appliquent déjà à mon action (par exemple, j'ai une raison de prendre un médicament – j'ai mal à la tête – ; mais j'ai une raison de ne pas prendre ce médicament – il pourrait qu'il soit contre-indiqué), c'est pour m'aider à m'y retrouver au sein des raisons qui s'appliquent à mon action. Une autorité est justifiée (c'est la *thèse de la justification normale*) lorsque je suis plus à même de me conformer aux raisons qui s'appliquent à mon action si je suis la directive énoncée par l'autorité que si je cherche moi-même à déterminer comment agir¹⁹⁸.

194 Raz, 1994, p. 198. Dans Raz, 2006, p. 1014, Raz modifie en profondeur les soubassements de la conception de l'autorité comme service. Il retient uniquement la thèse de la justification normale (qui est censée impliquer les deux autres) et ajoute une « condition d'indépendance » qui indique que les matières sur lesquelles porte la thèse de la justification normale doivent être susceptibles d'être soumises à une autorité extérieure. Si l'autorité nous aide à nous conformer à la *raison*, à agir *rationnellement*, alors elle n'a pas son mot à dire là où il n'est pas requis que nous agissions rationnellement : par exemple, lorsque nous choisissons nos amis, nos conjoints, etc. Il y a là un terrain où nous remettre à une autorité ne peut nous être d'aucune utilité.

195 Raz, 1986, p. 42.

196 Raz, 1986, p. 53.

197 Raz, 1986, p. 57.

198 Il y a, selon Raz, deux cas massifs d'autorité justifiée : les cas d'expertise (j'ai plus de chance de guérir si je vais voir un médecin que si je tente de déterminer moi-même, par exemple en lisant divers manuels de médecine, quelle est le remède idoine) et les problèmes de coordination (je n'ai pas de préférence pour rouler à gauche ou à droite – la détermination du sens où l'on roule étant arbitraire –, mais j'ai plus de chances de ne pas avoir un accident si je me conforme à la règle qui veut que je roule à droite que si j'essaie moi-même de savoir s'il convient de rouler à droite ou à gauche). Voir Raz, 1986, pp. 49-53, et plus généralement Raz, 1989, pp. 35-42.

La troisième thèse indique que l'autorité ne doit pas prétendre au moyen d'une directive ajouter des raisons à celles qui existent déjà, mais à remplacer certaines de ces raisons¹⁹⁹. Si j'ai une raison de prendre ce médicament, ce n'est pas le fait que je croie qu'il puisse me guérir, mais c'est que le médecin me l'a recommandé.

Ces trois thèses fournissent ce que Raz appelle la conception de l'autorité comme service. Une autorité est légitime lorsqu'elle prétend faire la médiation entre les personnes et les raisons qui s'appliquent à leur action. Il en résulte que si une autorité est légitime, l'identification de ce qu'elle requiert ne peut se faire sur le fondement de la considération du contenu des raisons qu'elles donne, car la thèse de la justification normale serait prise en défaut. C'est cette thèse qui est centrale et qui explique à la fois que l'autorité préempte les raisons qui s'appliquent à mon action (et, en particulier, exclut les raisons conflictuelles) et que les directives d'autorité soient indépendantes du contenu : on ne peut se conformer à une autorité que l'on croit être légitime si on se met dans le même temps à peser les raisons pour ou contre l'action que l'autorité prescrit. De son côté, une autorité ne peut remplir sa fonction si elle se contente d'énoncer la directive suivante : « faites comme bon vous semble », « faites ce que vous avez une raison de faire ». Une autorité qui laisse au sujet le soin de déterminer les raisons pertinentes pour son action échoue à être une autorité.

Le droit prétend à l'autorité légitime. Il prétend donc fournir des raisons protégées indépendantes du contenu remplissant la fonction que la conception de l'autorité comme service lui assigne. L'une des raisons pour lesquelles cette thèse est importante chez Raz est qu'elle constitue le fondement de son positivisme exclusif²⁰⁰. L'identification de ce qui est de droit dans un système juridique donné est l'identification des raisons que le droit entend donner pour l'action de ses sujets. Or, puisque le droit revendique l'autorité légitime – dont il est généralement supposé, à tort ou à raison, être revêtu –, le droit entend donner des raisons indépendantes du contenu ayant pour fonction de préempter les raisons de l'action des sujets. Par conséquent, pour identifier ce que le droit requiert de moi – que j'estime avoir l'obligation ou non de le faire²⁰¹ –, je ne peux pas me fonder sur les raisons que le droit entend préempter. Sinon le droit ne pourrait pas même *prétendre* effectuer son rôle de médiateur entre les raisons et les personnes. Le droit ne peut préempter des raisons au moyen de directives dotées

199 La notion de préemption ne se confond pas avec celle de raison exclusive (de manière générale, sur les rapports entre raisons exclusives et thèse de l'autorité, voir Marmor, 2001, pp. 66-67). Le caractère exclusif s'attache à une raison ; une raison exclusive exclut d'autres raisons, elle donne donc une raison de ne pas agir pour une raison. En revanche, préempter des raisons est une fonction de l'autorité ou, plutôt, des directives qu'elle émet. Toute règle occasionne une raison exclusive pour l'action ; *mais toute règle n'est pas émise par une autorité*. Lorsque je prends pour règle de courir pendant une heure chaque matin, je ne suis pas une autorité pour moi-même. S'il y a des règles morales (par exemple « tenir ses promesses »), elles donnent naissance à des raisons exclusives, mais ne sont pas émises par des autorités. (Bien entendu, je peux m'en remettre à une autorité morale – mon rabbin, mon confesseur, mon directeur de thèse –, mais la situation d'autorité se surajoute à une situation normative initiale).

200 Voir Raz, 1994, p. 214, *sq.*

201 Ces deux attitudes possibles se traduisent dans deux types d'énoncés distincts : les énoncés engagés et les énoncés désengagés.

d'autorité que si ces dernières ne sont pas identifiables sur le fondement des raisons que le droit préempte. Par conséquent, ce que je dois faire selon le droit ne peut être déterminé par la considération de ce que je dois faire tout bien considéré. Ce que je dois faire tout bien considéré peut naturellement défaire ce que je dois faire selon le droit (en présence d'une règle extrêmement injuste par exemple), mais en aucun cas les deux choses ne sont identiques. Il en résulte que si ce qui est de droit, *i.e.* ce qui est requis par le droit, ne peut être identifié au moyen des raisons dépendantes qui justifient la directive, alors le caractère méritoire ou non d'une règle juridique n'a aucune conséquence sur son caractère de règle juridique.

C. Autorité et défaisabilité

La théorie de l'autorité de Raz a fait l'objet de nombreuses critiques, qui portent tant sur la consistance du concept d'autorité razien que sur le rôle qu'il joue dans la défense du positivisme exclusif. Ces deux questions ne pourront pas être abordées ici, et celle que l'on va se poser est beaucoup plus modeste : l'autorité du droit, telle que Raz la conceptualise, est-elle compatible avec la défaisabilité, dès lors que les règles juridiques *prétendent* fournir des raisons protégées pour l'action ? Cette question porte exclusivement sur la théorie de l'autorité et non sur ses conséquences pour le positivisme juridique ; en effet, comme on va le voir dans la quatrième section de ce chapitre, la défaisabilité des règles juridiques n'est nullement problématique pour le positivisme juridique (qu'il soit inclusif ou exclusif) – la défaisabilité des *critères de validité*²⁰² est certes problématique pour le positivisme exclusif, mais elle est hors de portée de la présente enquête.

Ce n'est pas le positivisme de Raz qui est pertinent ici, mais sa thèse sur l'autorité. Les règles juridiques sont des directives dotées d'autorité. De ce point de vue, elles contraignent la délibération : elles prétendent fournir des raisons protégées pour l'action et si l'on veut savoir ce qu'il faut faire selon le droit, alors on ne peut raisonner sur les raisons que le droit prétend exclure. On peut certes peser les raisons fournies par le droit avec d'autres raisons, mais alors on ne déterminera pas ce que l'on doit faire *selon le droit*, mais ce que l'on doit faire *tout court*.

Par conséquent, il n'est nullement nécessaire que les raisons fournies par le droit soient toujours (et même jamais) des raisons valides (*i.e.* qu'elles correspondent à ce que je dois faire tout bien considéré), mais il faut au moins qu'elles soient tenues pour telles pour qu'elles soient dotées d'autorité ne serait-ce que *de facto*. Or tout système juridique possède une autorité *de facto* et, de ce fait, revendique l'autorité sur ses sujets. Cependant, il revendique une autorité d'un type particulier sur les organes

202 La défaisabilité des critères de validité ne se confond pas avec la texture ouverte de la règle de reconnaissance, telle qu'étudiée par Hart au chapitre VII.4 du *Concept de droit*. Affirmer que les critères de validité sont défaisables revient à affirmer que des règles valides du système juridique peuvent se révéler être invalides pour de pures raisons morales, non fondées sur les sources (voir Waluchow, 2012, p. 264). Il va de soi que le positiviste exclusif nie qu'il en aille ainsi.

chargés d'appliquer ses directives, ne serait-ce que parce qu'il est nécessaire, pour qu'il y ait système juridique, que ces organes *croient* que le droit a une autorité légitime sur eux.

Cette autorité est nécessairement d'un type particulier et elle oblige à préciser l'idée selon laquelle « le droit » revendique l'autorité légitime. Bien entendu, « le droit » ne fait rien de tel ; seules des personnes (morales ou physiques), des institutions, peuvent être des autorités²⁰³. Or il est manifeste que les organes d'application du droit *sont* des autorités²⁰⁴, et revendiquent l'autorité légitime sur les justiciables. Il va de soi que lorsque nous nous en remettons à la décision d'un juge pour trancher notre litige, nous ne nous adressons pas à un simple arbitre ; le scope de son autorité est limité, en particulier par le fait qu'il doit rendre sa réponse *en droit*. Mais il en va naturellement de même du législateur, qui ne peut prétendre modifier l'ensemble des raisons protégées des sujets de droit (par exemple, en raison du fait que les matières législatives sont restreintes par l'article 34 de la Constitution). L'idée selon laquelle le droit valide est identifiable par ses sources, idée qui sert à démontrer, chez Raz, la thèse de l'autorité, suppose une distinction *conceptuelle* nette entre la création de droit (identifiable par une source) et l'application du droit existant²⁰⁵ : si on peut identifier ce qui est de droit par la simple considération de ses sources et sans user de procédés évaluatifs relativement au mérite de telle ou telle règle, alors l'application du droit ne peut être identique à sa création, puisqu'elle suppose un droit déjà là. Mais cette distinction *conceptuelle* ne *saurait* entraîner une stricte répartition des tâches entre deux organes distincts, par exemple le législateur d'un côté et le juge de l'autre²⁰⁶. En réalité, le juge est tout autant juriste que le législateur, il a tout autant vocation à créer du droit – même si, ce faisant, il n'applique *de facto* pas un quelconque droit existant.

203 Une version de l'autorité razienne comme autorité des *personnes* a été mise en avant par Andrei Marmor (voir Marmor, 2001, p. 89 *sq.*).

204 Le problème de l'autorité *entre autorités* a été étudié en détail par Waldron, 2003, spéc. p. 67 *sq.* Waldron souligne que la thèse de la justification normale s'applique mal à l'autorité *entre autorités* dès lors que deux autorités, dont l'une est subordonnée à l'autre, entendent toutes deux émettre des directives préemptant les raisons de leurs destinataires qui sont généralement identiques (les citoyens, les sujets de droit, etc.).

205 Michael Giudice (Giudice, 2008) a soutenu que cette distinction conceptuelle entre création et application était une thèse centrale du positivisme exclusif – ce qu'on ne saurait contester – et pouvait être défendue indépendamment de la thèse de l'autorité, que Giudice ne partage pas. Cet argument n'appelle aucune objection, mais nous envisageons la distinction création/application dans une autre optique, à savoir comme une conséquence de la thèse de l'autorité. En effet, si cette thèse de l'autorité sert, chez Raz, à justifier la thèse des sources, *i.e.* la profession de foi positiviste exclusive, c'est *précisément* qu'elle implique directement la distinction conceptuelle création/application. Alors qu'il est compatible avec la thèse de l'autorité que les juges créent du droit lorsque le droit créé par l'autorité ne fournit aucune réponse au litige (pour une raison ou une autre : indétermination sémantique, conflit de normes non résolu, lacune normative, etc.), est-il compatible avec la thèse de l'autorité que les juges n'appliquent pas une règle valide et applicable et ce faisant, en modifient le scope ?

206 Voir Raz, 2009b, p. 9 : les juges appliquent et créent le droit dans un seul et même mouvement continu – et il est parfois malaisé de distinguer les deux actes. Cela ne veut pas dire que *conceptuellement* ils ne soient pas distincts.

Chez Raz, cette répartition des tâches prend la forme de « pouvoirs dirigés »²⁰⁷. Le droit confère aux cours (principalement aux cours de dernier ressort) le pouvoir de modifier et développer le droit existant, tel qu'il est identifiable par ses sources. Un pouvoir dirigé se définit comme le pouvoir de créer du droit assorti d'une *obligation* de l'utiliser lorsque les circonstances l'exigent, en vue de réaliser certains objectifs²⁰⁸. L'organe ainsi habilité peut ainsi introduire une nouvelle règle, ou modifier une règle existante. Cette notion de « pouvoirs dirigés » est introduite par Raz afin de contrer les objections de Dworkin²⁰⁹, et incidemment du positivisme inclusif²¹⁰, contre le positivisme exclusif. En effet, les règles que le juge introduit dans le système juridique en vertu de ses pouvoirs dirigés ne peuvent être dites appartenir au système juridique *avant* leur introduction par le juge ; elles entraînent donc une *modification* du système juridique. Or il est manifeste que l'usage des pouvoirs dirigés par le juge implique, dans de très nombreux cas, le recours à des considérations morales – recours qui est d'ailleurs exigible de lui en vertu du volet « obligation » des pouvoirs dirigés. Par conséquent, ce que les positivistes inclusifs décrivent comme « l'incorporation » de principes moraux parmi les critères de validité n'est rien d'autre qu'un pouvoir dirigé habitant les juges²¹¹ et, le cas échéant, les obligeant à modifier voire à introduire une nouvelle règle sur le fondement de considérations morales²¹² : mais ce faisant, le juge crée du droit et n'applique pas du droit existant. Ce pouvoir de développement du droit peut même, selon Raz, aller jusqu'à « mettre de côté une règle valide et la remplacer par une autre »²¹³.

207 Raz, 1994, p. 225 *sq.* Voir là-dessus, Marmor, 2001, pp. 67-68.

208 Cette définition se trouve dans Raz, 1994, p. 226.

209 Raz, 1994, pp. 233-234.

210 C'est ainsi que les interprète Giudice, 2008, pp. 98-99 ; Waluchow, 2009, p. 125. Raz a par la suite apporté une autre réponse – que Giudice trouve moins convaincante (voir Giudice, 2008, p. 97 ; voir aussi Coleman, 1998, pp. 402-404) – effectuant une analogie entre l'applicabilité de normes n'appartenant pas au système juridique (par exemple, en cas de conflit de lois en droit international privé) et l'« incorporation » de principes moraux au sein du système juridique : dans aucun des deux cas, selon Raz, les normes ou principes ne sont « incorporés » au sein du système, mais simplement rendus applicables au sein de ce système (voir Raz, 2009b, p. 193-195). – Cette thèse est intéressante, mais elle suppose de distinguer deux cas que Raz ne distingue pas soigneusement (cf. *infra*) : le cas où des règles juridiques validées par leurs sources incorporent des éléments moraux (par exemple : « les contrats immoraux sont invalides ») – on n'a aucune raison de penser que ces règles n'appartiennent pas au système juridique ; le cas où la conformité avec un principe moral est érigé (selon des positivistes inclusifs) en critère suffisant de validité par la règle de reconnaissance – thèse qu'on appellera plus bas « incorporationnisme » *stricto sensu*. Seulement dans ce dernier cas, la thèse de l'applicabilité et non de l'appartenance, des standards moraux appliqués en vertu de ce pseudo-critère de validité est, à mon avis, intéressante – et sans doute exacte.

211 Comme Raz l'écrit dans un article ultérieur, « la soi-disant incorporation de la morale dans le droit n'est rien d'autre qu'une répartition des pouvoirs entre les institutions jurisprudentielles » (Raz, 2009b, p. 196).

212 Giudice et Waluchow (voir note précédant la note précédente) font des pouvoirs dirigés un cadre conceptuel possible pour expliquer les pouvoirs de contrôle de constitutionnalité (de *judicial review*) des juges, ce que Raz confirme implicitement dans Raz, 2009b, p. 196.

213 Raz, 1994, p. 233. Raz ne précise pas ce qu'il entend par « mettre de côté (*reserve*) une règle valide » ; en particulier, il ne précise pas si cette « mise de côté », cette *Aufhebung* pour ainsi dire, affecte la validité de la règle ou uniquement son applicabilité.

La théorie des pouvoirs dirigés est en tant que telle pleinement compatible avec la thèse de l'autorité. L'autorité législative comme l'autorité juridictionnelle font l'objet de pouvoirs dirigés, encore que d'une nature différente. De ce fait, une autorité (e.g. le Parlement) laisse un certain nombre de matières indéterminées ou non complètement déterminées, en laissant à une autre autorité (e.g. la Cour de cassation) le pouvoir de développer le cadre général posé par la première autorité. Comme l'écrit Raz dans l'introduction de son recueil *Between Authority and Interpretation*, « la force préemptive du droit, qui est pour ainsi dire adressée aux sujets du droit, n'affecte pas les institutions juridiques quand elles exercent le pouvoir de modifier le droit »²¹⁴. Il demeure que l'ampleur et le scope des pouvoirs dirigés varient d'un système juridique à l'autre et que la capacité du juge à modifier en profondeur le droit existant dépend de nombreux paramètres, comme l'existence d'une règle stricte du précédent ou, à défaut, d'une coutume judiciaire stable²¹⁵.

Il résulte de la thèse des pouvoirs dirigés que les règles juridiques sont trivialement défaisables, dès lors que les juges sont habilités à modifier le droit²¹⁶. Ainsi, Wil Waluchow, qui ne partage pas l'idée selon laquelle la notion de pouvoirs dirigés serait une arme efficace contre le positivisme inclusif que lui-même adopte²¹⁷, a néanmoins indiqué de quelle manière la notion de pouvoirs dirigés pouvait permettre d'envisager la défaisabilité²¹⁸ des règles dans un cadre positivisto-compatible. Un pouvoir dirigé comporte à la fois une habilitation normative « classique » et une obligation de faire usage de ce pouvoir lorsque les circonstances l'exigent ; or comme l'écrit Waluchow, « parmi ces circonstances, il s'en trouve souvent où il y a des raisons impérieuses (*compelling reasons*) de ne pas appliquer une règle de droit par ailleurs applicable à un cas particulier »²¹⁹. Le scope de ce pouvoir dirigé est évidemment variable selon les systèmes juridiques et suivant l'origine de la règle dont l'application est tenue en échec (un précédent est typiquement davantage défaisable qu'une règle législative). De manière générale, un scope trop large entrera en conflit avec les valeurs de sécurité et de prédictibilité juridiques – ces mêmes valeurs expliquent par ailleurs que le juge ait un devoir moral de ne pas défaire toute règle dont l'application lui paraîtrait moralement

214 Raz, 2009a, p. 8.

215 Raz, 1994, p. 230. Ce point a été repris et développé plus récemment par Raz dans sa théorie de l'interprétation, qui est envisagée comme un outil de développement et de changement graduel du droit (Raz, 2009a, p. 318 *sq.*). Raz écrit ainsi qu'une interprétation « innovante » en tant que tel ne change pas le droit ; ce qui change le droit est la perpétuation de cette interprétation au fil des précédents (Raz, 2009a, p. 320). On reviendra brièvement sur la théorie razienne de l'interprétation dans le dernier chapitre de ce travail.

216 Voir, pour une analyse différente de la nôtre de la défaisabilité chez Raz, Redondo, 1999a, pp. 253-255.

217 Voir Waluchow, 2009, p. 125.

218 Dans l'article « The Inner Logic of Law » où il introduit la notion de pouvoirs dirigés, Raz aborde brièvement la question de la défaisabilité, mais de manière assez énigmatique : ce sont les « doctrines juridiques gouvernant l'usage des pouvoirs dirigés par les cours » qui sont défaisables, et non les règles appliquées par les cours ; la défaisabilité de ces doctrines est due à une erreur dans l'application des règles par ces dernières (Raz, 1994, pp. 235-236). Nous avouons ne pas bien comprendre le sens que Raz donne à « règle défaisable » dans ce contexte.

219 Waluchow, 2012, p. 262.

insatisfaisante. Mais on peut concevoir que, dans certaines circonstances (par exemple d'extrême injustice²²⁰), les juges soient habilités à ne pas appliquer une règle par ailleurs applicable.

L'idée selon laquelle les règles juridiques seraient en toutes circonstances défaisables n'est donc pas incompatible avec la thèse de l'autorité du droit²²¹, mais elle place toute l'autorité *de facto* entre les mains des juges ; de fait, la répartition des tâches entre d'une part le législateur, ou bien le juge lui-même émettant un précédent, c'est-à-dire une règle jurisprudentielle valide et dotée de force obligatoire, et d'autre part le juge comme organe d'application du droit suppose que la revendication à l'autorité soit partagée, et que les premiers revendiquent jusqu'à un certain point une forme d'autorité sur le second ; si les règles dotées d'autorité sont édictées pour fournir ou modifier des raisons protégées, elles ne peuvent donc être défaisables en toutes circonstances – comme l'écrit Waluchow : « Le droit, en fournissant aux juges le pouvoir dirigé de modifier le droit existant de cette manière, ne déclare pas la chasse ouverte à ses propres règles. »²²²

SECTION 4. DÉFAISABILITÉ, DROIT ET MORALE

Jusqu'ici, on a évoqué la compatibilité des règles avec la nature et la fonction de ces dernières, et on a vu que cette compatibilité était restreinte et dépendait pour une bonne part d'arrangements institutionnels contingents, propres à chaque système juridique. Il est néanmoins possible, comme on l'a à plusieurs reprises évoqué en passant, de déplacer le curseur de l'analyse et de le faire porter sur la *nature du droit*²²³.

220 Il convient d'insister ici de nouveau sur le fait que l'extrême injustice affecte éventuellement l'*applicabilité* normative des règles dans *certain*s systèmes juridiques, elle n'affecte pas leur validité. La thèse selon laquelle l'extrême injustice affecte la validité juridique des règles dans *tout* système juridique n'est pas positivisto-compatible, elle est même brandie, de manière célèbre, par Gustav Radbruch comme un argument contre le positivisme juridique. Voir Radbruch, 1994 ; Alexy, 2002b, p. 40 *sq.* Sur Radbruch et son influence dans le débat contemporain, voir Kervegan, 2011, pp. 251-253.

221 Il faut remarquer que les pouvoirs dirigés servent à Waluchow à assurer la compatibilité avec le *positivisme juridique* de la défaisabilité des règles, et non pas spécifiquement avec la thèse de l'autorité. De fait, seule cette dernière nous intéresse ici ; on reviendra plus bas sur le problème de la compatibilité avec le positivisme juridique.

222 Waluchow, 2012, p. 262.

223 On suppose ici, pour les besoins de l'analyse, que le droit a comme une nature. La prudence nous contraint à ne pas même effleurer un débat qui fait rage à ce sujet dans la théorie du droit contemporaine à la suite, en particulier, des thèses fortement essentialistes de Raz à ce sujet (voir Raz, 2009b, p. 27 *sq.*). Dans un camp, on trouve des penseurs essentiellement d'obédience raziennne (Julie Dickson, Scott Shapiro, Andrei Marmor, Ken Ehrenberg, Leslie Green...), dans l'autre, des contestataires d'obédience variée (Brian Leiter, Dennis Patterson, Brian Tamanaha et, de manière beaucoup moins radicale, Frederick Schauer...). De fait, nous n'envisageons les problèmes que la défaisabilité pose pour une théorie de la « nature du droit » qu'afin de les distinguer de ceux qu'elle pose à la nature des *règles*, sans aucun parti-pris essentialiste ou anti-essentialiste...

Si la défaisabilité des règles juridiques est un trait de la nature du droit, quoi qu'il en aille de la fonction propre que les règles revêtent, alors la défaisabilité ne peut plus être conditionnée à la configuration contingente des systèmes juridiques. Est-il nécessaire au droit que ses règles soient défaisables ?

Les théories défaisabilistes selon lesquelles les règles juridiques sont nécessairement défaisables ne peuvent pas arguer de ce qu'elles sont moralement défaisables, ce qui est une évidence que personne ne nie ; elles doivent montrer que « l'arrière-plan normatif » des règles appartient au système juridique, et, par conséquent, que la défaisabilité ne correspond pas à une lacune axiologique. Il en résulte nécessairement une thèse beaucoup plus robuste sur la nature du droit.

I. DÉFAISABILITÉ ET POSITIVISME JURIDIQUE

On peut commencer par se demander si le défaisabilisme, à supposer qu'il s'agisse d'une position théorique exacte, entraîne un défi pour le positivisme juridique²²⁴. Par positivisme juridique, on entend la thèse simple suivante : la validité d'une règle de droit dépend de ses sources et non de son (seul) mérite²²⁵. Autrement dit, l'identification des règles appartenant à un système juridique donné repose sur la considération des sources (formelles et matérielles, primaires et secondaires) de ce système et non sur des considérations axiologiques, que celles-ci soient formulées en termes de conformité à des principes moraux, d'efficacité économique, ou d'autres critères encore²²⁶. Comme on va le montrer, une thèse robuste de la défaisabilité des

224 Juan Antonio García Amado (dans García Amado, 2010) a analysé en détail les rapports entre défaisabilité et positivisme juridique. Cependant, il donne de ce dernier une image légèrement déformée, de sorte que le positivisme apparaît sous sa plume comme une doctrine normative (à l'image du positivisme normatif ou éthique de Tom Campbell, Gerald Postema ou Jeremy Waldron), caractérisée par une méfiance à l'endroit des thèses robustes de l'objectivité morale (voir là-dessus García Amado, 2010, p. 183). Un tel positivisme est naturellement peu compatible avec la thèse selon laquelle les règles juridiques *devraient* être défaisables. Or, non seulement le positivisme juridique n'entraîne pas nécessairement les postulats normatifs que García Amado en tire, mais la question que l'on se pose dans ce chapitre, et qui, à notre avis, se pose au moins *prima facie* au positivisme juridique, est, comme on l'a indiqué, uniquement conceptuelle. De fait, García Amado théorise davantage la compatibilité du positivisme éthique avec la défaisabilité morale du droit, que le problème posé par la défaisabilité juridique des règles (si elle existe) au positivisme juridique analytique.

225 C'est la formulation retenue par Gardner, 2001, p. 201. On en trouve la formulation classique chez Austin (Austin, 1995, p. 157). On en trouve des versions analogues chez la plupart des positivistes, qu'ils soient inclusifs ou exclusifs (voir par exemple Hart, 2005, p. 287 ; Raz, 2009a, p. 41 ; Marmor, 2001, p. 50 *sq.* ; Shapiro, 2011, p. 27 *etc.*). Les positivistes « inclusifs » (cf. *infra*) partagent ce postulat, mais y ajoutent la possibilité que le mérite d'une règle soit un critère de validité – tout en reconnaissant que ce critère est prévu par la règle de reconnaissance (la source ultime, en quelque sorte).

226 John Gardner a insisté sur le fait que la thèse positiviste est, *en ce sens*, plus large que la thèse de la « séparation du droit et de la morale » (Gardner, 2001, p. 224). Gardner affirme aussi que sous d'autres aspects la thèse positiviste est plus étroite que la thèse de la séparation, puisqu'elle porte uniquement sur les critères de validité, et n'est nullement incompatible avec la reconnaissance de

règles juridiques est incompatible avec le système juridique, précisément parce qu'elle suppose que les « exceptions implicites » font en quelque sorte partie du droit applicable (et appliqué) par le juge. Cependant, on peut fort bien envisager une thèse moins robuste de la défaisabilité des règles qui est tout à fait compatible avec le positivisme juridique.

A. Défaisabilité, identification et application

Il convient, pour le positiviste, de distinguer deux problèmes. Le premier porte sur la question de savoir si la défaisabilité affecte l'*identification* des règles juridiques au moyen des critères de validité du système juridique considéré ; le second porte sur la question de savoir si le droit peut habiliter les organes d'*application* du droit à défaire les règles, même lorsque le contenu de celles-ci est clairement identifiable, et qu'il n'y a aucun doute sur ce qu'elles requièrent. Le positiviste répond par la négative à la première question, en raison de la nature même du positivisme : les « arrière-plans normatifs » ne font pas partie du droit. Il répond en revanche à la seconde question de manière nuancée, en reconnaissant que le scope de l'habilitation du juge à défaire les règles varie selon les systèmes normatifs et est, de ce fait, contingent, mais qu'il ne peut être si large qu'il entre en conflit avec les présupposés positivistes relatifs à la nature des règles.

1. Les thèses d'A. Marmor

Andrei Marmor souligne ainsi que le positivisme est une thèse sur l'identification du droit en vigueur dans un système juridique à un moment donné, et non une thèse sur la manière dont les juges appliquent ou devraient appliquer les règles de droit²²⁷. Ce constat amène Marmor à mettre en avant deux arguments (partiellement

connexions nécessaires entre le droit et la morale, dès lors que celles-ci n'affectent pas la validité des règles juridiques.

- 227 Marmor, 2001, pp. 79-80 ; Marmor, 2005, p. 104. L'argument de Marmor contre le défaisabilisme prend place dans un cadre argumentatif plus général, visant à démontrer que l'application du droit n'est pas toujours médiée par son « interprétation » (on reviendra sur les thèses de Marmor en matière d'interprétation dans le dernier chapitre). Marmor prend en effet au sérieux l'objection fullerienne (Fuller, 1958, p. 662-663) selon laquelle la détermination du but de la règle fait partie de l'attribution de la signification même de l'énoncé qui la formule. Par conséquent, Marmor discute avant tout de la défaisabilité des règles comme d'une thèse *sémantique*, d'où la nécessité de distinguer les questions d'interprétation et d'application. Un défaisabiliste tel que Fernando Atria aura beau jeu de répondre que la thèse de Fuller, sous couvert d'une thèse extravagante de la *signification*, porte précisément sur l'*application* des règles, dont la *correction* nécessite toujours la considération des finalités qui peuvent lui être raisonnablement attribuées (Atria, 2001, p. 107 *sq.*) ; c'est pourquoi la réponse de Marmor manque sa cible, puisque personne ne conteste que la défaisabilité soit un problème d'application et non d'interprétation. – Dans le présent développement, on tente ici d'extraire les thèses de Marmor de leur cadre (anti-)interprétatif, et de les faire porter sur l'*identification* des règles juridiques en général. Pour un commentaire plus large de l'anti-défaisabilisme de Marmor, on renvoie à Ratti, 2008, qui, malheureusement ne prend pas en compte certains arguments avancés par Marmor dans *Positive Law and Objective Values* (cf. *infra*).

incompatibles) contre le défaisabilisme. Le premier argument, développé dans le chapitre 7 de *Interpretation and Legal Theory*²²⁸ en réaction aux thèses de Lon Fuller (cf. prochain chapitre) et de Michael Moore²²⁹ est le suivant : la thèse positiviste indique que si un juge veut *identifier* le droit et l'appliquer il n'a qu'à considérer les sources de droit du système juridique auquel il appartient. Or le fait que l'on indique que les règles *sont défaisables* suppose qu'il est possible de les identifier indépendamment de toute considération évaluative, tirée, par exemple, du but assigné à la règle par le législateur ou, contrefactuellement, par un législateur idéalement raisonnable. La défaisabilité des règles juridiques n'intervient donc pas au stade de l'identification du droit, mais au stade de l'application des règles. Le défaisabilisme s'entend comme la thèse selon laquelle le juge devrait, une fois le droit dûment identifié, s'abstenir de l'appliquer lorsque cela entraînerait un résultat moralement difficile. Pour cette raison, le défaisabilisme est une thèse normative (d'ailleurs contestable d'un point de vue moral), mais qui n'ébranle nullement les postulats du positivisme juridique. On en trouve un écho dans la citation suivante de Raz : « De ce que la question “comment, tout bien considéré, les cours devraient décider le cas ?” est une question morale, il ne suit pas que la question “comment, selon le droit, les cas devraient être décidés” est une question morale »²³⁰.

En tant que tel, cet argument est trop radical dès lors qu'il fait de la défaisabilité des règles un pur problème moral. C'est pourquoi dans un texte ultérieur, *Positive Law and Objective Values*²³¹, Marmor maintient la distinction entre identification et application du droit, mais envisage cette dernière non plus sous l'angle de ce que les juges *devraient* faire dans un cas moralement récalcitrant, mais ce qu'ils *feront* dans un tel cas. Par conséquent, la question posée par la défaisabilité est une question de prévisibilité de la décision juridictionnelle. Le fait que l'application du droit soit incertaine, eu égard à la marge d'appréciation que le droit laisse aux juges, n'implique pas que le droit lui-même le soit – naturellement, il peut l'être, en particulier pour des raisons d'indétermination sémantique, mais, par hypothèse, ce n'est pas le cas ici. Du point de vue des praticiens du droit – *e.g.* l'avocat qui conseille son client –, le droit peut paraître incertain, *même lorsque ce qu'il requiert est très clair* ; c'est une « particularité du droit, qui naît du fait que les juges ont typiquement le pouvoir de changer le droit, et de le réviser de multiples façons »²³². De fait, on retrouve ici la théorie des pouvoirs dirigés de Raz : si les juges sont habilités à mettre de côté dans certaines circonstances

228 Marmor, 2005, p. 105. La première édition de cet ouvrage date de 1994.

229 Moore, 1981, p. 277 *sq.* La thèse de Moore est également une thèse sur l'interprétation : Moore soutient une thèse « fullérienne » selon laquelle l'interprétation littérale d'un texte normatif ne peut être le seul critère de correction de l'application du droit, dès lors que cette application entraîne nécessairement des effets moralement indésirables. Extraite d'un cadre strictement interprétatif, cette thèse implique une défaisabilité nécessaire des règles juridiques (entendues comme résultat de l'interprétation littérale des énoncés normatifs), dès lors que, selon Moore, il est impossible de régler à l'avance l'ensemble des cas où l'application de la règle sera moralement difficile (Moore, 1981, p. 280).

230 Raz, 1994, p. 312.

231 Marmor, 2001, pp. 79-80.

232 Marmor, 2001, *Ibid.*

l'application d'une règle, alors, de fait, la question de ce que les juges vont faire est partiellement distincte de la question du contenu du droit applicable. Comme l'écrit Raz : « Bien souvent, les cours ont le pouvoir discrétionnaire de modifier des règles juridiques ou de faire des exceptions à leur application. »²³³

2. Les thèses de W. Waluchow

Par conséquent, la reconnaissance de ce que les règles juridiques sont défaisables n'est nullement incompatible avec le positivisme juridique²³⁴, c'est-à-dire avec la thèse selon laquelle l'identification du contenu du droit en vigueur se fait par la considération des sources, dès lors qu'on en fait une thèse non sur l'identification du droit, mais sur son application. Comme on l'a vu dans l'appendice de la première partie, Waluchow distingue, en partie contre Dworkin (cf. *supra*), la validité des règles de leur « force institutionnelle »²³⁵ : il note ainsi que le positivisme, ne portant que sur la validité, n'est nullement remis en question par le fait que des règles peuvent échouer à déterminer la décision : « Une règle qui ne contribue en rien à une décision particulière peut néanmoins être juridiquement valide et le rester en dépit de son échec à contribuer à la décision. »²³⁶

Dans un article récent déjà mentionné, Waluchow a été amené à reformuler cette thèse dans les termes de la « défaisabilité », devenue entretemps un terme à la mode en théorie du droit. Waluchow note ainsi que la théorie des pouvoirs dirigés de Raz permet aux juges de défaire l'application d'une règle de manière limitée, mais bien réelle. Waluchow distingue ainsi deux types de défaisabilité tout à fait conformes au positivisme juridique. Le premier type est celui où le juge est habilité à modifier la règle lorsque son application entraînerait un résultat extrêmement injuste²³⁷. On peut ainsi concevoir que le législateur, conscient de sa propre incapacité à prévoir l'ensemble des circonstances possibles où la règle serait applicable, délègue au juge une partie de l'écriture, pour ainsi dire de la règle elle-même. Le « standard de défaite », comme dirait Schauer, doit être assez élevé, dès lors que le scope de l'habilitation est restreint²³⁸. Le second type de défaite est celui où la règle demeure inchangée, mais néanmoins inappliquée pour une raison – d'un point de vue razien, les deux cas sont identiques, puisqu'en faisant usage de son pouvoir dirigé, le juge ne change pas directement le droit, mais il le fait au fil des précédents (cf. *supra*).

233 Raz, 1994, p. 319.

234 Comme le note Waluchow (2012, p. 260), cela pose un problème pour le courant normatif, ou prescriptif du positivisme contemporain. On laisse ce point de côté qui nous entraînerait trop loin.

235 Waluchow, 1994, p. 168 *sq.*

236 Waluchow, 1994, p. 170.

237 Waluchow, 2012, p. 262.

238 Scott Shapiro a reformulé cette idée en termes de confiance. Le droit est, selon lui, une forme d'action massivement partagée (*massively shared agency*) qui consiste en un « plan » extrêmement complexe et hiérarchisé. La marge d'appréciation dont disposent les organes chargés d'appliquer le plan sera d'autant plus importante que la confiance qui leur est accordée par les « planificateurs » est grande (voir Shapiro, 2011, 371 *sq.*).

Comme le fait remarquer Waluchow, la défaisabilité des règles de l'un ou l'autre type est tout à fait compatible avec le positivisme, dès lors qu'une règle positive du système habilite le juge à défaire les règles juridiques, dans certaines circonstances – il va de soi que la détermination des circonstances pertinentes ne peut dépendre uniquement, ni même substantiellement, du scope de l'habilitation elle-même, puisqu'on suppose que ces circonstances ne sont pas prévues à l'avance. Cependant, la défaisabilité est partiellement incompatible avec la nature et la fonction des règles. Or le positivisme suppose²³⁹ que le droit est une pratique réglée : comme l'écrit Waluchow, l'idée selon laquelle le juge serait habilité à ne pas appliquer une règle dès qu'elle lui paraît moralement difficile « poserait en effet de graves problèmes aux positivistes qui pensent que le droit est une entreprise gouvernée par des règles. Mais il en irait de même pour *tout* théoricien qui voit le droit de la même manière²⁴⁰ » – et Waluchow de mentionner, comme exemple de théoricien voyant le droit comme une entreprise gouvernée par des règles, Fuller, qui n'est pas un positiviste patenté.

De fait, l'intérêt de disposer de critères d'identification fondés sur les sources est de fournir à la décision un guide suffisamment rigoureux pour que l'on ne doive pas, à chaque fois, évaluer nous-mêmes le mérite de notre action. Si l'ensemble des règles étaient en toute occasion défaisables (et, de ce fait, n'étaient pas *véritablement* des règles), alors l'intérêt d'avoir des règles identifiables par leurs sources ne serait pas démontré. Autrement dit, si les règles étaient en toute occasion défaisables, les aspects du droit que le positivisme tend à mettre en lumière (le caractère conventionnel des critères de validité) seraient réduits à une simple abstraction creuse. Autrement dit, il découle du positivisme, comme théorie sur la nature du droit, une théorie partielle de la nature du rôle des règles dans le processus de décision juridique.

3. Les thèses de J. L. Rodriguez

Jorge Luis Rodriguez a néanmoins soutenu une thèse plus forte. Comme on l'a vu plus haut, Rodriguez est largement sceptique sur la portée heuristique du concept de « défaisabilité », entendu comme impliquant une thèse robuste de l'identification de systèmes normatifs²⁴¹. Selon Rodriguez, si par règles défaisables, on entend règles *ceteris paribus*, ou règles instituant des obligations *prima facie*, alors les règles juridiques ne sont pas défaisables, dès lors que le système juridique ne contient pas la norme qui viendrait défaire la règle²⁴², *i.e.* dès lors que la propriété pertinente qui justifierait une telle défaite n'est pas identifiée par la thèse de pertinence. Les règles juridiques

239 C'est ainsi que le comprend, par exemple, Dworkin (1977, p. 25). Il est notable que le modèle du premier Dworkin est bâti *contre* l'idée de défaisabilité des règles (cf. *infra*).

240 Waluchow, 2012, p. 264.

241 Voir Rodriguez, 2003b, p. 232 ; Rodriguez 2012, p. 101 *sq.* Voir aussi Navarro et Rodriguez, 2000, p. 80 *sq.*

242 Rodriguez envisage également le problème des conflits de normes (Rodriguez, 2003b, p. 234), mais il n'y a selon lui pas lieu d'y voir une marque de la défaisabilité des règles. Rodriguez ne distingue pas entre défaisabilité forte et faible ; une telle distinction permettrait de nuancer le propos.

sont donc, comme règles *juridiques*, indéfaisables²⁴³. En revanche, les règles juridiques peuvent être défaites à l'occasion d'une application particulière, mais une telle défaite ne revient pas à pointer la défaisabilité initiale de la règle. Elle indique davantage que le droit ne comporte pas de règle destinée aux juges leur enjoignant de tenir toute propriété non identifiée par la thèse de la pertinence pour non pertinente. Or selon Rodriguez, le positivisme juridique n'est pas compatible avec une thèse robuste de la défaisabilité des règles juridiques²⁴⁴. En effet, l'idée selon laquelle les règles juridiques comprennent une liste d'exceptions non spécifiables à l'avance implique que la détermination de ce que requiert le droit relativement à tel ou tel cas ne puisse jamais être complète sur le seul fondement des sources. Cependant il est, selon Rodriguez, trivialement compatible avec le positivisme juridique que l'application du droit voie défaire la règle sur la base de considérations *extra-juridiques*. Comme il l'écrit, « si l'on accepte l'idée positiviste que le droit (...) est le résultat d'un ensemble fini d'actes de création normative (...), on peut, au moins d'un point de vue théorique, spécifier chacune des conditions suffisantes pour que survienne les solutions normatives qu'il établit. Que cela soit, en pratique, très délicat, et qu'il ne soit parfois pas même nécessaire de le mettre en œuvre ne veut pas dire que les "exceptions implicites" proviennent de fantasmagoriques "normes implicites" ou "considérations axiologiques" sous-jacentes »²⁴⁵. Le positivisme de Rodriguez est d'ailleurs moins fondé sur des considérations relatives à la nature du droit que sur des considérations relatives à l'identification des systèmes juridiques, mais il repose également sur la distinction entre les problèmes théoriques d'identification du droit, et les problèmes pratiques d'application de ce dernier.

4. Les thèses de C. Redondo

Cristina Redondo a soutenu une thèse légèrement plus complexe. Elle indique que, pour le positivisme juridique, les règles doivent s'entendre comme logiquement indéfaisables, mais non substantiellement défaisables²⁴⁶. Redondo distingue en effet deux types de défaisabilité²⁴⁷, la défaisabilité logique, et la défaisabilité substantielle

243 Voir aussi Rodriguez, 2012, p. 89 *sq.*

244 Rodriguez, 2003a, p. 101 ; 2003b, p. 258.

245 Rodriguez, 2003a, p. 99. De manière générale, Rodriguez souscrit (de même que Redondo cf. *infra*) à une vision très « alchourronienne » de la défaisabilité, qui, chez Alchourrón suppose *toujours* que les exceptions soient *implicites* (cf. *supra*). Cela revient à rabattre la défaisabilité sur la *défaisabilité forte*, aux dépens de ce que l'on a appelé « défaisabilité faible des règles » et « défaisabilité du raisonnement juridique », et en particulier des aspects argumentatifs et procéduraux de cette dernière – et dont le modèle envisagé plus haut repose sur des exceptions explicites. On a expliqué, dans notre critique d'Alchourrón, pourquoi cette théorie était très réductrice. Cependant, étant donné que seule la défaisabilité forte nous intéresse ici, il n'est pas nécessaire de revenir sur ces confusions conceptuelles – on en rappellera quelques-unes plus bas au sujet de Redondo.

246 Redondo, 1999a, p. 265. Le propos de Redondo se veut plus généralement une réponse au particularisme.

247 Redondo, 1999a, pp. 250-251. Voir aussi Redondo, 2005, p. 53 *sq.* Voir Caracciolo, 2005 pour une discussion de ce point. C'est Caracciolo qui caractérise le deuxième type de défaisabilité comme « substantielle » (Redondo parle de défaisabilité du poids normatif ; ou de défaisabilité de la force normative, et ainsi de suite).

(ou défaisabilité de la force normative). Une norme est logiquement défaisable si elle ne respecte pas les règles du *modus ponens*, c'est-à-dire si la réalisation de l'antécédent n'entraîne pas logiquement la dérivation du conséquent, en raison de l'absence de conditions implicites. Lorsqu'une telle condition implicite est absente, on a affaire à une exception. En revanche, une norme est substantiellement défaisable si elle ne vaut que *prima facie*, c'est-à-dire si elle est surpassable par des raisons contraires. Une norme substantiellement défaisable est, selon Redondo, nécessairement logiquement indéfaisable, puisqu'elle suppose que dans les cas où les normes juridiques ne sont pas surpassées en poids par d'autres raisons, la seule réalisation de l'antécédent fournit une condition suffisante pour la dérivation du conséquent. Il est nécessaire qu'une norme soit logiquement indéfaisable pour qu'elle puisse être substantivement défaisable : ce qui défait la norme n'est pas l'absence des conditions « implicites » de dérivation de l'antécédent, mais une *autre* raison incompatible, et de poids normatif plus grand. Pour cela, il est nécessaire que le conséquent de la règle *soit* dérivable. Redondo définit comme norme « authentique » une règle logiquement indéfaisable mais substantiellement défaisable, *i.e.* pouvant éventuellement être surpassée par des raisons plus fortes.

Avant d'envisager les conséquences que Redondo en tire pour le positivisme juridique, soulignons une ambiguïté afférente à la catégorie de « norme logiquement défaisable ». Ce à quoi Redondo semble faire référence, c'est à l'idée de conditionnel défaisable reflétant une relation de conséquence non monotone. Or Redondo est ici prisonnière d'une vision très « alchourrónesque » de cette dernière²⁴⁸. En effet, comme on l'a indiqué plus haut, Alchourrón part du principe que l'ensemble des exceptions (à une règle défaisable) sont implicites – consistent dans une révision d'une expansion implicite d'une théorie initiale. Mais il n'est pas nécessaire qu'il en aille ainsi. Les exceptions peuvent tout à fait être explicitées dans la théorie initiale, sans que le caractère non monotone de l'inférence ne soit remis en cause. Et le fait qu'une inférence non monotone ne respecte pas la règle du *modus ponens* ne veut nullement dire que la réalisation de l'antécédent ne fournisse jamais une condition suffisante pour la dérivation du conséquent. Au contraire, il s'agit d'une inférence par défaut, où la réalisation l'antécédent (plus précisément son instanciation) fournit bien une condition présomptivement suffisante pour la dérivation du conséquent. Redondo confond donc (à la suite d'Alchourrón) la nature des prémisses – *i.e.* la constitution de la théorie initiale – et la nature de l'inférence à partir des prémisses : une inférence par défaut aura typiquement lieu à partir de prémisses explicites²⁴⁹.

Toujours est-il que, selon Redondo, le positivisme juridique suppose que les normes juridiques sont « authentiques », c'est-à-dire logiquement indéfaisables, mais peuvent être néanmoins surpassables par des raisons conflictuelles. C'est la raison pour laquelle Redondo indique que le positivisme, y compris exclusif, ne repose pas

248 Redondo entre en désaccord avec Alchourrón dès lors qu'elle distingue norme logiquement défaisable et norme d'obligation *prima facie* (substantiellement défaisable) – chez Alchourrón, les deux sont *grosso modo* identiques. Cependant, la caractérisation des normes logiquement défaisables est très proche de celle d'Alchourrón.

249 On renvoie là-dessus au quatrième chapitre du présent travail.

nécessairement sur l'hypothèse selon lesquelles les règles fournissent une raison exclusive, puisque le rôle que les raisons jouent dans le raisonnement est conceptuellement distinct du problème de l'identification du droit²⁵⁰. Selon Redondo, si le contenu du droit, c'est-à-dire ce que le droit requiert, peut être identifié immédiatement à partir de ses sources, alors les règles de droit sont logiquement indéfaisables. En effet, le positiviste suppose que si des exceptions ne sont pas identifiables par leurs sources, elles ne font pas partie du système juridique : « Le contenu d'une règle identifiée [par ses sources] ne peut être défait par des raisons qui entrent en conflit avec elle, qu'il s'agisse des raisons qui en constituent la justification ou qu'il s'agisse de raisons indépendantes »²⁵¹. Mais selon Redondo, cela n'emporte aucune conséquence sur la force normative du droit. Le positivisme juridique peut très bien s'accommoder de ce que les normes juridiques ne sont pas des raisons pour l'action²⁵² ; si les règles juridiques sont des raisons pour l'action, alors elles sont nécessairement substantiellement défaisables – mais cela n'est nullement problématique pour le positivisme juridique²⁵³.

La distinction effectuée par Redondo entre défaisabilité logique et défaisabilité substantielle est contestable pour des raisons qui seront évoquées plus loin. Elle permet cependant de fournir un argument pour la compatibilité de la défaisabilité avec le positivisme juridique, *dès lors que la défaisabilité ne constitue pas une thèse sur l'identification du droit*. Cependant, ce que Redondo appelle défaisabilité substantielle, qui caractérise *l'application* des règles de droit, lui permet de soutenir une thèse beaucoup plus souple que celle de Marmor, de Waluchow ou de Rodriguez ; chez ces derniers, la défaisabilité est un trait de l'application des règles qui dépend de l'existence de traits contingents aux systèmes juridiques : par exemple, chez Rodriguez, l'absence d'une règle de pertinence à l'endroit des juges ; chez Waluchow, comme chez Marmor, sur la présence de pouvoirs dirigés razien. Ces traits permettent à ces auteurs de fournir un cadre formel à la défaisabilité *juridique* des règles juridiques, entendue comme une *modification* des règles identifiables au moyen des sources, modification encadrée par le droit lui-même. En revanche, la défaisabilité substantielle des raisons, chez Redondo, est de part en part morale. Si les règles juridiques fournissent des raisons, alors, *comme toute raison*, elles sont surpassables par des raisons de poids supérieur.

250 Redondo, 1999a, p. 255. Cette objection faite à Raz est semble-t-il puissante, puisque si elle est couronnée de succès, il n'est plus possible de fonder la thèse des sources, *i.e.* le positivisme juridique, sur la thèse de l'autorité, comme le fait Raz. Le problème est qu'elle repose sur une distinction très contestable entre défaisabilité logique et substantielle.

251 Redondo, 1999a, p. 268.

252 Redondo, 1999a, pp. 265-266. Selon Redondo, la thèse selon laquelle les règles juridiques sont des raisons objectivement valides pour l'action est incompatible avec le positivisme juridique (sauf à faire de ce dernier un positivisme idéologique qui tendrait à l'irrationalisme). Hélas, Redondo confond la thèse selon laquelle le droit fournit des raisons valides et la thèse selon laquelle le droit *prétend* fournir des raisons valides pour l'action ; cette dernière n'implique nullement l'idée irrationaliste selon laquelle le droit fournirait toujours des raisons valides.

253 Dans Redondo, 2005, p. 60, Redondo est plus ambiguë dès lors qu'elle admet de manière allusive que l'universalisme (*i.e.* la thèse selon laquelle les règles sont logiquement indéfaisables) est compatible à la fois avec le positivisme et l'anti-positivisme.

5. Les thèses de J. C. Bayón

Juan Carlos Bayón a néanmoins soutenu la thèse selon laquelle une thèse plus robuste de la défaisabilité est compatible avec le positivisme juridique. Bayón critique en particulier les thèses de Rodriguez, mais on peut se demander si cette critique touche vraiment son but. Selon Bayón, il est correct d'affirmer que, lorsqu'un juge défait une règle valide et applicable du système, il ne peut justifier sa décision sur le fondement des normes du système²⁵⁴. Cependant il ajoute : « Cette affirmation me paraît pleinement compatible avec l'idée que la norme est défaisable lorsque n'existe pas en relation avec elle une règle de clôture relativement de pertinence. »²⁵⁵ Jusqu'ici, les deux auteurs semblent en parfait accord : la défaisabilité n'affecte pas l'identification des normes (les exceptions implicites ne font pas partie du système juridique) et l'existence d'une règle obligeant les juges à considérer comme non pertinente toute propriété qui n'est pas identifiée comme pertinente (éventuellement à l'issue de l'interprétation) est contingente. Or c'est, semble-t-il, précisément ce qu'affirme Rodriguez. Où passe le désaccord ?

Selon Bayón, une règle défaisable a pour effet de laisser le droit indéterminé²⁵⁶, laissant discrétion au juge pour décider de son application. Une telle règle défaisable peut être décrite comme une règle indicative, une *rule of thumb*. La défaisabilité est alors une *caractéristique* de la règle elle-même, et non de son *application*. Comprise ainsi, la défaisabilité caractérise la règle au moment de son introduction et non de son application : une règle est introduite au sein du système juridique pour être défaisable. Il est certain que les considérations qui défont la règle n'appartiennent pas au système lui-même, mais il demeure que la présence d'exceptions « implicites » est *ab initio* prévue par la règle. Par conséquent, il se peut que les règles juridiques soient logiquement défaisables (au sens de Redondo), *i.e.* que la réalisation de l'antécédent ne conditionne pas de manière suffisante la dérivation du conséquent : pour pouvoir décider si le conséquent, *i.e.* la solution normative, est dérivable ou non il faut procéder à son évaluation.

Selon Bayón, nous n'avons pas affaire à l'équivalent d'un pouvoir dirigé par lequel le juge *change* la règle, puisque la règle ne vaut dès le départ que *prima facie*. Une règle peut donc, selon Bayón, être identifiée comme défaisable sans que les « exceptions implicites » soient pour autant incorporées dans le système juridique. La présence de règles défaisables au sein du système juridique est purement contingente²⁵⁷, et une thèse sur la nature du droit, telle que le positivisme juridique, ne saurait entraîner le caractère nécessaire ou impossible de ce phénomène. – Du reste, l'idée que le droit est partiellement indéterminé est une thèse généralement associée au positivisme juridique.

254 Bayón, 2003b, p. 190.

255 Bayón, *Ibid.*

256 Bayón, 2000, p. 341 ; Bayón, 2003b, p. 195 *sq.*

257 Bayón 2003b, p. 206.

La thèse de Bayón est jusqu'à un certain point utile en ce qu'elle permet d'expliquer pourquoi les règles juridiques peuvent comporter des clauses *ceteris paribus* explicites – par exemple : « sauf circonstances exceptionnelles... ». Lorsque le juge reconnaît une exception à une telle règle, il use bien d'un pouvoir discrétionnaire et mobilise nécessairement des considérations extra-juridiques pour déterminer le caractère exceptionnel ou non des circonstances ; et puisque la règle n'était que *prima facie* applicable, il n'y a pas lieu de penser que le juge la modifie, ce qui est nécessairement le cas dans le modèle de Rodriguez.

B. Clarifications conceptuelles

La controverse entre Bayón et Rodriguez traduit une certaine confusion conceptuelle. Bayón a raison de souligner que l'existence de règles défaisables, identifiables comme telles au moyen de la considération des seules sources du système juridique, n'est pas incompatible avec le positivisme juridique, dès lors qu'elle n'entraîne pas une incorporation des « exceptions implicites » au sein du système juridique lui-même, mais la fait résulter d'une décision discrétionnaire (habilitée) du juge – il va de soi qu'une fois que ces exceptions se cristallisent en précédents, elles deviennent des règles explicites du système.

Cependant, tant Rodriguez que Bayón ou Redondo (tous trois fortement marqués par l'héritage d'Alchourrón) ont tort de faire porter l'enquête sur la structure logique des règles. En effet, on a vu à la fin de la première partie que, dans une règle, ce que l'antécédent conditionne, *i.e.* ce pour quoi il est une condition suffisante, est la dérivabilité conceptuelle de la solution normative²⁵⁸. Dès lors que *x* est un véhicule, alors la règle qui lui interdit de pénétrer dans le parc est conceptuellement applicable. Cela veut dire que l'on n'a pas besoin de prendre en compte d'autres éléments pour pouvoir (conceptuellement) appliquer la règle. Mais il se peut qu'il y ait d'autres règles du système qui bloquent l'application de la règle. C'est la raison pour laquelle les règles juridiques sont généralement explicitement ou implicitement *faiblement* défaisables.

Une règle est faiblement défaisable lorsqu'elle peut recevoir des exceptions explicites, *i.e.* des exceptions provenant de règles du système. Ces exceptions proviennent soit de règles substantielles du système (« si A sauf si C alors B »), soit de règles d'inapplicabilité (« si A alors B » ; « si C, alors "si A alors B" n'est pas applicable »). Les règles et leurs exceptions peuvent être représentées au moyen de défauts semi-normaux ou de défauts normaux prioritaires au moyen de métarègles. Dans cette formalisation, les règles d'applicabilité elles-mêmes ne sont pas représentables, parce qu'on suppose que l'ensemble des défauts (normatifs et non factuels) de la théorie sont

258 On rappelle que par « dérivabilité de la solution normative » on entend la dérivabilité d'une *instance* de la solution normative. Soit la règle : « si *x* est un véhicule, alors *x* est interdit d'entrée », si *a* est un véhicule, alors la conclusion « *a* doit être interdit » est dérivable. Mais cela n'implique pas qu'elle *doive* être dérivée – elle ne doit l'être que s'il existe une norme d'applicabilité normative prescrivant de l'appliquer.

ab initio normativement applicables : par exemple, on ne va introduire dans un système expert que les règles qui sont applicables et non pas, par exemple, des règles qui sont applicables en Arabie Saoudite (sinon on voit mal quel est l'intérêt). Seules les règles d'inapplicabilité (qui peuvent elles-mêmes avoir des exceptions, et ainsi de suite) sont représentables. Lorsque la théorie a une extension unique – ce qui est généralement souhaitable –, alors cette extension comprend la solution normative *conceptuellement* dérivable à partir de l'ensemble des règles (supposées normativement applicables). Le système expert lui-même n'émet pas de norme, il *n'applique* pas la règle : il indique quelle est, sur la base de la théorie, la règle conceptuellement applicable. Ce faisant il détermine l'applicabilité conceptuelle à la fois des règles substantielles et des règles d'inapplicabilité elles-mêmes – et il la détermine au moyen d'une inférence par défaut, c'est-à-dire en l'absence d'informations relatives à l'instanciation de certains antécédents de la théorie de défaut.

La distinction entre défaisabilités forte et faible ne provient pas d'une différence dans la représentation logique, mais concerne, comme on l'a vu l'origine et la pertinence des exceptions-dispositions. Elle provient du fait que les règles d'inapplicabilité (les exceptions-dispositions) qui entrent en jeu n'appartiennent pas au système juridique²⁵⁹ mais à un arrière-plan normatif, à un système axiologique. Mais dans les deux cas, on a la même structure logique, *i.e.* des défauts semi-normaux ou des défauts normaux prioritaires.

On peut admettre, dans une optique positiviste, que les règles soient faiblement défaisables, *i.e.* aient la structure logique de défauts normaux ou semi-normaux, et soutenir (de manière assez irréaliste) que ces règles ne sont cependant pas fortement défaisables, tout simplement en restreignant la théorie de défaut aux règles applicables dans le système et aux règles d'inapplicabilité qui appartiennent au système. Dans cette optique, le juge qui reconnaît une exception « implicite » statue *contra legem* dès lors que la règle n'est pas normativement inapplicable. Cependant, on peut admettre que le juge soit habilité à prendre en considération des règles d'inapplicabilité extra-systémiques. Lorsque c'est le cas, on a affaire exactement à la même opération logique (une inférence par défaut) que dans la défaisabilité faible, mais les défaisateurs sont d'une nature différente, ou plutôt, proviennent d'une origine différente.

Par conséquent, Rodriguez et Redondo ont raison de souligner qu'au stade de l'identification du droit, il n'y a pas d'autre condition suffisante pour la dérivation des solutions normatives que la réalisation de l'antécédent des normes identifiables par leurs sources, mais cela n'empêche nullement que le conditionnel soit défaisable. Comme on l'a vu, l'inférence de A à B est défaisable lorsque A est une condition suffisante de B, mais non-A n'est pas une condition nécessaire de non-B : un conditionnel défaisable n'admet pas le *modus tollens*, et pour cette raison n'admet pas davantage le

259 Comme on l'a vu dans l'appendice (au sujet de la « non-indifférence » de l'applicabilité normative à la validité), il n'est pas nécessaire (ni suffisant) que les règles normativement applicables soient valides, mais il est nécessaire que les normes d'applicabilité soient valides, *i.e.* appartiennent au système juridique.

renforcement de l'antécédent puisqu'il permet l'inférence de A et C à non-B. Or il est tout à fait compatible avec la thèse de la défaisabilité forte des règles de soutenir que A lui-même ne peut être identifié *que* par les sources. En effet, lorsque C survient (par exemple une circonstance si grave qu'il serait immoral d'appliquer la règle), on n'a pas affaire à une règle substantielle (e.g. si A et C alors non-B), mais à une règle d'inapplicabilité : « si C alors "si A alors B" ne doit pas être appliquée ». La règle « si A alors B » est fortement défaite lorsqu'elle est rendue normativement inapplicable par une règle d'inapplicabilité. Que cette règle n'appartient pas au système est une évidence, mais cela n'entraîne aucune conséquence quant à l'identification des propriétés pertinentes de départ : A est toujours une propriété pertinente (de sorte que « si A alors B » est toujours conceptuellement applicable), C est une propriété pertinente d'une règle d'inapplicabilité n'appartenant pas au système juridique.

Il en résulte que Bayón a tort d'indiquer que la défaisabilité des règles entraîne un pouvoir discrétionnaire dans la détermination des propriétés pertinentes des cas – celles-ci demeurent ce qu'elles sont sur le fondement d'une identification simple au moyen des sources. Supposons que nous ayons une règle d'applicabilité du type « la règle r_1 est applicable, sauf en cas de circonstances exceptionnelles ». La détermination des propriétés des circonstances exceptionnelles²⁶⁰, i.e. de ce qui constitue une circonstance exceptionnelle, n'est pas tâche aisée, mais elle consiste dans la détermination des propriétés d'une règle d'inapplicabilité extra-systémique ; elle n'emporte aucune conséquence sur la détermination des propriétés pertinentes des cas régulés règle r_1 , qui demeurent identiques. Si le juge a un pouvoir discrétionnaire (indéniable) dans la détermination de ces propriétés, l'incertitude qui en résulte n'est pas due à la défaisabilité elle-même, mais à la possibilité de *cas-limites* : on voit bien ce qu'est une circonstance exceptionnelle – par exemple une apocalypse nucléaire –, une circonstance normale, mais entre les deux, il y a de nombreux cas-limites. Or la possibilité de cas-limites constitue, comme on verra dans le prochain chapitre, un phénomène distinct de la défaisabilité.

Comment expliquer d'un point de vue positiviste que cette défaisabilité ne soit pas uniquement morale, mais en un sens juridique, de sorte que le juge ne statue pas purement et simplement *contra legem* ? Il y a plusieurs réponses possibles. La première réponse consiste à adopter une posture positiviste inclusive et à indiquer que le droit incorpore des règles morales d'inapplicabilité – i.e. que ces règles peuvent appartenir au système juridique indépendamment de leurs sources. On indiquera dans la prochaine section pourquoi cette piste – indépendamment de la valeur par ailleurs du positivisme inclusif – n'est pas pertinente. La seconde réponse consiste à mobiliser la théorie des pouvoirs dirigés de Raz (cf. *supra*).

260 On a déjà noté que dans « circonstances exceptionnelles », « exceptionnel » s'entend comme « sortant de l'ordinaire » – la qualification de l'ordinaire étant effectuée au moyen de critères factuels et évaluatifs. Exceptionnel ne s'entend pas ici au sens « d'excepté à la règle », puisque l'expression « sauf circonstances exceptionnelles » deviendrait alors purement auto-référentielle (« à l'exception des cas exceptés à la règle »).

Une troisième réponse, que l'on va explorer brièvement, consiste dans les deux observations suivantes. La première est le constat (contingent) de clauses *ceteris paribus explicites* (i.e. « ...sauf circonstances exceptionnelles »). Celles-ci, comme on y a insisté, ne définissent pas des propriétés pertinentes des cas des règles elles-mêmes, mais des propriétés pertinentes de règles d'inapplicabilité extra-systémiques²⁶¹. Dans ce cas, en raison du caractère vague²⁶² ou doté de texture ouverte des « circonstances exceptionnelles », le juge a le pouvoir discrétionnaire de déterminer quelles sont ces propriétés pertinentes, et *de ce fait* a le pouvoir de décider s'il doit l'appliquer ou non (l'applicabilité normative de la règle d'inapplicabilité suppose son applicabilité conceptuelle).

La seconde observation est qu'il est possible de déterminer une métarègle d'applicabilité²⁶³ : « si une règle *r* est normativement applicable dans le système, i.e. s'il existe pour cette règle une règle d'applicabilité prescrivant de l'appliquer, alors elle doit être appliquée »²⁶⁴. Mais rien n'empêche que, dans certains systèmes juridiques (la plupart en fait), cette métarègle comporte une clause *ceteris paribus*, dont le scope sera typiquement restreint : les règles normativement applicables doivent être appliquées sauf si les circonstances sont particulièrement exceptionnelles – en ce qu'elles rendent, dans un cas particulier, l'application de la règle très coûteuse, très immorale ou très dangereuse. Il est nécessaire que ce scope soit restreint²⁶⁵, dès lors que le positivisme suppose que le droit est une pratique réglée par des règles *juridiques*, i.e. que la plupart des règles qui s'appliquent en droit sont des règles identifiables par leurs sources. Si le juge pouvait défaire la règle à chaque fois qu'une circonstance exceptionnelle intervient, alors se poserait la question de l'intérêt de la règle elle-même. Mais ce point découle, comme on l'a vu, moins d'une conséquence du positivisme, que d'une conséquence de la nature des règles.

-
- 261 Il est certes courant que la règle « substantielle » et la norme d'applicabilité soient confondues dans le même énoncé normatif. L'énoncé e_1 : « si *A*, alors *B* sauf si circonstances exceptionnelles » exprime la règle proprement dite r_1 : « si *A* alors *B* est dérivable » et la règle d'applicabilité r_2 : « si *A* alors r_1 doit s'appliquer, sauf en cas de circonstances exceptionnelles ».
- 262 On suit ici Endicott, 2003 : lorsque le droit prescrit d'appliquer des règles morales (en général, pas exclusivement, comme c'est le cas ici, des règles morales d'inapplicabilité), il confère la discrétion à l'organe chargé de l'application en raison du caractère *vague* des prédicats moraux.
- 263 Comme le note à juste titre Atria, l'observation effectuée par Hart selon laquelle « une règle qui se termine par "sauf si..." est toujours une règle » s'avère d'une utilité restreinte quand on remarque que les règles se terminent rarement par « sauf si... » (Atria, 2001, p. 125). D'où la nécessité de fournir une base à la défaisabilité implicite elle-même, c'est-à-dire au fait qu'une règle ne se terminant pas par « sauf si... » est néanmoins défaisable.
- 264 Cette métarègle a un scope à la fois plus large et plus étroit que la règle d'applicabilité *prima facie* découlant de la règle de reconnaissance (voir ci-dessus, appendice à la première partie), puisqu'elle concerne uniquement les règles valides applicables et les règles non valides applicables. Ici, il importe que la règle soit applicable, et non nécessairement qu'elle soit valide. Ainsi la métarègle d'applicabilité est défaisable, y compris pour les règles non valides, e.g. les règles étrangères applicables en raison d'une règle de conflit de lois. L'exception d'ordre public en droit international privé est un exemple classique de défaite de l'applicabilité d'une règle applicable, quoique non valide dans le système juridique (sur l'exception d'ordre public, voir Rémy, 2008, spec. p. 107 sq. et p. 173 sq.).
- 265 Le caractère restreint du scope limite (mais n'élimine) pas la possibilité de cas-limites. « Très exceptionnel » est vague (c'est un cas de vague « extravagant », cf. *infra* prochain chapitre), mais moins vague qu'« exceptionnel ».

Enfin, une quatrième réponse est fournie par une théorie de l'interprétation, que l'on reporte au dernier chapitre de cette thèse.

C. Positivismes inclusif et défaisabilité

Comme on l'a mentionné, il est possible de soutenir qu'une forme « douce » de positivisme, le positivisme inclusif, permet de rendre intelligible, plus que ses rivales, la défaisabilité des règles juridiques.

Le positivisme inclusif s'entend comme la thèse selon laquelle l'identification des règles juridiques ne dépend pas nécessairement des sources, mais peut, de manière contingente, au gré des systèmes juridiques particuliers dépendre de critères moraux de validité juridique. Les positivistes inclusifs maintiennent (contre le premier Dworkin) que ces critères moraux n'existent que pour autant qu'ils sont prévus par la règle de reconnaissance (qui est, pour ainsi dire la source ultime²⁶⁶). La thèse du positivisme inclusif a été défendue par Hart dans le Postscript du *Concept de droit* : « Selon ma théorie, l'existence et le contenu du droit peuvent être identifiés par référence aux sources sociales du droit (notamment la législation, les décisions judiciaires, les coutumes sociales), sans référence à la morale sauf lorsque le droit ainsi identifié a lui-même incorporé des critères moraux pour l'identification du droit. »²⁶⁷ Elle a été également défendue par Jules Coleman²⁶⁸, Wil Waluchow²⁶⁹, Matthew Kramer²⁷⁰, David Lyons²⁷¹, Jose Juan Moreso²⁷², Vittorio Villa²⁷³, entre autres.

Il convient cependant de distinguer deux thèses distinctes. On suit ici Kramer²⁷⁴, qui établit une différence entre positivisme inclusif *stricto sensu* et incorporationnisme, ces deux thèses étant par ailleurs compatibles et le plus souvent combinées dans ce qu'on a coutume d'appeler positivisme inclusif (appellation qui doit alors

266 Scott Shapiro formule cette idée de la manière suivante : « les faits juridiques sont *ultimement* déterminés par des faits sociaux et par eux seuls », ce à quoi il oppose la thèse du positiviste exclusif selon laquelle les faits juridiques sont déterminés (*tout court*) par des faits sociaux et par eux seuls (Shapiro, 2011, p. 269). On peut toutefois marquer une légère insatisfaction au sujet de la catégorie des faits juridiques : selon lui, « un fait juridique est un fait au sujet de l'existence ou bien du contenu d'un système juridique particulier. C'est un fait juridique, par exemple, que la Bulgarie a un système juridique. De même c'est un fait que la loi californienne interdit de conduire à une vitesse supérieure à 65 *miles* par heure » (Shapiro, 2011, p. 26). C'est un fait que mes cheveux poussent, on peut appeler cela un « fait capillaire » si on veut, ça ne fera pas nécessairement avancer la compréhension du phénomène. Le problème est que le concept de fait employé par Shapiro est ontologiquement trop faible pour être heuristique, et pas assez robuste pour pouvoir prêter à controverse. C'est pourquoi on continuera de parler, comme on l'a fait de *règles, de sources et de critères de moralité*.

267 Hart, 2005, p. 287.

268 Coleman, 1998 ; Coleman, 2001a, p. 109-119.

269 Waluchow, 1994.

270 Kramer, 2001 ; Kramer, 2004.

271 Lyons, 1977, p. 418.

272 Moreso, 2000.

273 Villa, 2009.

274 Kramer, 2004, p. 2 ; Kramer, 2009, p. 45.

s'entendre *lato sensu*). Le positivisme inclusif *stricto sensu* stipule que la conformité à un critère moral peut être (dans certains systèmes juridiques) une condition *nécessaire* de la validité juridique : une norme, même validée par ses sources n'est pas valide (dans les systèmes juridiques en question) si elle est inconsistante avec un principe moral spécifié dans la règle de reconnaissance. L'incorporationnisme fait de la conformité d'une règle avec un principe moral une condition *suffisante* de sa validité juridique – même si, par ailleurs, elle n'est validée par aucune source du système. Le simple fait d'être moralement bonne confère à la règle la validité juridique.

Ces deux versions du positivisme inclusif *lato sensu* se heurtent aux objections du positivisme exclusif pour lequel il est nécessaire que le caractère moral d'une règle ne constitue une condition *ni* nécessaire *ni* suffisante de la validité juridique. Il convient de souligner que la controverse entre positivisme inclusif et exclusif n'est pas descriptive mais conceptuelle. Les positivistes exclusifs ne nient pas que les juges ont à de nombreuses reprises recours à des considérations morales lorsqu'ils résolvent les litiges ou se prononcent sur un point de droit ; ils soutiennent que, ce faisant, les juges n'appliquent pas du droit existant, *i.e.* des règles valides au sein du système juridique, mais *créent* du droit.

Ainsi, Raz distingue entre deux aspects du raisonnement juridique : le raisonnement sur le droit, par lequel on détermine, sur le seul fondement des sources, le droit applicable et la manière de l'appliquer ; le raisonnement selon le droit, par lequel on détermine de quelle manière les litiges devraient être réglés. Lorsque les considérations tirées des sources n'épuisent pas la résolution du litige, le raisonnement selon le droit devient un raisonnement purement et simplement moral – mais alors, le juge ne peut plus être dit appliquer du droit existant²⁷⁵.

Les positivistes inclusifs (*lato sensu*) soutiennent, au contraire, que la meilleure façon de faire sens du constat empirique – que les positivistes exclusifs ne contestent pas – selon lequel, dans certains systèmes juridiques, les juges appliquent directement des principes moraux, est de faire de ces derniers des règles juridiques appartenant au système en raison de critères de validité non exclusivement fondés sur les sources –, mais néanmoins prévus par la règle de reconnaissance.

Le positivisme inclusif *lato sensu* est-il à même de rendre compte mieux que son rival de la défaisabilité ? Comme on va le montrer, cette supériorité heuristique est loin d'être avérée²⁷⁶. On peut néanmoins prêter attention aux arguments de Jose

275 Voir Raz, 1994, pp. 316-316.

276 Le présent travail ne prétend pas fournir une évaluation du positivisme inclusif, mais seulement de sa supériorité, eu égard au positivisme exclusif, dans sa manière de rendre intelligible la défaisabilité – il nous semble néanmoins que le positivisme inclusif *stricto sensu* repose sur une confusion entre validité-appartenance et validité-conformité et que l'incorporationnisme repose sur une confusion entre validité et applicabilité comme Raz l'a fait à juste titre remarquer. Voir Raz, 2009b, p. 193 *sq.* ; Coleman, 1998, pp. 404-405 ; voir aussi Dahlman, sur une différence proche entre reconnaissance épistémique et juridictionnelle (Dahlman, 2005). Pour une critique voir – du point de vue du positivisme exclusif – Giudice, 2008, p. 97 ; et – du point de vue de l'incorporationnisme – Kramer, 2009, p. 48 *sq.*

Juan Moreso qui tendent à la conclusion contraire. Moreso distingue soigneusement, à juste titre, les questions d'identification du droit et celles d'application juridictionnelle²⁷⁷ ; et il indique justement qu'une thèse positiviste (exclusive comme inclusive) sur l'identification du droit n'implique pas nécessairement une thèse formaliste selon laquelle le juge appliquerait uniquement des règles juridiques et nécessairement *toutes* les règles juridiques²⁷⁸.

Moreso, pour introduire la thèse selon laquelle le positivisme inclusif permet de mieux capturer la défaisabilité, part d'une observation hélas malencontreuse de Raz²⁷⁹, selon laquelle lorsque le droit fournit, comme condition de validité des contrats, leur moralité (par exemple leur conformité de leur cause aux bonnes mœurs), un contrat ne sera que *prima facie* valide s'il se conforme aux autres conditions (en droit français, consentement, capacité, objet, cause licite²⁸⁰, etc.), mais ne sera conclusivement valide qu'après qu'un juge en aura *discrétionnairement* établi la validité.

Cette observation est malencontreuse lorsqu'on en fait une conséquence du positivisme exclusif de Raz²⁸¹. On peut en effet remarquer que l'invocation de la « validité » du contrat prête à confusion, en raison de la polysémie, déjà relevée au cours de ce travail, du terme « valide ». Un contrat n'est pas une règle juridique « valide » au sens des critères de validité du système juridique (tels que détaillés, *e.g.* dans la règle de reconnaissance) ; « valide » s'entend ici à la fois comme « conforme » (*e.g.* aux règles législatives qui fournissent le régime du contrat) et comme « doté d'effet juridique » (*i.e.* susceptible de voir son exécution ordonnée par une cour). Il ne s'agit pas de la validité au sens de l'appartenance au système juridique, puisque, par hypothèse, les contrats ne sont pas des règles juridiques identifiables par leurs sources²⁸² ; en revanche, la règle selon laquelle les contrats immoraux sont invalides est bien une règle validée par une source (*e.g.* l'article 1133 du Code civil a été créé par une loi promulguée le 17 février 1804).

277 Moreso, 2012a, p. 227.

278 Moreso, 2012a, p. 228.

279 Raz, 2009a, p. 75. C'est également sur cette observation que se fonde (non pour la critiquer, mais pour la reprendre à son compte) Bayón, 2003b, p. 196.

280 Ici le critère de licéité pris en compte est la conformité à la loi, et non aux bonnes mœurs.

281 Dans un travail antérieur, nous avons nous-même soutenu, de manière erronée, qu'il en allait ainsi (Carpentier, 2011, p. 188) : la thèse d'Endicott nous paraît désormais bien plus adéquate. Il est vrai que Raz fait preuve d'une ambiguïté coupable à ce sujet : en effet, il semble bien qu'en affirmant que l'emploi par les règles de concepts moraux laisse un pouvoir discrétionnaire au juge, Raz ait été motivé par la *thèse de l'autorité* qui fonde son positivisme exclusif. Si je vous dis : « fais ce qui est moral », alors je ne peux vous fournir une raison protégée pour l'action, puisque je vous invite à peser vous-même les raisons – de même que lorsque ma femme me demande laquelle de ses robes je lui conseille de porter pour aller à l'opéra, ma réponse « choisis celle que tu préfères » ne saurait fournir une directive dotée d'autorité. Mais la thèse de l'autorité n'entraîne le positivisme exclusif qu'en tant qu'elle *entraîne la thèse des sources* : le droit ne peut être doté de l'autorité qu'il revendique, et dont il est capable, que si, pour déterminer ce que je *dois faire* en droit, je n'ai pas à chercher ce qu'il est meilleur de faire, mais je n'ai qu'à regarder les sources. Mais les règles validées par les sources peuvent fort bien être indéterminées (pour des raisons diverses), ce qui est dommageable pour l'autorité du droit, mais nullement pour la thèse des sources.

282 Waluchow commet la même erreur que Raz et Moreso dans Waluchow, 2012, p. 256.

Moreso remarque à juste titre que la thèse de Raz est trop radicale, dans la mesure où si je signe un contrat par lequel je m'engage à me faire manger par mon co-contractant, il n'y aura pas besoin d'une détermination discrétionnaire du juge pour que la totalité des juristes comme des profanes sachent que le contrat n'est pas valide. En réalité, comme l'a soutenu Endicott²⁸³, si la règle qui conditionne la validité des contrats à leur moralité laisse une grande marge de pouvoir discrétionnaire, c'est que les concepts moraux sont vagues, et sont donc susceptibles de recevoir de nombreux cas-limites (voir prochain chapitre). Ainsi, la règle « tout comportement immoral est passible de dix ans de prison », de même que la règle « quiconque ne repeint pas sa maison en *rose*²⁸⁴ sera puni de 500 euros d'amende » laissent une part de pouvoir discrétionnaire au juge ; mais cela n'a rien à voir avec la thèse des sources, et, plus largement, avec le positivisme juridique.

Il est vrai que Moreso adopte une version beaucoup plus souple de l'incorporationnisme ne portant pas sur les critères de validité, mais sur la référence par des règles juridiques (dûment identifiées par leurs sources) à des concepts moraux. Et, de fait, personne ne nie que les règles juridiques fassent (très fréquemment) usage de concepts moraux. Mais ce n'est pas parce qu'une règle emploie des concepts moraux que l'identification du contenu de la règle suppose de faire usage de considérations morales²⁸⁵ ; le contenu de la règle est tel qu'il est identifié par l'interprétation de la formulation normative promulguée par le législateur. C'est pourquoi il y a une différence de taille entre, d'une part, l'affirmation selon laquelle les règles juridiques font référence à des concepts moraux et, de l'autre, l'idée que des principes, *parce qu'ils sont moraux*, ou si l'on veut parce qu'ils ont un mérite moral sont de ce seul fait valides. D'ailleurs, la règle qui prévoit que les contrats immoraux sont non valides n'est peut-être dotée d'*aucun* mérite moral. Songeons à une règle qui prohiberait les relations sexuelles immorales – Hart a fourni, dans un texte polémique célèbre, des arguments puissants démontrant l'*immoralité* d'une telle règle²⁸⁶.

Toujours est-il que selon Moreso un tel incorporationnisme faible (ou souple) est selon lui la clé de la défaisabilité (qu'il conçoit d'ailleurs comme une défaisabilité explicite²⁸⁷). Lorsque les règles juridiques « incorporent » des concepts moraux, ceux-ci agissent comme des défaisateurs : « si X, Y, Z, alors *x* est un contrat valide, sauf s'il est *immoral* » ; « si X, Y, Z, alors *x* commet un meurtre, sauf s'il agit en état de légitime défense » (X, Y, Z désignant, dans les deux cas, les concepts non moraux employés dans l'antécédent de la règle) – on notera que Moreso fait de tout concept évaluatif (e.g. « légitime défense ») un concept moral. En incorporant de tels défaisateurs, le droit

283 Endicott, 2003, p. 114.

284 Les prédicats de couleurs sont des exemples paradigmatiques de prédicats vagues.

285 Scott Shapiro écrit ainsi : « Le positivisme exclusif ne nie pas qu'il existe des règles de droit qui comportent des concepts moraux (...). Ils soutiennent que ces règles sont des règles parce qu'elles ont un pedigree social [*i.e.* une source] (...) ; mais ils nient que des faits moraux soient responsables de leur existence et de leur contenu » (Shapiro, 2011, pp. 271-272).

286 Voir Hart, 1991.

287 Moreso, 2012a, p. 234.

ne spécifie pas les exceptions, et laisse à l'organe d'application le soin de déterminer les exceptions « implicites » – Moreso reconnaît d'ailleurs que l'usage de tels défaiseurs introduit dans une certaine mesure de l'indétermination²⁸⁸.

Le problème est naturellement que l'incorporationnisme faible de Moreso n'a que très lointainement à voir avec l'incorporationnisme ou le positivisme inclusif *stricto sensu*, tels que définis ci-dessus, dès lors que la thèse qu'il entend réfuter (que l'incorporation des concepts moraux au sein des règles donne au juge un pouvoir discrétionnaire) n'est pas directement dérivable du positivisme exclusif. D'ailleurs, ce n'est pas parce que le droit incorpore des concepts moraux que les critères évaluatifs que je suis en appliquant la règle sont incorporés au droit. En revanche, on peut se demander si le positivisme inclusif *stricto sensu* ou l'incorporationnisme (fort) sont plus aptes que leur rival exclusif à capturer la validité.

Selon le positivisme inclusif, le caractère moral d'une règle est une condition nécessaire de sa validité, que cette condition soit prévue par la règle de reconnaissance, ou par des règles positives relatives à la validité d'autres règles – par exemple, la Constitution. Lorsque la Constitution prévoit qu'une règle instituant un châtiment *cruel* et inhabituel n'est pas valide²⁸⁹, alors, semble-t-il, elle fournit une condition nécessaire de validité des règles juridiques, ou plutôt elle fournit une condition suffisante d'invalidité des règles juridiques²⁹⁰. La défaisabilité pourrait s'expliquer, dans ce cadre, comme l'existence de critères moraux venant invalider une règle valide, dûment identifiée selon ses sources : une règle de droit texan stipulant que les meurtriers seront condamnés au supplice de la roue est invalide (car non conforme au VIII^e amendement de la Constitution américaine qui prévoit un critère moral de validité), bien que validée par ses sources.

Or la défaisabilité ne concerne pas la *validité* des règles juridiques²⁹¹. La défaisabilité affecte l'applicabilité des règles et non leur validité ; que, dans certains systèmes

288 Moreso, 2012a, p. 235.

289 Selon Moreso, cet exemple (tiré du VIII^e amendement de la Constitution américaine) est fonctionnellement équivalent à celui du contrat immoral. On espère que l'argument ci-dessus a montré le contraire.

290 Il semble en effet douteux qu'un critère de validité de *toutes* les règles juridiques (y compris de celles qui n'ont rien à voir avec la fixation des peines) soit le caractère non cruel. C'est pourquoi le positivisme inclusif doit mieux s'entendre comme la thèse selon laquelle l'immoralité d'une règle est une condition *suffisante* de son invalidité.

291 Ferrer Beltran, 2010, spéc. pp. 607-608 ont argué de ce que la défaisabilité en droit était concernait avant tout la validité des règles, ou plutôt de leurs conséquences logiques : une règle est défaisable lorsque certaines de ses conséquences logiques ne sont pas valides dans le système. Selon Waluchow, au contraire, il convient de distinguer la défaisabilité des règles et la défaisabilité des critères de validité (Waluchow, 2012, p. 264). Pour Waluchow, la notion de défaisabilité des critères de validité permet de fournir un pont entre positivisme inclusif et exclusif. Waluchow revient pour ce faire à une notion de défaisabilité comme présomption ou inférence par défaut, analogue à celle que nous avons étudiée dans la seconde partie de ce travail : une règle est présomptivement valide selon ses seules sources, mais devient invalide si elle n'est pas conforme à un principe moral – dans un système juridique où cette conformité fait partie des critères de validité reconnus par la règle de reconnaissance. Cela explique que dans un tel système, on n'ait normalement pas besoin de chercher au-delà des sources pour établir la validité ou l'invalidité des règles. Le positivisme exclusif caractérise

juridiques, les critères de validité juridique soient des critères moraux (à supposer que le positivisme inclusif ait raison) et que, par conséquent, certaines règles *prima facie* juridiques puissent être invalides en raison de leur non-conformité à un principe moral quelconque n'implique nullement que les règles valides soient défaisables. Il y a une différence conceptuelle entre, d'une part, l'affirmation selon laquelle les juges sont habilités à déclarer invalides certaines règles juridiques validées par leur source et, d'autre part, l'affirmation selon laquelle les juges sont habilités à ne pas appliquer une règle par ailleurs valide, et valide y compris selon des critères moraux de validité juridique – en supposant *arguendo* que de tels critères existent. Or qui peut le plus (annuler une règle immorale) ne peut pas nécessairement le moins (faire une exception à une règle valide). En effet, une règle est invalide selon le positiviste inclusif et selon le jus-naturaliste standard (la différence étant que celui-là y voit une contingence empirique rattachable à la configuration des règles de reconnaissance particulières, alors que celui-ci y voit une nécessité conceptuelle) dès lors qu'elle est pour ainsi dire statiquement non conforme avec un principe moral, *i.e.* dès lors que les propriétés pertinentes de la classe de cas régulés par la norme juridique sont également les propriétés pertinentes de la classe de cas régulés par le principe moral ; les propriétés supplémentaires qui peuvent survenir ne sont pas nécessairement pertinentes.

Si le positivisme inclusif *stricto sensu* n'est pas d'un grand secours pour prendre en charge la défaisabilité, il en va, semble-t-il, différemment de l'incorporationnisme, selon lequel le caractère moral d'une règle peut fournir, si la règle de reconnaissance le prévoit, une condition suffisante de validité juridique. Appliquée à la défaisabilité, cette théorie affirmerait que les défaisateurs moraux, à savoir ce que l'on a appelé, dans la section précédente, des règles morales d'inapplicabilité soient incorporées au système, et que, de ce fait, le juge défaisant une règle n'applique aucune norme extra-systémique : ainsi conçue, la défaisabilité ne pose aucun problème au positivisme, puisqu'elle n'indique nullement que le juge aie recours à des considérations extra-systémiques ; on n'a d'ailleurs ainsi nullement besoin de recourir à un montage théorique complexe tel que les pouvoirs dirigés raziens ou l'explication proposée ci-dessus en termes de métarègles d'applicabilité.

Cette explication est satisfaisante (à supposer bien sûr que l'incorporationnisme est une thèse acceptable, ce au sujet de quoi nous demeurons agnostique dans le présent travail), mais elle pose néanmoins un problème. En effet, elle suppose non seulement que la défaisabilité est un trait contingent des systèmes juridiques, ce que personne, parmi les positivistes, ne nie, mais qu'elle dépend de l'existence d'un système juridique où les critères de validité satisfont le schéma incorporationniste. Autrement dit, il n'y aurait défaisabilité que si les règles morales d'inapplicabilité *appartiennent* au système juridique. Or, comme on a essayé de le montrer ci-dessus, il se peut que la défaisabilité

la situation normale (par défaut, les sources sont les seules critères de validité), le positivisme inclusif rend pensable la situation exceptionnelle (le cas échéant, des critères d'(in)validité moraux). Quelque mérite qu'ait cette proposition (qui d'ailleurs convient mieux au positivisme inclusif *stricto sensu* qu'à l'incorporationnisme, et qu'un positiviste exclusif aurait de bonnes raisons de rejeter), elle n'a aucune incidence sur le problème de la défaisabilité des règles, comme Waluchow l'affirme lui-même.

soit compatible avec le positivisme (exclusif comme inclusif) *même* lorsque les règles d'inapplicabilité sont extra-systémiques. Par conséquent, l'incorporationnisme représente un gain théorique limité, dont on peut se passer ; bien entendu, s'il est compatible avec le positivisme que des règles morales d'inapplicabilité soient applicables au sein du système, alors *a fortiori* cela est compatible avec le positivisme lorsque ces règles *appartiennent* au système du seul fait qu'elles sont morales. Mais le fait que l'on reconnaisse que ces règles, parce que morales, appartiennent au système *suppose* que l'on partage les postulats incorporationnistes. Si l'incorporationnisme prend en charge la défaisabilité, ce n'est pas parce qu'elle le fait mieux que ses rivaux, mais parce qu'on a une raison, indépendante de la volonté de faire sens de la défaisabilité, de souscrire aux postulats (par ailleurs très contestables) de l'incorporationnisme.

II. THÉORIES NON- OU ANTI-POSITIVISTES DE LA DÉFAISABILITÉ

La précédente section a permis d'établir la compatibilité de la défaisabilité avec le positivisme juridique, en en faisant un trait contingent des systèmes juridiques et en particulier de certaines règles au sein de ces systèmes. Il est néanmoins possible de soutenir une thèse beaucoup plus robuste selon laquelle il est *essentiel* au droit que ses règles soient défaisables. La défaisabilité apparaît dans cette optique comme un trait nécessaire de la nature du droit. Pour ce faire on peut distinguer deux stratégies : la première consiste à soutenir que les critères de correction (ou de justification) des décisions juridictionnelles n'est pas épuisée par les règles du système, mais que le droit ordonne toujours aux juges de prendre la décision la plus moralement correcte ; la seconde solution consiste à faire résulter la défaisabilité des règles de l'interaction de règles et de normes d'un type différent, à savoir des *principes*. Dans cette seconde perspective, c'est moins l'origine morale de ces principes (*i.e.* le fait qu'ils ne soient pas rattachables à des sources, ce qui est d'ailleurs empiriquement faux) que le rôle particulier qu'ils jouent au sein du processus d'application qui est déterminant.

A. La ligne Pufendorf

Au douzième chapitre du livre V du *Droit de la nature et des gens*, Pufendorf rapporte qu'une ancienne loi de Bologne faisait interdiction « sous de très rigoureuses peines, de tirer du sang de qui que ce fût dans la rue. Il arriva qu'un pauvre barbier saigna un jour quelqu'un dans la rue »²⁹². Cette anecdote, qui n'occupe que quelques lignes, est néanmoins devenue un lieu classique de la réflexion sur l'interprétation raisonnable des règles de droit, et a été citée en ce sens par un arrêt célèbre de la Cour suprême américaine²⁹³. Il faut dire que l'anecdote est souvent citée de seconde

292 Pufendorf, 1987, p. 122.

293 *United States v. Kirby*, 74 U.S. 482, 486 (1868). Voir aussi *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457, 461 (1892) ; *Baender v. Barnett*, 255 U.S. 224, 226 (1921).

main, à travers la référence qu'en fait Blackstone dans les *Commentaries on the Laws of England*²⁹⁴, moyennant une modification de la profession du malheureux accusé, qui devient chirurgien²⁹⁵. Bien entendu, le caractère déraisonnable de l'application de la règle bolognaise est beaucoup plus saillant si l'accusé est un chirurgien pratiquant une opération d'urgence dans la rue – et par conséquent fait couler le sang *pour sauver une vie* – que si l'accusé est barbier – et se contente de faire couler le sang accidentellement.

Cependant, si on se reporte à la suite du récit de Pufendorf, on remarque que, bien que prenant place dans un chapitre consacré à l'interprétation, le problème posé par l'application ne naît pas d'une indétermination sémantique : la question ne se pose pas de savoir si le barbier a bien « tiré le sang » aux termes de la loi. Pufendorf poursuit en effet : « Sur quoi, étant accusé, [le barbier] courut grand risque d'être puni, parce que la loi portait que ces défenses devaient s'entendre dans toute leur étendue et selon la signification propre et littérale des termes, sans explication ni exception quelconque »²⁹⁶. La directive d'interprétation stricte (ou littérale) restreint considérablement la marge de manœuvre de l'interprète, qui ne peut arguer de ce que le cas n'est pas vraiment un cas d'application standard de la règle : le cas du barbier n'est pas un cas-limite d'application de la règle, mais entre clairement dans le scope de cette dernière. – On reviendra dans le prochain chapitre sur le problème de l'indétermination sémantique et la manière dont les praticiens du droit parviennent à transformer un cas clair d'application en un cas-limite²⁹⁷, et ce faisant à importer des considérations évaluatives au sein des considérations purement sémantiques. Ce type de stratégie n'est pas à la disposition de l'interprète ici, puisqu'il lui est clairement interdit par la loi elle-même de faire jouer l'esprit de la règle contre la lettre de sa formulation.

On a donc un cas clair de sur-inclusivité de la règle eu égard à sa justification (Schauer suggère que la loi bolognaise avait pour but de prévenir les duels). Cependant, il semble que la seule solution correcte en droit soit de prononcer la relaxe du malheureux barbier. C'est cette considération qui a amené Fernando Atria à proposer une théorie antipositiviste de la défaisabilité²⁹⁸.

1. Les thèses de F. Atria

Selon Atria, le positivisme est incapable de prendre en charge la défaisabilité comme un phénomène *juridique* : « naturellement, reconnaître que l'application du droit basée sur les sources peut être défaite pour des raisons morales n'affecte nullement la thèse des sources (dans toutes ses versions, forte ou faible, large ou étroite) »²⁹⁹.

294 Blackstone, 1807, pp. 59-60.

295 Voir ainsi Bentham, 1977, p. 110, Schauer, 1991b, p. 213 ; Schauer, 2009, p. 155 ; Alchourrón, 1996b, p. 343.

296 Pufendorf, 1987, p. 122 – nous n'avons pas modifié la traduction de Barbeyrac, qui date du début du XVIIIe siècle, mais nous en avons modernisé l'orthographe et la ponctuation.

297 C'est d'ailleurs peu ou prou ce que Pufendorf conseille de faire à l'interprète.

298 Atria, 2001, spéc., pp. 11-12 (sur Pufendorf) ; Atria, 2002 ; Atria, 2006 ; Atria, 2012.

299 Atria, 2001, p. 71. Bien entendu, cet argument suppose une lecture très étroite du positivisme juridique, mais trouve néanmoins une vérification dans les thèses de certains positivistes (par exemple,

Cela tient, selon Atria, au fait que les positivistes distinguent le droit tel qu'il est du droit tel qu'il devrait être ; le juge a l'obligation juridique d'appliquer le droit tel qu'il est, mais peut, lorsqu'il estime en avoir l'obligation *morale*, appliquer le droit tel qu'il devrait être. Cette distinction empêche, selon Atria, de faire sens de la défaisabilité comme phénomène juridique.

Il en résulte (toujours selon Atria) que le positivisme entraîne nécessairement une théorie *formaliste* de la décision juridictionnelle, en dépit de ses dénégations expresses³⁰⁰. Par formalisme, il ne faut pas en effet entendre la thèse (telle que l'entend Hart) selon laquelle les règles de droit pourvoiraient à la résolution de tous les litiges, mais la thèse selon laquelle les juges n'ont pas à recourir à des considérations axiologiques ou morales (*i.e.* « extra-juridiques ») lorsque les règles de droit, c'est-à-dire le droit « tel qu'il est », suffisent à résoudre le litige ; en revanche, lorsque le droit « tel qu'il est » ne permet pas, pour une raison ou une autre de résoudre le litige et que l'on a affaire à une « lacune » du droit, le juge peut et doit appliquer le droit tel qu'il devrait être.

Selon Atria, une telle théorie entraîne une distinction nécessaire entre deux types de cas difficiles : des cas difficiles en un sens *régulatif* et des cas difficiles en un sens *évaluatif*³⁰¹. La première acception recouvre une interprétation de la distinction entre cas faciles et cas difficiles en termes de cas régulés et non régulés. Lorsque le cas est régulé par la règle, il est facile, « et l'organe de décision doit appliquer la solution fournie par le droit » ; lorsque le cas n'est pas régulé (par exemple en raison de l'indétermination sémantique des termes de la formulation de la règle), le juge a discrétion pour le résoudre. Selon la seconde acception en revanche, un cas est difficile lorsque la règle est applicable, mais « pour quelque raison évaluative (...), l'application de la règle au cas peut être disputée »³⁰². Autrement dit, un cas difficile évaluatif intervient lorsque la règle pourrait être appliquée mais qu'il y a une bonne raison de ne pas l'appliquer. Le positivisme suppose que les cas difficiles évaluatifs ne sont pas de véritables cas difficiles.

Or selon Atria, les cas difficiles évaluatifs sont réductibles à des cas difficiles régulatifs³⁰³ : autrement dit, lorsque survient un cas pour lequel l'application de la règle serait absurde ou injuste, on a affaire à un cas juridiquement, et non seulement moralement, difficile. Autrement dit, ce n'est pas parce que, sur la base de considérations sémantiques, le cas paraît simple que le cas est simple ; un cas simple régulativement doit également être un cas simple axiologiquement. Cela veut dire que la détermination des cas auxquels la règle s'applique n'implique pas seulement des considérations

le premier argument de Marmor rappelé ci-dessus).

300 Voir Atria, 2006, pp. 73-74. Selon Atria, le positivisme analytique ne fait que reprendre, sous couvert de neutralité axiologique, les thèses normatives de Bentham relativement aux décisions des juges, et à travers lui, de l'idée du juge comme « bouche de la loi » héritée de Montesquieu, de Beccaria et de l'Ecole de l'Exégèse.

301 Atria, 2001, p. 75.

302 Atria, 2001, *ibid.*

303 Atria, 2001, p. 76.

sémantiques visant à comprendre ou à interpréter le sens de l'énoncé normatif, mais implique également des considérations évaluatives – ce qui est une thèse anti-positiviste par excellence. – C'est cette confusion volontaire entre cas difficiles évaluatifs et régulatifs qui amène par ailleurs Atria à une interprétation très contestable de la texture ouverte de Hart, que l'on examinera dans le prochain chapitre.

Ce faisant Atria ne prétend pas faire, comme Fuller (cf. prochain chapitre), de ces considérations évaluatives une partie de la *signification* (de l'énoncé) de la règle³⁰⁴ ; selon Atria, la thèse que Fuller *aurait dû* soutenir n'est pas que les considérations évaluatives font partie de la *signification* de l'énoncé de la règle, mais qu'il n'est pas possible d'*appliquer* une règle sans déterminer son but, *i.e.* sans recourir à des considérations évaluatives³⁰⁵. En effet, il convient de distinguer la signification de la règle, dont le caractère indéterminé contribue sans doute à l'occurrence de cas difficiles, et son application ; lors de l'application, un cas qui semble résolu sur le fondement de l'identification de la règle (au moyen de la signification de sa formulation) devient un cas difficile non pas moralement, mais *en droit*. C'est, ce que, selon Atria, le positivisme ne peut pas prendre en considération dès lors qu'il suppose que la signification de (l'énoncé de) la règle détermine son application³⁰⁶. Or la « connaissance des normes d'un système juridique particulier n'est pas suffisant pour savoir ce qui est de droit (*what the law is*) dans des cas réels »³⁰⁷.

Le défaisabilisme d'Atria, selon lequel les règles sont défaisables parce qu'elles ne conditionnent jamais leur application, est fondé sur des considérations beaucoup plus large d'ontologie du droit que l'on ne peut aborder ici. Atria bâtit une théorie institutionnaliste du droit³⁰⁸ distinguant deux sortes d'institutions : les institutions régulatrices et les institutions autonomes. Par institution, Atria entend « système de règles » – non uniquement, mais au moins partiellement, de règles constitutives. Une institution est régulatrice lorsque les règles constituent certains faits institutionnels dans le but de « produire des effets régulateurs dans le monde »³⁰⁹ ; une institution est autonome, au contraire, lorsque les règles régulent certaines formes de comportement dans le but d'en faire des faits institutionnels. Ainsi, les jeux sont typiquement des institutions autonomes : si je « n'ai pas le droit » de déplacer le fou à l'horizontale, c'est parce que le jeu d'échecs est constitué de telle manière que le fou y est déplacé en dia-

304 Atria parle souvent de la « signification de la règle » (*meaning of the rule*), et il s'explique de ce raccourci dans Atria, 2001, p. 109. La règle n'a naturellement aucune signification, seul l'énoncé qui la formule en a une – qui est la règle elle-même. On renvoie au premier chapitre sur ce point.

305 Atria, 2001, p. 113.

306 Atria, 2001, p. 120. Il est notable qu'Atria ne considère que deux auteurs, Marmor et Schauer, et en tire une conclusion valant pour les positivistes de manière générale. Ce choix est stratégique. Marmor (dans Marmor, 2005) soutient en effet la thèse selon laquelle dans, les cas faciles, l'application ne nécessite pas l'interprétation (entendue comme activité chargée axiologiquement), mais uniquement la compréhension de l'énoncé de la règle (voir dernier chapitre) ; Schauer soutient, comme on l'a vu, que ce que la règle requiert est identique avec le sens littéral, a-contextuel, de sa formulation.

307 Atria, 2001, p. 195.

308 Atria, 2001, pp. 1-61.

309 Atria, 2001, p. 43.

gonale – mais indépendamment du jeu d'échecs, je n'ai pas de raison de déplacer le fou dans un sens plutôt qu'un autre : le jeu crée la possibilité même de « déplacer un fou ». En revanche, un contrat est un fait institutionnel qui est créé dans le but de réguler des comportements qui précèdent l'institution elle-même, en l'espèce les échanges³¹⁰ : le contrat (pas plus que le droit, comme institution) ne crée pas la possibilité de l'échange lui-même.

Pour Atria, le fait que le droit soit une institution régulatrice, et non une institution autonome, implique que les raisons qui pèsent sur les actions régulées par le droit, ne peuvent être totalement non pertinentes dans la détermination de la régulation elle-même³¹¹. Lorsque l'on joue aux échecs, on n'a pas d'autre raison « d'appliquer » la règle qui m'oblige à bouger le fou en diagonale que la règle elle-même ; c'est la raison pour laquelle « dans les jeux, il n'y a pas de cas difficiles évaluatifs »³¹². En revanche, une institution régulatrice ne peut être isolée des raisons qui ont conduit à son établissement même : « dans les institutions régulatrices, les règles existent parce qu'elles ont été créées selon les règles institutives³¹³ de l'institution, mais ce n'est pas tout ce qu'il y a à dire à leur sujet. La direction régulatrice de l'institution crée un critère indépendant à l'aune duquel l'existence ou la non-existence d'exceptions peut être jugée »³¹⁴ – on regrettera le caractère un peu imprécis de cette « direction régulatrice »³¹⁵, mais il semble qu'Atria entende par là le but manifeste ou légitime, la finalité à laquelle la règle entend répondre³¹⁶.

La nature institutionnelle du droit explique, selon Atria, que le droit puisse être à la fois formel et défaisable : lorsque, dans les cas « normaux », le juge applique la règle, il effectue à la fois une identification de la règle applicable et de son contenu, et une considération sur le caractère approprié de l'application elle-même³¹⁷, même si cette dernière n'est pas explicitement formulée par le juge³¹⁸. Un cas normal est un cas

310 Atria, 2001, p. 44.

311 Atria, 2001, p. 121.

312 Atria, 2001, p. 92. Cette intuition me semble juste, puisque, comme je l'ai noté au début du chapitre 3, on imagine mal un contexte où « faire une exception » serait pertinent dans un jeu.

313 Le concept de règle institutive (distinct du concept searlien de règle constitutive) est emprunté par Atria à MacCormick (voir MacCormick, « Law as Institutional Fact » in MacCormick et Weinberger, 1986, p. 52 ; MacCormick, 1998, p. 335 ; Atria, 2001, p. 40).

314 Atria, 2001, p. 135.

315 Atria parle à d'autres endroits de « buts régulateurs » (Atria, 2001, p. 137). De manière générale, on peut regretter qu'Atria procède par métaphores ou allégories lorsque des points conceptuels critiques sont discutés. Ainsi la distinction des modes d'application dans les institutions autonomes et régulatrices est introduite au moyen d'un épisode de l'Evangile de Matthieu (Atria, 2001, pp. 56-57), d'où l'auteur tire une métaphore qu'il file dans les pages subséquentes.

316 MacCormick reformule de manière très satisfaisante la théorie d'Atria : « Atria fait appartenir le droit à la classe des "institutions régulatrices" pour la raison que le droit a pour fonction de réguler la coexistence sociale au service de certains buts et valeurs qui sont indépendantes de l'activité de régulation » (MacCormick, 2005, p. 252).

317 Le concept de caractère approprié est repris de Klaus Günther (Günther, 1993, p. 207 *sq.*). Voir, sur Günther, voir Atria, 2001, pp. 129-134.

318 Par conséquent, le caractère déductif de l'application découle d'un choix initial du juge, conditionné au caractère approprié ou non de la déduction. C'est à cette aune qu'Atria analyse un arrêt rendu

axiologiquement normal, de la même manière qu'un cas difficile, un cas exceptionnel, est un cas axiologiquement exceptionnel. Or « la règle elle-même ne peut dire à l'agent quels cas sont normaux »³¹⁹ : pour cette raison, les règles sont nécessairement défaissables, car c'est nécessairement au moment de l'application même que les conditions d'application de la règle peuvent être déterminées ; la règle elle-même ne fait rien de tel.

2. Les thèses de R. Tur

D'autres théories défaissabilistes, moins radicales que celle d'Atria, peuvent également être envisagées. Ainsi Richard Tur a suggéré que la défaissabilité des règles juridiques était due aux exigences d'équité, de justice etc. qui sont incorporées par le système juridique³²⁰. Tur part de la « forme canonique kelsénienne », de la structure des règles, qui est « si condition alors conséquence »³²¹, « si A, alors B doit être » et remarque (comme Kelsen lui-même le soutenait) qu'une représentation plus fidèle des règles implique la prise en compte des exceptions à la règle. Tur représente les exceptions comme de pures conditions négatives³²², ce qui explique que, selon lui, le rapport entre les règles et leurs exceptions (qui doivent s'entendre ici comme exceptions explicites) ne soit que d'un intérêt limité ; la question qu'il vaut la peine de prendre en charge est « de savoir si une règle, prise avec ses exceptions, peut être désappliquée,

célèbre par le commentaire qu'en fait MacCormick dans MacCormick, 1994, p. 19 *sq.* Dans *Daniels and Daniels v. R. White and Sons and Tabard* [1938] 4 All ER 258, la *King's Bench Division* avait à trancher l'affaire suivante : le sieur Daniels s'était rendu dans l'estaminet dont Mme Tabard était la propriétaire et avait acheté une bouteille de limonade R. White. Rentré chez lui, il ingurgita le contenu de la bouteille en compagnie de son épouse, à la suite de quoi l'un comme l'autre souffrirent de violentes brûlures d'estomac. Les analyses révélèrent qu'une forte dose d'acide phénique avait été introduite lors de la mise en bouteille en manufacture. Les époux Daniels attaquèrent à la fois la dame Tabard et la société R. White & Sons. Bien que la première n'ait rien à voir avec la fabrication du produit, n'en étant que la revendeuse, elle est néanmoins condamnée à indemniser les époux Daniels, étant astreinte, par la section 14(2) du *Sale of Goods Act* de 1893, au régime de la « responsabilité stricte » (*i.e.* sans faute) ; en revanche, le fabricant de la limonade, la société R. White and Sons n'est pas astreinte au régime de la responsabilité sans faute, et la charge incombe aux époux Daniels de prouver qu'elle a été négligente dans le processus de mise en bouteille. Les époux Daniels y ayant échoué, ils sont déboutés de leur action contre la société R. White. Selon MacCormick, cette décision contre-intuitive est un exemple massif du caractère déductif du raisonnement juridique (voir aussi MacCormick, 2005, p. 48 *sq.*). Selon Atria, le juge *choisit* de présenter son raisonnement comme une pure déduction, mais en réalité, il choisit de ne pas considérer comme pertinent le caractère non approprié de la décision. (Voir Atria, 1999, p. 556 *sq.*)

319 Atria, 2001, p. 136. Par contraste, le cas normal correspondant à la règle « déplace le fou en diagonale » est le cas où le joueur déplace le fou en diagonale. Ici, il ne peut faire de sens de parler d'exceptions.

320 Tur, 2001.

321 Tur, 2001, p. 357. Il est notable que Tur évoque la structure conditionnelle des normes chez Kelsen, mais pas le principe d'individuation kelsénien (on renvoie là-dessus au second chapitre). De fait, il est difficile d'affirmer, comme le fait MacCormick, que Tur bâtit sa théorie défaissabiliste « sur des fondements kelséniens » (MacCormick, 2005, p. 252), étant donné que Tur ne reprend de Kelsen que la structure conditionnelle des règles.

322 Tur, 2001, p. 359. De manière générale, Tur oppose les exceptions (qu'il comprend exclusivement comme exceptions explicites) et les surpassemments (*overrides*). Voir aussi Tur, 2012, p. 366.

annulée (*nullified*) ou surpassée dans un cas particulier pour des raisons de justice ou d'équité, de finalité, de droits »³²³.

Tur semble osciller entre un défaisabilisme faible compatible avec le positivisme juridique et un défaisabilisme robuste. En effet, il commence par indiquer que la défaisabilité (qu'il appelle « défaisabilisme », terme que l'on préfère réserver à la désignation d'une théorie de la défaisabilité favorable à cette dernière) désigne une série « de traits saillants d'au moins *certain*s systèmes juridiques »³²⁴ venant bloquer la dérivation de la conséquence juridique. Quelques paragraphes plus loin, il écrit cependant qu'« il est possible que [la défaisabilité] soit de l'essence du droit et des systèmes juridiques et non un trait accidentel de certains d'entre eux »³²⁵. Il apparaît que la thèse robuste implique la thèse faible, qui opère à un niveau différent. Tur soutient la thèse robuste selon laquelle la défaisabilité est un trait essentiel du *concept* de droit, qui se retrouve, *de manière saillante*, dans au moins certains systèmes juridiques positifs.

C'est ce qui amène Tur à remplacer la forme « canonique » de la norme kelsénienne par la forme suivante : « si A alors B doit être, sauf s'il y a une raison surpuissante (*overriding*) en sens contraire ». Les raisons pouvant surpasser la dérivation du conséquent sont typiquement de l'ordre de la justice et/ou de l'équité, mais peuvent prendre également d'autres formes, des considérations de bonne politique aux « sacrées bonnes raisons » (« *damn good reasons* »)³²⁶. Selon Tur, lorsque juge défait une règle sur la base de telles considérations, il ne se contente pas d'appliquer directement un raisonnement purement moral : « Les valeurs déployées dans le processus de "surpassement" (*override*) ne sont pas des valeurs externes au droit, mais les valeurs plus profondes que les règles juridiques ne peuvent capturer et mettre en œuvre qu'imparfaitement »³²⁷.

Le problème est que Tur ne fournit pas d'argument conceptuel en faveur d'une telle thèse – qui se veut pourtant une thèse sur la *nature du droit*. De fait, Tur procède essentiellement de manière inductive en commentant des cas célèbres où l'application de règles de droit, pourtant clairement applicables, est écartée en raison de considérations évaluatives diverses. De fait, personne ne nie que la défaisabilité corresponde à des faits empiriquement constatables. Mais ce constat, relatif essentiellement, chez Tur, à des décisions juridictionnelles de *common law*, ne peut à lui seul justifier la thèse conceptuelle selon laquelle la défaisabilité manifeste nécessairement les « valeurs plus profondes du droit ». C'est pourquoi il est particulièrement piquant de voir Tur reprocher aux positivistes, qui prétendent détacher la question de l'identification du droit de celle de son application, de ne proposer qu'une théorie très mince du droit³²⁸ – d'ailleurs

323 Tur, 2001, *ibid.*

324 Tur, 2001, *ibid.*

325 Tur, 2001, p. 360.

326 Tur, 2001, p. 368. Voir aussi 2012, p. 365, où Tur distingue les divers types de raisons en fonction des diverses branches du droit : *e.g.* équité (contrats), bonne politique (*policy*) (responsabilité civile), indulgence (*mercy*) (droit pénal), droits fondamentaux (droit public), etc.

327 Tur, 2001, *ibid.*

328 Tur, 2012, p. 369.

Tur mésinterprète la distinction identification/application comme l'idée selon laquelle le positivisme ne s'intéresserait pas au processus de décision juridictionnelle.

Selon Tur, la défaisabilité montre les limites descriptives du positivisme ; en effet, soit ces valeurs appartiennent au droit, soit elles n'y appartiennent pas, et si elles y appartiennent, elles ne peuvent être rattachables à la règle de reconnaissance³²⁹. Le problème est que Tur ne prouve pas que ces valeurs appartiennent au droit. Tur ne donne aucun argument en faveur de la thèse *conceptuelle* selon laquelle, lorsque les juges défont une règle de droit applicable, ils appliquent pour ce faire des standards juridiques d'une manière ou d'une autre. Certes, il reconnaît que son propos est essentiellement descriptif (en réalité il est inductif) et normatif (la défaisabilité est un trait désirable des systèmes juridiques) ; et il reconnaît qu'il « reste beaucoup à faire pour mettre en avant une théorie défaisabiliste du droit. Ses opposants sont enclins à réfuter cette suggestion au motif que la défaisabilité n'est ni, analytiquement, un trait nécessaire des règles ni, conceptuellement, un trait nécessaire des systèmes juridiques³³⁰ ». Et Tur admet dans les lignes suivantes qu'une telle théorie défaisabiliste du droit reste à écrire. Or la plupart des observations de Tur sont compatibles avec le positivisme juridique ; pour montrer que celui-ci est inadéquat à les théoriser, il est nécessaire de se placer sur le terrain de la théorie elle-même. Mais dès lors que le positivisme n'est nullement incompatible avec la défaisabilité des règles par des considérations axiologiques tirées de la justice, de l'équité ou d'autres valeurs encore, la charge de l'argumentation incombe à celui qui entend faire du constat descriptif de la défaisabilité le ferment d'une théorie conceptuelle du droit.

3. Les thèses de N. MacCormick

On peut ensuite mentionner la thèse beaucoup plus modérée de Neil MacCormick³³¹ qui, s'il affirme être dans les grandes lignes en accord avec Atria et Tur, est néanmoins réticent à parler de défaisabilité des *règles*³³². Selon MacCormick, ce sont surtout les arguments (*claims*) mis en avant sur le fondement des règles. En ce sens, la distinction entre défaisabilité implicite et explicite – distinction qui, comme on l'a vu au chapitre 3, est assez imprécise chez MacCormick – tient avant tout aux types d'arguments qui seront considérés admissibles ou recevables. De manière générale, ce que MacCormick appelle « défaisabilité » expresse consiste pour un argument à invoquer une exception directement fournie par la règle elle-même, et la défaisabilité se résume alors à la fonction que l'argument invoquant l'exception jouera dans le raisonnement juridique, à la fois en termes inférentiels et procéduraux³³³. Ces traits se retrouvent dans ce que MacCormick appelle la défaisabilité implicite : un argument peut être défait non par un argument fondé sur une exception expressément prévue par

329 Tur, 2012, p. 375.

330 Tur, 2012, *ibid.*

331 Sur la théorie de MacCormick de la défaisabilité que l'on ne fait qu'effleurer ici en raison de son caractère quelque peu synchrétique, on consultera avec profit Vasconcellos, 2009, pp. 101-103.

332 MacCormick, 2005, pp. 252-253.

333 MacCormick, 2005, pp. 244-245.

la règle, mais par un argument fondé sur les valeurs implicites du système juridique³³⁴. Selon MacCormick, le fait que le droit possède des valeurs implicites³³⁵ ne pose pas de problème particulier pour le positiviste³³⁶, même s'il ne thématise pas explicitement cette compatibilité. En effet MacCormick n'a pas besoin de construire un concept particulièrement robuste d'appartenance de ces valeurs (de cet arrière-plan normatif) au système juridique, puisqu'il s'intéresse uniquement au rôle qu'elles jouent dans le raisonnement juridique : ces valeurs sont avant tout celles qui sont mobilisées dans la *justification* des décisions particulières. Du reste MacCormick est tout à fait prêt à reconnaître le pluralisme et l'incommensurabilité des valeurs implicites aux systèmes juridiques positifs. C'est la raison pour laquelle elles seront invoquées dans des cas difficiles hautement controversés.

La théorie de MacCormick a donc ceci d'intéressant qu'elle entend embrasser dans un même mouvement la défaisabilité hartienne, à savoir la défaisabilité de l'attribution de responsabilités, de droits, d'effets juridiques, et ce qu'on a appelé la défaisabilité des règles, c'est-à-dire, chez MacCormick, le fait qu'un argument tiré d'une règle puisse être défait quand bien même cette règle ne comporterait pas d'exceptions explicites : « Il y a toujours un risque que ce qui est expressément énoncé dans la loi soit déjoué (*trumped*) par une condition non énoncée de poids supérieur, étant donné les principes ou les valeurs en jeu »³³⁷. Il est important de remarquer que la défaisabilité implicite (ce par quoi MacCormick entend ce que nous avons appelé défaisabilité implicite forte) est continue avec la défaisabilité expresse, dès lors qu'elle est due aux limites qui affectent la *formulation* des règles. Les énoncés normatifs spécifient un nombre fini d'exceptions à la règle, mais la défaisabilité implicite ne fait que compléter une liste nécessairement inachevée. De fait, la règle elle-même n'est pas défaite.

C'est pourquoi MacCormick argumente contre l'idée selon laquelle la défaisabilité implicite caractériserait les *règles* : « Ce n'est pas la loi (*statute*) ni les précédents qui sont défaisables à la lumière des circonstances exceptionnelles (...). C'est l'argument (*claim*) basé sur une formulation ou une interprétation particulière de la règle qui est défaite à la lumière d'un principe implicite »³³⁸. Selon MacCormick, parler de défaisabilité des règles nécessite de fournir une théorie robuste d'ontologie des normes qu'aucun auteur n'a élaborée. De fait, cet accent mis sur la défaisabilité des

334 MacCormick, 2005, p. 241.

335 MacCormick, 2005, p. 115. Selon MacCormick, les trois valeurs fondamentales du droit sont le triptyque des *Institutes*, I, 1, 3 : *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Il est intéressant que MacCormick interprète cette dernière (*rendre à chacun son dû*) en termes presque kantien de respect pour les personnes – et y voie la réalisation dans les règles relatives au droit fondamentaux (Convention de Sauvegarde, Déclaration Universelle, Charte de l'Union Européenne, *e tutti quanti*). Il va de soi que Michel Villey contesterait vigoureusement une telle interprétation du *suum cuique tribuere* de Justinien.

336 MacCormick, 2005, p. 116.

337 MacCormick, 2005, p. 243. Voir aussi MacCormick, 2005, p. 241 : « Même dans les cas de défaisabilité expresse, il peut y avoir des cas de défaisabilité implicite en sus des conditions explicites de défaillance ».

338 MacCormick, 2005, 252.

arguments (d'où la continuité revendiquée avec la première théorie hartienne de la défaisabilité³³⁹), y compris en matière de défaisabilité implicite, est de nature à rendre la théorie de MacCormick beaucoup plus compatible avec le positivisme juridique que les théories d'Atria ou de Tur³⁴⁰.

B. Règles et principes

La distinction entre règles et principes est devenue un lieu commun de la théorie du droit, qu'on l'invoque pour la défendre ou pour la réfuter³⁴¹. On a coutume de faire de Josef Esser³⁴² le premier théoricien important de la distinction entre règles

339 Voir MacCormick, 2005, p. 239.

340 D'autres auteurs ont proposé, de manière plus incidente, une théorie de la défaisabilité des règles, qui prend place dans un cadre argumentatif beaucoup plus large, en dehors duquel elles font difficilement sens. Parmi ces auteurs on peut mentionner, dans des optiques distinctes, Sebastian Urbina et Samuel Coval et Joseph Smith.

Par exemple, Sebastian Urbina a argué de ce que le droit « étant traversé de part en part par la morale » (Urbina, 2002, p. 113), la thèse des sources, si elle est vraie, ne peut avoir pour conséquence l'idée selon laquelle le droit fournit des raisons exclusives pour l'action, si par là, on entend des raisons indéfaisables (Urbina, 2002, p. 116). Le droit est certes identifiable par ses sources (il y a des sources dotées d'autorité dans la très grande majorité des systèmes juridiques), mais les raisons qu'il fournit sont nécessairement défaisables. Selon Urbina, la défaisabilité doit s'entendre comme susceptible de degrés. Une règle qui est fortement « enracinée » (Urbina reprend de Schauer le vocabulaire de l'*entrenchment*) n'en sera pas pour autant indéfaisable. Les règles juridiques, d'ailleurs davantage au stade de leur interprétation par les cours suprêmes que de leur édicition par le législateur, représentent « un ensemble de raisons exclusives qui ont un statut privilégié, mais qui sont néanmoins défaisables. La question de savoir combien de temps ces raisons vont durer dépend de nombreux facteurs dont l'occurrence spécifique et l'importance ne peuvent être spécifiés à l'avance » (Urbina, 2002, *ibid*) – On remarquera de même qu'Atria, Urbina interprète le positivisme comme étant une doctrine essentiellement formaliste.

Dans une optique différente, Samuel Coval et Joseph Smith ont argué de ce que les règles juridiques devaient s'entendre comme dotées d'une clause *ceteris paribus*, ce par quoi ils entendent quelque chose comme une « défaite interne » de la règle (au sens de Schauer). Leur propos porte sur les règles instituant des droits, mais il est jusqu'à un certain point généralisable (comme ils l'indiquent eux-mêmes, voir Coval et Smith, 1985, p. 455). En effet, les auteurs soutiennent que les droits (ou plutôt les règles qui les instituent) ne peuvent être défaits sur le fondement de considérations *externes* à la règle, par exemple des considérations utilitaristes ou d'intérêts privés (Coval et Smith, 1982, pp. 451-452). En revanche, ils sont susceptibles de recevoir des exceptions eu égard au but ou aux buts de la règle (Coval et Smith, 1982, p. 456) – On notera que Coval et Smith distinguent le fait pour une règle d'être défaite et le fait de recevoir des exceptions – mais il s'agit d'un point purement terminologique que l'on laisse de côté. Par cette distinction, les auteurs entendent peu ou prou la même chose que ce que, depuis Schauer, on appelle défaite externe et défaite interne des règles.

341 Voir, outre les quatre auteurs ou groupes d'auteurs que l'on va étudier ici, mais souvent en lien avec eux, parmi une immense littérature Raz, 1972 ; Benditt, 1978, pp. 80-89 ; Wellman, 1985 ; Sieckmann, 1990 ; Bayón, 1991, pp. 357-363 ; Shiner, 1992, p. 183 *sq.* ; Günther, 1993, pp. 212-214 ; Waluchow, 1994, p. 168 ; MacCormick, 1994, p. 152 *sq.* ; Alexander et Kress, 1995 ; Sunstein, 1995, p. 966 *sq.* ; Sunstein, 1996, pp. 124-128 ; Borowski, 1998, pp. 61-98 ; Prieto Sanchis, 1998, spec. pp. 57-60 ; Cianciardo, 2003 ; Barth, 2005 ; Avila, 2007, pp. 5-81 ; Brozek, 2004, pp. 167-171 ; Brozek, 2007 ; Guastini, 2008 ; Tusseau, 2008 ; Poscher, 2009 ; Bustamante, 2010 ; Wang, 2010b ; Zorzetto, 2010, pp. 277-291 ; Alexander, 2012.

342 Esser, 1990. Esser oscille entre une opposition entre *Prinzip* et *Norm*, et entre *Prinzip* et *Rechtssatz* (voir *e.g.* Esser, 1990 p. 93). « Norme » est tantôt entendu comme un synonyme de règle (ce par

et principes, qui est restée célèbre en raison de la critique très acerbe qu'en fait Kelsen au chapitre 28 de la *Théorie générale des normes*³⁴³. Cependant, c'est certainement Dworkin³⁴⁴ qui a contribué à remettre les principes sur le devant de la scène philosophique, dès la publication en 1967 de « Is Law A System of Rules ? »³⁴⁵. Chez cet auteur, la distinction des règles et des principes a pour but d'asseoir, dans une optique antipositiviste, la thèse selon laquelle la correction d'une décision juridique (comprise comme *right answer*) ne se mesure pas uniquement à l'aune des *règles* rattachables à des *sources*. L'un des traits cruciaux de la distinction dworkinienne réside dans le fait que les principes ne sont pas rattachables à un test de *pedigree*³⁴⁶. Toutefois, bien que la plupart des théoriciens de la distinction entre règles et principes soient non-positivistes³⁴⁷, ils ne la mobilisent pas nécessairement à cette fin³⁴⁸. C'est pourquoi ce n'est pas tant la question du rattachement des principes à des sources qui va nous occuper ici³⁴⁹, que le rôle distinct (selon ces auteurs) que les règles et les principes jouent dans le raisonnement juridique : comme l'écrit Dworkin, la différence entre les règles et les principes est une « distinction logique »³⁵⁰. C'est cette différence que l'on va examiner dans la présente section, en se demandant si, à supposer que les principes existent, et qu'ils appartiennent au droit d'une manière ou d'une autre, la distinction entre règles et principes peut permettre de fournir un fondement à la défaisabilité des règles. C'est la raison pour laquelle on ne va pas exposer l'ensemble des enjeux sous-jacents à l'introduction, par les auteurs que l'on va étudier, de la distinction entre règles et principes, mais seulement les aspects qui sont *prima facie* pertinents pour une théorie de la défaisabilité.

quoi Esser lui-même traduit *Rechtssatz*) et comme un concept englobant, recouvrant les règles et les principes. Esser emploie d'ailleurs indifféremment *Prinzip* et *Grundsatz*.

343 Kelsen, 1996, pp. 151-169. Ce que Kelsen trouve à critiquer est moins la distinction elle-même que la théorie « transformationniste » qu'en tire Esser, afin de conceptualiser l'incorporation de principes moraux au sein du système juridique (voir Esser, 1990, p. 40 et p. 132-140).

344 On ne s'intéressera ici qu'au premier Dworkin, celui de *Prendre les droits au sérieux* (Dworkin, 1977).

345 Article repris sous le titre « *The Model of Rules I* » dans Dworkin, 1977.

346 Dworkin, 1977, pp. 43-45 (Dworkin, 1995, p. 106-107).

347 Voir par exemple Alexy, 2002b, p. 20 *sq.* ; Atienza et Ruiz Manero, 2012, p. 249.

348 En tout cas, l'absence de pedigree des principes n'est pas l'argument fondamental en ce sens. En effet, si, chez Alexy, les principes jouent un rôle majeur contre le positivisme juridique, ce n'est pas en raison de leur origine (ils peuvent très bien faire partie du droit positif validé par des sources, voir Alexy, 1985, pp. 21-22), mais de leur contenu, qui est nécessairement un contenu moral (voir Alexy, 20002a, p. 80 *sq.* ; 2002b, p. 68, *sq.*, et pour un commentaire éclairant sur ce point, Tusseau, 2008, pp. 91-92 ; Alexander, 2012, p. 122).

349 C'est pourquoi le rattachement de l'examen de ces théories sous le chef de « théories non- ou antipositivistes » n'est justifié que par des raisons de commodité. Il demeure que la plupart des auteurs étudiés dans cette section confèrent un statut moral particulier aux principes. Cependant, leurs thèses sont souvent compatibles avec le positivisme juridique, dès lors qu'on les extrait du contexte non-positiviste général où elles ont été formulées. Alors que les auteurs de la « Ligne Pufendorf » présentent des thèses faiblement (le dernier MacCormick), modérément (Richard Tur) ou radicalement (Fernando Atria) anti-positivistes de la défaisabilité, les auteurs étudiés ici présentent des thèses seulement non-positivistes de la défaisabilité, même si par ailleurs, ils font profession de foi d'*anti*-positivisme.

350 Dworkin, 1977, p. 24.

On peut enfin remarquer que « principe » est un terme polysémique, et se rencontre en particulier sous diverses acceptions dans le discours juridique (ou, si l'on veut, dans le langage-objet des juristes)³⁵¹. C'est pourquoi, on va ici envisager exclusivement le rôle que les principes, tels qu'ils sont définis de manière généralement stipulative, jouent dans la théorie du droit. En particulier, pour envisager la différence spécifique des principes vis-à-vis des règles, le critère du caractère vague, ou plus vague, de ceux-là relativement à celles-ci ne saurait entrer en ligne de compte. Comme l'a rappelé Larry Alexander (qui lui-même rejette l'utilité de la notion de principe) un principe, s'il existe, n'est pas un *standard*³⁵² (au sens technique du terme), c'est-à-dire une règle vague. « Il est interdit de rouler à plus de 50 km/h » est une règle ; « il est interdit de rouler à une vitesse déraisonnable » est un standard ; il apparaîtra bientôt évident que ce n'est pas ce genre de normes que l'on désigne par principe.

1. La théorie de R. Dworkin

Dworkin distingue les règles de deux autres types de normes (des « standards » dans le vocabulaire de Dworkin) : les principes et les politiques³⁵³. Les premiers se définissent comme « des exigences de justice, d'équité (*fairness*) ou toute autre dimension de la moralité »³⁵⁴. En revanche, les politiques (*policies*) définissent des buts à atteindre (on pourrait par exemple, envisager *mutatis mutandis* les objectifs à valeur constitutionnelle, en droit français³⁵⁵, comme des « politiques »), qu'ils soient d'ordre politique, économique, social, et ainsi de suite. Cette distinction joue cependant un rôle mineur, et il est manifeste que Dworkin entend avant tout mobiliser les principes pour les contraster avec les règles.

Dworkin suppose en effet que le positivisme est un modèle de règle. Indépendamment de la question des sources, ou du *pedigree*, qu'on laisse de côté pour les raisons indiquées ci-dessus, le positivisme suppose que le droit comporte essentiellement des normes fonctionnant d'une manière bien précise. En ne pouvant pas envisager – en raison certes de leur attachement au test de *pedigree* – l'existence en droit d'autres normes que les règles, les positivistes se trouvent nécessairement condamnés à soutenir une thèse modérément formaliste : lorsque la règle détermine la décision, il y a une bonne réponse aux litiges ; lorsque, pour une raison ou une autre, elle y échoue, le juge fait usage de son pouvoir discrétionnaire³⁵⁶. Or il n'en va pas ainsi si le juge est guidé dans sa décision par d'autres normes que les règles.

351 Voir pour une étude minutieuse en droit français, Jeammaud, 2008, pp. 49-67.

352 Alexander, 2012, p. 117.

353 Dworkin, 1977, p. 22 ; Dworkin, 1995, p. 79. Pour un commentaire éclairant, voir Kervegan, 2011, p. 254.

354 Dworkin, *Ibid.*

355 Voir CC, 27 juillet 1982, déc. n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*

356 Dworkin, 1977, p. 31 *sq.* Cette thèse du formalisme modéré est celle que l'on trouve, *grosso modo*, au chapitre VII du *Concept de droit*. Ce que Dworkin trouve à lui reprocher n'est pas son formalisme, mais sa modération (voir Dworkin, 1989). Du reste le désaccord entre Dworkin et les positivistes ne porte pas (comme il semble parfois l'indiquer lui-même, voir par exemple Dworkin, 2006, p. 190) sur la forme du raisonnement juridique. Les positivistes de toutes obédiences reconnaissent volontiers que le raisonnement juridique comporte très fréquemment des considérations purement morales,

La différence entre les règles et les principes est, selon Dworkin, d'ordre logique : les règles sont applicables sur le mode du « tout-ou-rien »³⁵⁷ : la règle s'applique ou elle ne s'applique pas. Cependant, il faut noter que Dworkin explique ce caractère de tout ou rien en termes de validité : « Si les faits qu'une règle stipule sont réunis, alors soit cette règle est valide, auquel cas la réponse qu'elle fournit doit être acceptée, soit elle ne l'est pas, auquel cas elle ne saurait contribuer à la décision »³⁵⁸. – On aura l'occasion de revenir sur les conséquences très contestables que ce postulat entraîne.

Quoi qu'il en soit, ce caractère de tout-ou-rien a souvent été interprété comme étant le signe d'une *indéfaisabilité* des règles telles que Dworkin les définit. Les règles s'appliquent ou elles ne s'appliquent pas, le tiers est exclu. Bien entendu, « la règle peut avoir des exceptions (...) mais un énoncé correct de la règle tiendrait compte de cette exception³⁵⁹ ». On a donc la thèse selon laquelle l'ensemble des exceptions à la règle est contenu dans l'énoncé précis de celle-ci ; il n'y a donc pas d'exceptions à une règle autres que celles qui sont spécifiables dans l'énoncé complet de celle-ci. Les exceptions font partie de la règle³⁶⁰. Il en résulte que les règles sont indéfaisables : soit les exceptions font déjà partie de la règle, et appliquer l'exception revient à ne pas appliquer une règle inapplicable en l'espèce ; soit la règle ne contient pas d'exceptions et elle doit être appliquée.

En revanche, les principes ne procèdent pas sur le mode du tout ou rien. En effet, il arrive fréquemment, selon Dworkin, que des principes applicables ne soient

mais ils indiquent que cela ne fait pas nécessairement de ces dernières des normes juridiques. Ainsi Raz distingue-t-il de manière célèbre le raisonnement *au sujet* du droit (qui est le raisonnement sur le droit identifié par ses sources) et le raisonnement *selon* le droit (Raz, 1994, p. 327), qui est un raisonnement directement moral auquel les juges ont inévitablement recours pour trancher les litiges – ce qui explique que le raisonnement juridique ne soit pas autonome, et ne mobilise pas exclusivement des considérations dérivées des sources, mais soit, à part égale, un raisonnement moral (voir Raz, 2009b, p. 377). Comme la note Matthew Kramer au sujet de cette thèse razienne du raisonnement juridique, « comme la décision juridictionnelle consiste en un raisonnement au sujet du droit et selon le droit, les juges raziens pourraient bien trancher les cas de la même manière que les juges dworkiniens » (Kramer, 2001, p. 682) – Il en résulte que le désaccord du *premier* Dworkin avec les positivistes est beaucoup plus limité qu'il semble le croire : l'attaque antipositiviste a pour seul but de montrer que les considérations morales (*i.e.* les principes) mobilisés par la décision juridictionnelle *appartiennent* au droit, malgré leur absence de source. On a donc une procédure à deux niveaux : des règles validées par des sources, et ce faisant, non directement l'objet d'un raisonnement moral ; des principes insusceptibles du test de *pedigree* et nécessitant une pesée ou une pondération morale. Cette procédure à deux niveaux sera généralement abandonnée par Dworkin dans *Law's Empire* où il retient une procédure à un seul niveau, qui prend l'informe de l'interprétation holistique de la « pratique juridique » tout entière – dans cette perspective, la distinction *pedigree/non-pedigree* ne fait plus aucun sens. Comme l'écrit Dworkin dans *Law's Empire* : « Hercule n'a pas besoin d'une méthode pour les cas difficiles et d'une autre pour les cas faciles. Sa méthode est également à l'œuvre dans les cas faciles » (Dworkin, 1986, p. 354) ; dans cette perspective, la distinction entre règles et principes n'a plus vraiment d'intérêt.

357 Dworkin, 1977, p. 24.

358 Dworkin, 1995, p. 82 (traduction modifiée). Voir Dworkin, 1977, p. 24.

359 Dworkin, *ibid.*

360 Comme l'écrit Claire Finkelstein (selon laquelle Dworkin fait, de même que Schauer, avaler la règle par l'exception) : « Pour Dworkin, il n'y a rien de tel qu'une exception à une règle, puisque toute exception articulée n'est qu'une formulation plus précise de la règle » (Finkelstein, 1999, p. 151).

pas appliqués. On parlera alors de « contre-exemples », mais certainement pas, selon lui, d'exceptions. Pour le comprendre, il faut envisager le rôle des principes à l'égard de la décision qu'ils sont censés guider et la nature des conflits de principes. Il y a deux traits fondamentaux qui caractérisent ce rôle³⁶¹. En premier lieu un principe « énonce une raison qui plaide pour aller dans une certaine direction, mais il ne rend pas nécessaire son application ». Pour le dire autrement, un principe *contribue* à la décision, mais ne la détermine pas nécessairement – il peut la déterminer, *i.e.* fournir une raison conclusive de la décision, mais dans la plupart des cas, il se contente de fournir une raison contributive. Ce premier trait entraîne le second : les principes sont susceptibles d'entrer en conflit, et sont, de ce fait, dotés de ce que Dworkin appelle une « dimension de poids ou d'importance ». En cas de conflit de principes, celui qui vainc l'autre est celui qui a le plus de poids *dans les circonstances de l'espèce* – c'est la raison pour laquelle il est impossible de dresser à l'avance la liste des principes valides en droit, ne serait-ce que parce que leur applicabilité aux cas concrets (en particulier difficiles) dépend de leur poids dans une certaine situation d'application³⁶². – En revanche, lorsque deux règles entrent en conflit, l'une est, selon Dworkin, nécessairement invalide³⁶³ : c'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'ensemble des exceptions doit entrer dans l'énoncé de la règle elle-même³⁶⁴. Par contraste, un conflit de principes n'entraîne nullement l'invalidité du principe défait, de sorte que celui-ci restera applicable dans d'autres circonstances, et pourra même, à cette occasion, défaire le principe qui l'avait défait dans la situation précédente.

La théorie de Dworkin est cohérente lorsqu'elle envisage les rapports entre les règles et entre les principes, mais elle devient beaucoup plus tortueuse lorsqu'elle considère les rapports entre règles et principes. C'est un point qui a été soulevé par de nombreux auteurs, en particulier Joseph Raz³⁶⁵, Robert Alexy³⁶⁶, et de manière très claire par Hart dans le Postscript du *Concept de droit*³⁶⁷. On peut partir de l'exemple iconique de Dworkin, celui-là même dont il se sert pour démontrer l'existence de

361 Dworkin, 1977, p. 26.

362 Voir là dessus Dworkin, 1977, 44.

363 Dworkin, 1977, p. 27. On a indiqué, dans la quatrième partie de ce travail, pourquoi cette thèse était erronée.

364 Raz a noté les conséquences difficiles que cette thèse entraîne pour une théorie cohérente de l'individuation des règles (Raz, 1972, p. 831). La réponse de Dworkin (Dworkin, 1977, p. 74 *sq.*), si elle pointe une ambiguïté intéressante dans la doctrine razienne de l'individuation, présente de nombreux problèmes : en effet, à la fois Dworkin reconnaît que l'exception peut être énoncée dans une règle distincte (Dworkin, 1977, p. 76), mais se refuse à admettre que cette règle distincte entre en conflit avec la règle initiale (Dworkin, 1977, p. 74). Par exemple, la règle qui dispose que, si un acte est accompli en état de légitime défense, son auteur ne peut être condamné n'entre pas en conflit – mais énonce une exception – avec la règle qui dispose que l'individu ayant commis un homicide volontaire doit être condamné. Or les deux règles entrent bien en conflit. Dworkin suppose que la première crée une exception à la deuxième, mais ce faisant il *suppose le conflit résolu ab initio*, ce qui est précisément ce qu'il faut démontrer. Dworkin aurait éventuellement pu éviter cette pétition de principe en évoquant la possibilité de clauses générales d'exception implicites.

365 Raz, 1972, pp. 833-834.

366 Alexy, 1979, p. 68 *sq.* ; Alexy, 1985, p. 15-19 ; Alexy, 1988, p. 141.

367 Hart, 2005, p. 279.

principes, *Riggs v. Palmer*³⁶⁸. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Etat de New York (qui en est la juridiction suprême) devait savoir si le sieur Palmer, ayant assassiné son grand-père afin d'en hériter, pouvait prétendre à la succession du défunt, dont il était le principal héritier. Alors que, selon les règles en vigueur, le sieur Palmer aurait dû hériter, la cour, se fondant sur la maxime *nemine dolus*, a néanmoins donné raison aux autres héritiers du défunt et invalida le testament.

Comme Hart le fait remarquer il s'agit typiquement d'un cas où un principe vient défaire une règle. Or ce cas occasionne une situation quelque peu paradoxale. D'un côté, comme l'écrit Raz, « en général, toutes les règles sont sujettes à tous les principes et peuvent être surpassées par eux en fonction des circonstances. C'est d'ailleurs un point que Dworkin s'attache, à juste titre à établir³⁶⁹ » ; de l'autre, il semble que l'appareil conceptuel de Dworkin l'empêche de pouvoir en rendre compte de manière satisfaisante. Dworkin apporte cependant deux éléments de réponse.

En premier lieu, Dworkin note que les juges, en particulier les cours suprêmes, rejettent ou modifient des règles³⁷⁰. Cependant, ils ne peuvent être dits user d'un quelconque pouvoir discrétionnaire en ce sens, puisque, selon Dworkin, un tel pouvoir n'existe pas. Il faut donc que cette capacité à modifier ou à rejeter des règles existantes soit fondée sur les principes. Seulement Dworkin indique que « tout principe ne justifiera pas un changement [de la règle], sans quoi aucune règle ne serait à l'abri. Il doit y avoir des principes qui comptent et d'autres pas, et des principes qui comptent plus que d'autres »³⁷¹. Autrement dit, Dworkin reconnaît que les règles perdraient tout intérêt si elles pouvaient être défaites sur le fondement de tous les principes. Malheureusement, il ne donne aucun critère de choix des principes pertinents. En revanche, il indique que la détermination de ces derniers dépendra de la manière dont ils entrent en conflit avec les principes qui poussent au respect de la règle (le principe du *stare decisis*, i.e. de respect des précédents, ou le principe de souveraineté du législateur)³⁷².

Cette première réponse annonce et entraîne la deuxième, qui est explicitée dans « The Models of Rules II »³⁷³ : la défaisabilité des règles par les principes repose en réalité sur un *conflit de principes* : « La cour décide que l'ensemble de principes amenant à renverser (*ouvruler*) la règle établie (...) forme un groupe de plus grand poids que l'ensemble de principes, incluant le principe de *stare decisis*, qui amènent à maintenir la règle à l'identique. La cour pèse deux ensembles de principes pour décider de maintenir ou non la règle »³⁷⁴. Le principe ne défait pas la règle, qui demeure indéfaisable (sur le modèle du tout-ou-rien), mais défait le principe qui veut que l'on applique les

368 115 N.Y. 506 (1889).

369 Raz, 1972, p. 837.

370 Dworkin, 1977, p. 37.

371 Dworkin, 1977, *ibid.*

372 Dworkin, 1977, p. 38.

373 Repris dans Dworkin, 1977.

374 Dworkin, 1977, p. 78. C'est également l'option retenue par Atienza et Ruiz Manero, 1998, p. 33.

règles. Or comme Hart le note³⁷⁵, cette sophistication ne peut suffire à assurer la cohérence du système du premier Dworkin³⁷⁶. En effet, une règle ne peut véritablement déterminer la décision sur le mode du tout-ou-rien si le principe qui le soutient est susceptible d'être surpassé (comme tout principe) par un principe de poids supérieur. De fait, il semble difficile d'insérer, dans l'énoncé « complet » de la règle l'exception « sauf si le principe qui veut que les règles soient appliquées n'est pas surpassé », parce que l'on ne peut par définition pas prévoir à l'avance quand un principe en surpasse un autre – si on le pouvait, alors il n'y aurait pas de contre-exemples, mais des exceptions aux principes eux-mêmes. Or une règle qui se termine par une clause : « sauf s'il y a une raison puissante de ne pas s'appliquer » ne peut plus fonctionner sur le mode du tout-ou-rien.

C'est pourquoi tant Hart³⁷⁷ que Raz³⁷⁸ entendent résoudre cette tension au sein de la pensée de Dworkin en en sapant les fondements, *i.e.* en faisant de la distinction entre règles et principes une différence de degré et non de nature, tenant au degré de généralité des principes. Il est néanmoins possible de sauver la distinction entre règles et principes tout en refusant le caractère de « tout-ou-rien » des règles. C'est ce à quoi s'attache Robert Alexy.

2. La théorie de R. Alexy

Dans une série de textes³⁷⁹, Alexy a proposé une distinction entre règles et principes, qu'il qualifie lui-même de « forte », c'est-à-dire qu'elle repose sur une différence de nature entre les deux types de normes³⁸⁰. Selon Alexy, les règles se distinguent des principes par le rôle que chacun des deux types de normes joue dans le raisonnement juridique, ce qui, selon Alexy, *implique* que les règles, de même que les principes, ne valent que *prima facie*, mais à des titres différents.

On n'applique pas un principe comme on applique une règle. Selon Alexy, les règles supposent, pour pouvoir être appliquées, la subsomption sous elles du cas particulier (Alexy parle de subsomption du cas sous la règle ; en rigueur il faudrait parler de subsomption du cas sous le cas générique régulé par la règle). Il faut remarquer³⁸¹

375 Hart, 2005, p. 282.

376 On a suggéré dans l'appendice à la première partie, auquel on renvoie, que cette incohérence était due à une confusion entre applicabilité conceptuelle et applicabilité normative.

377 Hart, *ibid.*

378 Raz, 1972, p. 838.

379 Alexy, 1979 ; Alexy, 1985 ; Alexy, 1988 ; Alexy, 2000b ; Alexy, 2002a, pp. 44-86 ; Alexy, 2002b, p. 68-80 ; Alexy, 2003.

380 Voir sur les critères méta-théoriques de classification, Alexy, 1979, pp. 64-65 et Alexy, 1985, pp. 22-23 ; Alexy, 1988, pp. 144-145). Alexy distingue les théories fortes de la distinction, selon lesquelles cette dernière recouvre une différence de nature ; les théories faibles sont celles qui y voient une différence de degré (*e.g.* Raz et Hart) ; et enfin les théories de la concordance (*Übereinstimmungsthese*), selon lesquelles il n'y a aucune différence de quelque sorte que ce soit entre règles et principes. Alexy souscrit naturellement à la première thèse.

381 Voir l'appendice de la première partie pour une première critique de la formule de la subsomption d'Alexy.

cependant qu'Alexy fait preuve d'une certaine ambiguïté quant à savoir ce qui est subsumé sous quoi. Prenons, en la simplifiant, la « formule de subsumption »³⁸². On a une norme, qui est une règle $\forall x. Tx \rightarrow ORx$, et un ensemble de règles sémantiques du type $\forall x. M^1x \rightarrow Tx$, $\forall x. M^2x \rightarrow M^1x, \dots \forall x. Sx \rightarrow M^nx$. Les deux étapes restantes sont, selon Alexy la description du cas *Sa* et la déduction *ORa*. Or non seulement il est douteux que *Sa* corresponde à la description véritable du cas, dès lors que *Sa* suppose une qualification minimale des faits au moyen de règles définitionnelles du système, alors que les cas seront généralement décrits de manière purement factuelle, *e.g.* « Marcel a pris un croc de boucher et a transpercé l'abdomen de Jeannot » ; mais surtout, Alexy n'envisage pas la subsumption elle-même, qui est *Ta*. La subsumption intervient lorsque, eu égard aux éléments de description factuelle, qui ne peuvent naturellement pas être prévus à l'avance, le divers de l'expérience est réuni en un cas individuel *Ta* tombant sous le cas générique *Tx*. Chez Alexy, au contraire, la subsumption s'entend comme l'intégralité du processus qui mène de $\forall x. Tx \rightarrow ORx$ à *ORa*, ce qui entraîne une confusion conceptuelle regrettable entre subsumption et déduction (on renvoie à l'Appendice à la première partie sur ce point).

Toujours est-il que, selon Alexy, la conformité à une règle n'est pas susceptible de degré. Soit le cas est subsumable sous la règle, soit il ne l'est pas – cependant, on verra que cette thèse n'équivaut pas à celle du tout-ou-rien chez Dworkin, dès lors qu'elle n'implique pas une spécifiabilité à l'avance de toutes les exceptions à la règle. On ne saurait réaliser une règle par degré. Or c'est précisément ce qui a lieu pour les principes, qui ne fonctionnent pas sur le mode de la subsumption. En effet les principes sont ce qu'Alexy appelle des « mandats d'optimisation » (*Optimierungsgebote*)³⁸³. Ce sont des normes dont la réalisation est susceptible de degrés, et qu'il convient de réaliser au plus haut degré qu'il est possible, étant donné non seulement les conditions factuelles d'application, mais également ses circonstances juridiques, c'est-à-dire étant donné les autres principes du système. Plusieurs principes peuvent en effet être applicables dans une situation donnée, ce qui entraîne la nécessité de faire prévaloir l'un sur l'autre. Pour ce faire, il faut « peser » les principes et s'il est possible de fournir une formule générale de pondération, le résultat de cette dernière sera généralement spécifique au cas.

Il faut donc envisager ce qu'Alexy, dans ses premiers écrits sur le sujet, a appelé les collisions de règles et les collisions de principes³⁸⁴. On peut commencer par ces derniers, et reprendre d'Alexy l'exemple suivant. Dans sa décision *Titanic*³⁸⁵, le Tribunal constitutionnel allemand devait trancher l'espèce suivante. Le journal satirique *Titanic* s'était ouvertement moqué d'un officier de réserve paraplégique rappelé sous les drapeaux à l'occasion d'un exercice militaire en l'affublant des doux noms de « tueur-né » et d'« estropié » (*Krüppel*). La Cour, pour déterminer si le magazine devait être condamné

382 Alexy, 2003, pp. 433-434.

383 Alexy, 1985, p. 19 *sq.* ; Alexy, 1988, p. 143 *sq.* ; Alexy, 2000b, p. 300 *sq.* ; Alexy 2002a, p. 47. Pour une critique de cette notion, voir Borowski, 1998, pp. 76-77.

384 Alexy, 1979, p. 71 *sq.*

385 BVerfGE, 86, 1.

à indemniser ledit officier de réserve, était confrontée à un conflit de principes entre, d'un côté, le principe de la liberté d'expression (article 5.1.1. de la Loi fondamentale) et, de l'autre, celui du « droit au respect de la personnalité »³⁸⁶ (dérivable des articles 1.1. et 2.1 de la Loi fondamentale). Selon le Tribunal, si l'expression « tueur-né » peut encore se concevoir comme purement satirique³⁸⁷ – et par conséquent le principe de liberté d'expression prévalait quant à cet aspect du cas –, l'expression « estropié » est de nature à « offenser sérieusement dans son droit au respect de sa personnalité »³⁸⁸ l'officier paraplégique. Ici, la nécessité de réaliser le principe de protection du droit de la personnalité surpasse le principe de liberté d'expression.

Ce que cet exemple montre, pour Alexy, c'est que la manière dont un principe peut prévaloir sur l'autre dépend des caractéristiques du cas, et ne peut être déterminée par une formule de subsomption. Ainsi, une formule du type : « lorsque le droit à la personnalité est gravement lésé, il faut le faire prévaloir sur le droit à la liberté d'expression » ne fera pas l'affaire. En effet, ce qu'il faut établir n'est pas uniquement que le droit à la personnalité est gravement lésé, mais qu'il est si gravement lésé qu'il défait le principe de la liberté d'expression – ce qui ne peut être fait qu'au moyen d'une pesée (ou pondération). Cette pesée va permettre de proportionner le degré de non-réalisation du premier principe (ici la liberté d'expression) à l'importance de réaliser le second (ici le droit à la personnalité), et de faire prévaloir, pour cette raison, le second sur le premier. La pesée doit donc respecter un réquisit de *proportionnalité*³⁸⁹ : la pesée doit être appropriée (il faut qu'il y ait au moins une considération de principe adverse importante) ; elle doit être nécessaire ; elle doit être proportionnée (au sens strict) : plus la non-réalisation du premier principe représente une atteinte grave, plus l'importance de satisfaire le second doit être impérieuse.

Pour ce faire, on détermine ce qu'Alexy appelle le degré d'interférence³⁹⁰, c'est-à-dire le degré de non-satisfaction du principe. Pour un principe P_i , son degré d'interférence sera I_i et quantifiera, si c'est possible, l'intensité du préjudice que la réalisation de l'autre principe cause à P_i . Le degré d'interférence est toujours une caractéristique des situations de pesée concrètes. En revanche, ce qu'Alexy appelle le *poids abstrait* des principes est un ordonnancement des principes abstraction faite des situations concrètes. Ainsi, selon Alexy, on sait à l'avance que le droit à la vie surpasse nécessairement la liberté d'aller et venir. Le poids abstrait du principe P_i se notera W_i . Mais bien souvent, le poids abstrait des principes sera globalement équivalent.

On obtient donc deux formules de pesée W_{ij} ³⁹¹. La première ne prend en compte que les interférences concrètes : un principe P_i surpasse un principe P_j dans

386 On traduit ainsi, de manière hélas bien insatisfaisante, le « *Persönlichkeitsrecht* » du droit constitutionnel allemand.

387 BVerfGE, 86, 1 (12).

388 BVerfGE, 86, 13 (« [diese Wertung]... verletzte ihn schwer in seinem Persönlichkeitsrechts »)

389 Alexy, 2002a, p. 66 *sq.*

390 Alexy, 2003, p. 440.

391 Il ne faut pas confondre W_{ij} (formule de pesée) et W_i et W_j qui désignent le poids abstrait des principes P_i et P_j respectivement.

une situation concrète, lorsque l'application du principe P_i entraîne une interférence I_j moindre que I_i – à savoir que l'interférence que l'application du principe P_j entraîne pour I_i . Plus un principe est *concrètement* important, plus la non-interférence avec l'autre principe interfère avec (est dommageable pour) lui³⁹². On obtient donc la formule suivante³⁹³ :

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Si le résultat est supérieur³⁹⁴ à 1, alors cela veut dire que le respect de P_j entraîne une interférence pour P_i plus grande que l'interférence que P_i entraîne pour P_j . Des deux interférences, il faut choisir la plus petite, et par conséquent choisir P_i . Si le résultat est égal à 1, alors le conflit n'est pas décidable, et s'il est inférieur à 1, alors il faut choisir P_j .

Cependant, une pesée concrète fera nécessairement appel au poids abstrait des principes eux-mêmes, et non pas simplement à l'interférence concrète que le respect de l'un cause à l'autre. C'est pourquoi Alexy élabore une deuxième formule de pesée³⁹⁵ (que l'on simplifie pour les besoins de l'analyse) :

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i}{I_j \cdot W_j}$$

Bien entendu, si les poids abstraits sont identiques, leur ajout à la formule ne change rien et il faudra choisir le principe dont le respect occasionne l'interférence la plus faible. De même, si la différence de poids est proportionnelle aux rapports d'interférence (par exemple le principe qui souffre de la plus grande interférence est également celui qui a le plus grand poids abstrait). En revanche, une petite interférence à un principe dotée d'un très grand poids abstrait ne suffira pas à faire prévaloir le principe adverse.

On peut passer plus rapidement sur les collisions de règles. Alexy est plus modéré que Dworkin à ce sujet. Selon Alexy, il y a deux cas possibles. Soit il est possible de résoudre le conflit de manière à créer une exception à la règle défaite (sur la base de métarègles, voire de principes) ; soit cela est impossible, auquel cas l'une des règles doit être invalide³⁹⁶. Alexy souligne par ailleurs que, lorsque les métarègles résolvent un conflit, on a alors affaire à une méta-subsumption³⁹⁷ : on subsume le cas sous chacune des deux règles, puis on subsume une des deux règles (par hypothèse une seule des deux) sous la métarègle. Alexy indique par ailleurs qu'il est possible de peser des règles conflictuelles lorsqu'elles demeurent irrésolues au moyen des métarègles, mais il

392 Alexy, 2003, p. 441.

393 Alexy, 2003, p. 444. Voir pour un commentaire Moreso, 2012b, p. 37.

394 L'important n'est pas de donner des ordres de grandeur absolus, mais au moins de pouvoir ordonner les interférences de manière relative.

395 Alexy, 2003, p. 446.

396 Alexy, 1979, p. 72.

397 Alexy, 2003, pp. 434-435.

demeure qu'il faut nécessairement avoir effectué au préalable la subsomption ne serait-ce que pour avoir fait apparaître le conflit.

Le cas de figure le plus intéressant, du moins dans la perspective qui est la nôtre est la collision des règles et des principes³⁹⁸. En premier lieu, il convient de remarquer que les règles naissent typiquement sur l'arrière-fond de conflits de principes³⁹⁹ : lorsque deux principes de poids abstrait globalement équivalent et de ratio d'interférence peu ou prou égal à 1 entrent en conflit, le jurislatureur⁴⁰⁰ va formuler une règle de manière à résoudre à l'avance le conflit. Pour que la règle soit vraiment utile, et évite aux Cours d'avoir, à chaque fois, à effectuer la pesée qu'elle entend elle-même résoudre, il faut qu'elle soit au moins *prima facie* applicable à chaque fois qu'un cas est subsumable sous elle. Par conséquent, il est important que les règles aient précedence sur les principes conflictuels d'arrière-plan. Mais, comme l'écrit Alexy, « toute la question est de savoir de quelle force cette précedence est dotée »⁴⁰¹.

Alexy maintient en effet fermement que les règles, comme les principes, n'ont de force que *prima facie*, mais que leur caractère *prima facie* se manifeste de manière différenciée⁴⁰². Le caractère *prima facie* des principes est dû au fait que ceux-ci sont susceptibles d'entrer en conflit, et, bien davantage que cette susceptibilité au conflit éprouve leur nature de principe. En revanche, la nature *prima facie* des règles s'explique par le fait que dans des situations sans doute plus rares, elles seront défaites par des principes, c'est-à-dire qu'une clause d'exception sera introduite sur le fondement de principes. Or, « contrairement à ce qu'affirme Dworkin, les clauses d'exception introduites en vertu de principes ne sont pas même théoriquement énumérables »⁴⁰³, d'où le caractère *prima facie* des règles. De fait, pour expliquer cette défaisabilité des règles par les principes, Alexy a recours à la même solution que Dworkin : il indique ainsi qu'existent des « principes formels »⁴⁰⁴ qui établissent que les règles doivent être appliquées. Une règle est défaite lorsque ces principes sont surpassés par un principe de poids supérieur. Or plus fort sera le poids abstrait de ces principes formels, plus strictes seront les règles, *i.e.* plus il sera *prima facie* impératif de les appliquer. Lorsque ces principes formels ne se voient donner aucun poids, alors les règles acquièrent le même caractère *prima facie* que les principes, et sont sans cesse susceptibles d'être défaites par ces derniers – à ceci près qu'on se demanderait alors ce à quoi elles servent dans un tel système.

Le choix de la solution des « principes formels » est naturellement beaucoup plus cohérent que l'usage qu'en fait Dworkin, puisqu'elle est utilisée à des fins exactement inverses que celles auxquelles celui-ci l'emploie, c'est-à-dire montrer que les

398 Voir pour une première esquisse de ce point Alexy, 1979, p. 78.

399 Alexy, 2002a, p. 83.

400 Alexy envisage ici surtout le caractère des normes (règles et principes) constitutionnelles. Cependant, il peut être généralisable aux règles législatives, tous problèmes de hiérarchie des normes mis à part.

401 Alexy, 2002a, *ibid.*

402 Alexy, 1979, pp. 78-79 ; Alexy, 2002a, p. 57.

403 Alexy, 2002a, p. 58.

404 Alexy, 2002a, p. 59.

règles ne déterminent que *prima facie* les décisions juridictionnelles. On pourrait néanmoins objecter à Alexy (et à Dworkin) qu'il n'y a aucune raison de supposer que ces « principes formels » ne sont pas des règles d'applicabilité – on reviendra sur ce point plus loin dans le cours de l'examen.

3. La théorie de M. Atienza et J. Ruiz Manero

La théorie des principes d'Atienza et de Ruiz Manero⁴⁰⁵ va également faire usage des « principes formels », mais afin de soutenir une thèse assez différente – et également éloignée de celle de Dworkin. Les auteurs partent du constat, appuyé par des considérations tirées du droit espagnol, que « principe » est résolument polysémique⁴⁰⁶. Selon eux, les principes au sens strict doivent être entendus comme désignant des normes « exprimant les plus hautes valeurs de l'ordre juridique, d'une de ses parties, d'une institution, etc »⁴⁰⁷ ; un peu à la manière de Dworkin, ils les contrastent avec des « politiques ou buts », entendues comme normes fixant un objectif et stipulant une obligation de moyens, sinon de résultat⁴⁰⁸. D'autre part, ils distinguent les principes explicites et les principes implicites, dérivables à partir des autres normes de l'ordre juridique.

Selon Atienza et Ruiz Manero, on peut distinguer les règles des principes sous deux aspects, ou selon deux approches, une approche structurelle et une approche fonctionnelle⁴⁰⁹. L'approche structurelle, inspirée des travaux d'Alchourrón et Bulygin, distingue les règles et les principes dans la manière dont ils attachent des cas génériques et des solutions. Les principes comme les règles attachent des solutions à des cas ; cependant, alors que les conditions d'application des règles sont closes, les conditions d'application des principes sont ouvertes. Les règles définissent une liste close de propriétés pertinentes des cas génériques, alors que, pour les principes, aucune liste close de propriétés ne peut être fournie⁴¹⁰.

Le trait caractéristique des principes est qu'il est impossible de subsumer un cas individuel sous le cas générique, parce que les propriétés de ce dernier ne sont pas spécifiées à l'avance – ce trait nous semble, comme on l'a indiqué à la fin du deuxième chapitre et dans l'appendice, une description exacte des principes, dont l'applicabilité conceptuelle dépend non pas de l'identification des propriétés pertinentes, mais d'une

405 On va ici se fonder principalement sur le premier chapitre d'Atienza et Ruiz Manero, 1998. Voir aussi Atienza et Ruiz Manero, 1992 et Atienza et Ruiz Manero, 2000 ; Atienza et Ruiz Manero, 2012.

406 Atienza et Ruiz Manero, 1998, pp. 3-4. De même qu'Alexy (Alexy, 2002a, p. 45), ils rejettent les acceptions faisant des principes des normes plus générales ou plus vagues que les règles.

407 Atienza et Ruiz Manero, 1998, p. 4.

408 Atienza et Ruiz Manero, 1998, p. 6.

409 Atienza et Ruiz-Manero, 1998, pp. 6-15. On passe ici sous silence la troisième approche qui envisage la distinction sous l'angle des « intérêts et des relations de pouvoir existant dans une société » (Atienza et Ruiz Manero, 1998, p. 7).

410 Atienza et Ruiz Manero, 1998, pp. 8-9. C'est la raison pour laquelle Atienza et Ruiz Manero décrivent les principes comme des normes catégoriques au sens du von Wright de *Norm and Action* (von Wright, 1963a, p. 74 – cf. deuxième chapitre) : des normes conditionnelles dont la condition est toute condition dans laquelle il est possible de réaliser l'antécédent.

décision normative. Selon Atienza et Ruiz Manero, qui se distinguent ainsi radicalement d'Alexy, la solution normative elle-même (l'action prescrite par le principe) n'est pas ouverte ou indéterminée. Autrement dit, une fois que l'on a établi que le principe est applicable (par la pesée, et non par la subsumption), le principe s'applique ou ne s'applique pas, on s'y conforme ou on ne s'y conforme pas, exactement comme pour une règle⁴¹¹. Un principe ne se réalise pas par degré, en revanche, la question de savoir s'il est applicable ou pas ne peut être résolue sur la considération d'hypothétiques propriétés pertinentes. Alors que chez Alexy – en raison du concept confus de subsumption que ce dernier emploie –, la question de l'identification du cas où intervient le principe ne semble pas problématique, et que seule se pose la question du degré de réalisation de la « solution normative », *i.e.* du principe lui-même, chez Atienza et Ruiz Manero en revanche, c'est l'indétermination des conditions d'application qui entraîne la pesée. Comme l'écrit Peczenik au sujet de leur théorie : « Le problème de la pesée ne disparaît pas, mais il est transféré dans une autre “boîte” : il passe d'une analyse du contenu des règles/principes à une analyse sur leur applicabilité »⁴¹². En revanche, les « politiques ou les buts » peuvent être adéquatement décrits comme des mandats d'optimisation, car ils ne prescrivent pas un modèle de comportement à adopter, mais un résultat à atteindre, sans en spécifier les moyens concrets.

L'approche fonctionnelle envisage les principes et les règles comme des raisons pour l'action. La différence entre les deux types de normes peut être décrite ainsi : les règles fournissent des raisons péremptoires et indépendantes du contenu pour l'action⁴¹³. Cette double caractéristique est inspirée de Hart⁴¹⁴, même si les auteurs font équivaloir raisons péremptoires et raisons protégées raziennne. Les règles fournissent des raisons péremptoires, dès lors qu'elles préemptent la délibération sur les mérites de l'action qu'elles prescrivent, et elles sont indépendantes du contenu puisque l'obligation d'y obéir provient du fait qu'elles sont un certain type de raison (*e.g.* provenant d'une certaine source) et non du contenu de la raison elle-même. Les principes explicites sont des raisons indépendantes du contenu (puisque, par hypothèse, ils sont dérivables de sources), mais ils ne sont pas des raisons péremptoires, parce que pour déterminer si je dois l'appliquer, il faudra que je procède à une pesée normative. Or je ne peux peser deux principes que si j'évalue le mérite de leur application respective au cas. En ce sens, ce sont des raisons de premier ordre de ϕ ou de non- ϕ , et pour savoir quand j'ai une telle raison, il faudra que je mesure son poids, eu égard à d'autres raisons. – Cela n'ôte d'ailleurs rien au fait que les principes requièrent comme les règles une pleine observation, *i.e.* que l'on ne puisse réaliser par degrés un principe : soit on suit une raison de ϕ soit on ne la suit pas.

Enfin, les principes implicites sont des raisons de premier ordre. Ces dernières ne sont donc pas péremptoires ; mais elles ne sont pas davantage indépendantes du

411 Atienza et Ruiz Manero, 1998, pp. 10-11 et pp. 36-43.

412 Peczenik, 2005, p. 122.

413 Atienza et Ruiz Manero, 1998, pp. 12-13.

414 Hart est l'auteur des concepts de raison indépendante du contenu et péremptoire (Hart, 1982).

contenu – puisque, par hypothèse, les principes implicites sont dégagés au moyen d'un raisonnement évaluatif.

De même que chez Dworkin et Alexy, la question que pose la distinction des règles et des principes porte sur l'interaction de ces deux types de normes. De manière quelque peu paradoxale, Atienza et Ruiz Manero soutiennent à la fois la thèse selon laquelle les règles sont défaisables sur le fondement de principes⁴¹⁵ et la thèse selon laquelle les règles ne créent pas, contrairement aux principes, d'obligation *prima facie*. Selon les auteurs, le caractère ouvert ou fermé des conditions d'application, c'est-à-dire les traits structurels des règles et des principes n'est pas sans lien avec leurs traits fonctionnels⁴¹⁶ : si les règles sont (ou fournissent) des raisons « péremptoires » pour l'action, c'est en raison du caractère clos de leurs conditions d'application. Soulignons tout d'abord que ce caractère clos n'est nullement incompatible avec l'inévitable indétermination sémantique des règles⁴¹⁷ – qui présente des problèmes de subsomption particuliers. Le caractère clos des conditions d'application des règles n'est pas incompatible avec la *texture ouverte* ou le vague des énoncés normatifs : si *x* est un véhicule, alors il est interdit dans le parc ; s'il ne l'est pas, alors il est autorisé. Quand on est incapable de déterminer si *x* est un véhicule ou non, alors l'application de la règle proviendra d'une décision du juge, mais cela ne veut nullement dire que l'on ajoute une condition supplémentaire d'application de la règle.

Les principes ont des conditions ouvertes d'application : *p* est obligatoire dans tous les cas où *p* ou non-*p* sont possibles et sauf si cette obligation est surpassée par un principe de poids supérieur. La dimension de poids de principes porte donc, comme on l'a déjà remarqué, sur leurs conditions d'application : il est impossible de dire si un principe est applicable *avant* la pesée normative. Par conséquent, si pour déterminer si le principe est applicable ou non, il faut peser les mérites de l'application des principes, il est évident que les principes ne peuvent pas être des raisons péremptoires. En revanche, selon Atienza et Ruiz Manero, si les règles sont (ou fournissent) des raisons péremptoires, c'est parce que les conditions d'application sont closes⁴¹⁸. Cette dernière affirmation est néanmoins problématique car ambiguë : soutient-on que la clôture des conditions d'application est une condition nécessaire ou une condition suffisante du caractère de raison péremptoire de la règle ? Il est manifeste qu'il s'agit d'une condition nécessaire, dès lors que, par contraposition, on admet que le caractère ouvert des conditions d'application est une raison suffisante pour le caractère non péremptoire de la raison fournie par la norme concernée. En revanche, Atienza et Ruiz Manero semblent supposer que dès lors que les règles sont caractérisées par des conditions closes d'application, elles doivent nécessairement fournir des raisons péremptoires. Or il n'est pas nécessaire qu'il en aille ainsi. Le caractère clos des conditions d'application peut très bien fournir une raison de premier ordre, surpassable par une raison de poids supérieur. Lorsque je fais une promesse, j'ai une raison non péremptoire de la tenir.

415 Voir *e.g.* Atienza et Ruiz Manero, 2012, p. 249.

416 Atienza et Ruiz Manero, 1998, p. 27.

417 Atienza et Ruiz Manero, 1998, p. 29.

418 Atienz et Ruiz Manero, 1998, p. 27.

Le fait de faire une promesse est une condition suffisante pour avoir une raison dotée d'un certain poids de la tenir ; en revanche, il s'agit d'une raison *pro tanto* surpassable par une raison de poids supérieur. De la même manière, la réalisation des conditions d'applicabilité d'une règle peut fournir une raison *pro tanto* d'appliquer la règle, sans que l'on ait besoin de procéder à une pesée quant à l'applicabilité de la règle elle-même. Le caractère *prima facie* est par conséquent attaché à la force de la solution normative – *i.e.* à ce qu'on a appelé l'applicabilité normative de la règle – et non à la clôture des conditions d'application – *i.e.* à l'applicabilité conceptuelle de la règle. Autrement dit, si les règles fournissent des raisons péremptoires, c'est pour d'autres raisons que le seul caractère clos des conditions d'application (qui est néanmoins nécessaire).

Quoi qu'il en soit, pour Atienza et Ruiz Manero, toute norme *prima facie* est par définition un principe⁴¹⁹. Comment expliquer alors que les règles soient défaisables sur le fondement des principes, thèse qu'Atienza et Ruiz Manero maintiennent avec force⁴²⁰ ? Par exemple, ils affirment à la fois que les règles n'ont pas de caractère *prima facie*, mais absolu, en raison de leurs conditions d'application closes et d'autre part que « l'applicabilité de toute règle est conditionnée par le fait que son application n'est pas en conflit avec un principe qui a plus grand poids »⁴²¹. Si l'absence de conflit avec un principe est *une condition de l'applicabilité des règles*, et si l'applicabilité elle-même des principes suppose une pesée normative, alors comment est-il possible de maintenir que les règles ont des conditions closes d'applicabilité, et, par conséquent, qu'elles fournissent une raison pour l'action ? Pour résoudre cette contradiction *in adjecto*, les auteurs ont recours, comme Alexy et Dworkin, aux « principes formels », c'est-à-dire aux principes enjoignant d'appliquer les règles. Selon eux, le raisonnement juridique procède à deux niveaux : au premier niveau, le droit impose aux juges de trouver une balance des raisons sur la base des normes juridiques ; au second niveau, la balance des raisons requiert, dans la plupart des cas, l'usage d'une règle juridique⁴²². « Bien sûr, ce second niveau est atteint lorsque le principe selon lequel "on devrait faire ce que les règles prescrivent" n'est pas surpassé, au premier niveau, par un principe qui a plus de poids dans le cas auquel on est confronté. Lorsque ce principe n'est pas surpassé, alors

419 Atienza et Ruiz Manero, 1998, p. 34. Ce faisant, ils répondent principalement aux objections de Luis Prieto Sanchis (voir Prieto Sanchis, 1998, p. 52 *sq.*).

420 Dans des travaux plus récents Atienza et Ruiz Manero ont considérablement affiné leurs thèses initiales en distinguant la licéité (ou illicéité) typique ou atypique (Atienza et Ruiz Manero, 2012, p. 244 *sq.*). Un acte est illicite lorsqu'il est contraire à une norme. L'illicéité typique intervient lorsque la règle est violée (la règle prescrit de ϕ , je fais non- ϕ). L'illicéité atypique intervient lorsqu'une action est permise par une règle, mais que celle-ci est sous-inclusive eu égard à un principe qui la justifie. *Prima facie*, l'action semble conforme à la règle, mais en raison de son opposition au principe sous-jacent, elle devient illicite (pour les auteurs l'abus de droit est un exemple massif). Si on modifie l'opérateur déontique, alors on obtient le concept de licéité typique et atypique. Un acte ou une abstention est licite lorsqu'il ou elle est conforme à une règle d'obligation ou d'interdiction (respectivement). Un acte est licite de manière atypique lorsqu'il viole une règle applicable, mais qu'il est conforme à son principe sous-jacent et devient de ce fait licite.

421 Atienza et Ruiz Manero, 1998, p. 32.

422 Atienza et Ruiz Manero, 1998, p. 33.

dans le raisonnement de l'organe juridictionnel la règle (...) fonctionne comme une raison péremptoire »⁴²³.

Cet usage des principes formels au moyen d'un raisonnement à deux niveaux est néanmoins très contestable. En premier lieu, si l'on suppose *arguendo* qu'existe un tel principe formel, alors celui-ci ne peut être pesé au premier niveau purement *in abstracto*, sans tenir compte de ce que la règle requiert. C'est parce que la règle requiert de ϕ que le principe qui recommande de l'appliquer peut être pesé avec d'autres principes substantiels : si les règles ne sont pas spécifiées au premier niveau, le principe formel, étant *purement formel*, ne fournit aucun conflit avec aucun autre principe. Il n'y a de conflit entre le principe formel et les autres principes que s'il y a conflit entre la règle et les principes en question. Par conséquent, l'idée d'Atienza et Ruiz Manero selon laquelle on aurait une raison non péremptoire (un principe formel opérant au niveau 1) d'avoir une raison péremptoire (une règle opérant au niveau 2) ne peut qu'occasionner une inversion des niveaux : la règle est applicable sauf si elle entre en conflit direct avec un principe ; on pèse alors ce principe avec le principe formel. Mais si c'est le cas, les conditions d'application de la règle ne peuvent plus être closes, puisque l'applicabilité de la règle est conditionnée au non-surpassement du principe formel par le principe matériel conflictuel et que l'issue de la résolution d'un conflit de principes n'est pas spécifiable à l'avance – si elle l'était, alors les conditions d'application du principe seraient elles-mêmes closes.

C'est pourquoi l'argument de Ruiz Manero et Atienza permet d'expliquer pourquoi les règles ne sont généralement pas défaites sur le fondement des principes (*i.e.* en raison d'un principe formel doté d'un poids non négligeable) – « le fait que la grande majorité des cas est résolu à travers une application non controversée des règles »⁴²⁴ – mais il ne permet nullement de sauver la thèse selon laquelle les règles sont dotées de conditions d'application closes et fournissent de ce fait des raisons péremptoires pour l'action. En fin de compte, ils sont confrontés au même type d'incohérence que celle manifestée par la distinction dworkinienne des principes et des règles fondée sur le caractère de tout-ou-rien de ces dernières.

4. La théorie de J. Hage et A. Peczenik

Jaap Hage et Aleksander Peczenik ont, séparément et en commun, bâti une théorie des règles et des principes directement calibrée pour prendre en charge la défaisabilité (contrairement aux autres théories examinées ci-avant, qui ont généralement des buts théoriques plus large). On va ici se fonder principalement sur leur article « Law, Morals and Defeasibility »⁴²⁵ qui marque la rencontre de deux théories ayant été élaborées par leurs auteurs séparément⁴²⁶. L'intérêt de leur théorie est de distinguer la force

423 Atienza et Ruiz Manero, 1998, pp. 33-34.

424 Atienza et Ruiz Manero, 1998, p. 33.

425 Hage et Peczenik, 2000.

426 Hage, 1996, p. 48 *sq.* ; Hage, 1997, pp. 106-130 ; Peczenik, 2000, p. 287 *sq.* ; Peczenik, 2005, pp. 115-125 ; Peczenik, 2008, pp. 61-76 et pp. 340-342

normative des raisons et la défaisabilité des normes (règles comme principes). Cette distinction leur permet d'aboutir à une théorie qui maintient à la fois que les règles sont susceptibles du tout ou rien et qu'elles sont généralement défaisables ;

On commence par distinguer deux types de raisons : les raisons décisives et les raisons contributives. Les raisons décisives déterminent leur conclusion : si X est une raison décisive de Y , alors X est une condition suffisante de Y . Autrement dit, si c'est le cas que j'ai une raison décisive de Y , alors Y suit nécessairement. Dans le sous-domaine des raisons pour l'action, cela donne la définition suivante, si lorsque c'est le cas que p , j'ai une raison⁴²⁷ décisive de décider de ϕ , alors à chaque fois que p raison intervient, je décide de ϕ (sauf à être irrationnel). En revanche, les raisons contributives ne déterminent pas leur conclusion, mais, comme leur nom l'indique, elles y contribuent : j'ai une raison contributive de ϕ lorsque j'ai une raison de ϕ , mais que cette raison ne suffit pas à étayer ma décision. Il y aura d'autres raisons *pro* et *contra* qui s'appliqueront, de sorte que c'est l'ensemble de toutes les raisons contributives pertinentes qui déterminent la décision. Pour ce faire, il faut que les raisons aient été pesées, et que les raisons *pro* l'aient emporté.

Selon Hage et Peczenik, un principe a la structure logique suivante. Ils comportent une condition et une conclusion ; la condition est qu'une certaine mesure⁴²⁸ contribue à un certain état désirable ; la conclusion est que cette mesure devrait être prise. Si une mesure a pour effet de contribuer à la protection de l'environnement, alors cette mesure doit être prise. Cependant, le fait que cette mesure contribue à la protection de l'environnement ne constitue qu'une raison contributive pour la décision de prendre la mesure. Elle peut être surpassée par d'autres raisons. Ainsi si la mesure en question consiste à fermer toutes les usines du pays, il est certain qu'elle contribue grandement à la protection de l'environnement, mais ce fait ne constitue certainement pas d'une raison décisive pour prendre cette mesure.

En revanche, les règles occasionnent (*generate*) des raisons décisives pour l'action⁴²⁹. Le schéma est le suivant. Si les conditions (ou si l'on préfère l'antécédent) de la règle est réalisé, alors la règle est applicable. Les faits qui rendent la règle applicable constituent, si la règle est appliquée, une raison décisive pour la conclusion (le conséquent) de la règle. Si la règle stipulent que les véhicules sont interdits dans le parc, alors, si la règle est applicable le fait que x soit un véhicule est une raison décisive pour qu'il soit interdit de le faire entrer dans le parc. Les faits qui rendent la règle applicable sont ceux qui fournissent une raison décisive pour dériver la conclusion⁴³⁰ (on apportera plus loin des précisions sur ce point).

427 On se souvient que dans la RBL de Hage, ce sont les *faits* qui sont des raisons (le fait qu'il pleuve est une raison de prendre mon parapluie).

428 Termes que les auteurs laissent non définis.

429 Hage et Peczenik, 2000, p. 310.

430 On retrouve ici la différence avec Raz déjà mentionnée. Chez Raz, le fait qu'il y ait une règle est une raison exclusive (ou dans les termes de Hage et Peczenik décisive) pour faire ce que la règle requiert. En revanche, chez Hage (et chez Hage et Peczenik), la règle n'est pas une raison ; la règle fait d'un fait une raison pour faire quelque chose.

Avant d'envisager la manière dont ces auteurs articulent ces définitions des principes (*i.e.* des normes générant des raisons contributives) et des règles (des normes générant des raisons décisives), il convient d'envisager le rôle particulier qu'ils assignent aux deux types de normes au sein du système juridique⁴³¹. Les principes viennent pour ainsi dire en premier. Les principes génèrent des raisons contributives qui doivent, à chaque fois, être pesées les unes aux autres. En plus du coût et du temps que cela occasionne, il faut noter que les principes ne portent que sur un aspect des cas auxquels ils s'appliquent. Si on reprend l'exemple de la décision *Titanic* envisagée plus haut, le cas présente de multiples aspects : d'un côté, les propos du magazine sont de nature à porter atteinte au « droit à la personnalité », de l'autre, ils réalisent jusqu'à un certain degré la liberté d'expression. Chacun des principes applicables dépendra donc d'un aspect du cas, d'où leur nécessaire mise en conflit.

D'autre part, une décision uniquement fondée sur des principes sera nécessairement confrontée à l'indétermination de ces derniers, dès lors que l'on ne dispose pas de critères fixes de ce qui compte comme une raison valide ou non et que l'on ne dispose pas à l'avance d'une hiérarchisation des principes et de leurs poids respectifs. De sorte qu'en raison de tous ces aspects, il est généralement très difficile de savoir, lorsque l'on se fonde uniquement sur des considérations de principes, quels types de cas fournissent une condition pour quels types de conséquences. Les règles permettent d'attacher, avec une certaine clarté, des cas à des conséquences, et ainsi de fournir des solutions toutes faites à des conflits de principes récurrents. La règle évite la pesée perpétuelle des raisons *pro et contra*, puisque la règle détermine d'emblée quels faits sont pertinents et de quelle manière les raisons que constituent ces faits doivent être pesées. C'est la raison pour laquelle une règle ne peut en théorie être défaite sur le fondement des principes conflictuels sous-jacents.

Les règles comme les principes sont défaisables. Les principes sont défaisables de deux manières : selon la première, un principe est défait lorsqu'il est surpassé par une raison contributive plus forte ; selon la seconde, il est défait lorsque survient une exception au principe. On reviendra plus loin sur la nature de cette exception.

La véritable question se pose pour les règles : comment une règle peut-elle à la fois générer une raison décisive et être défaisable⁴³² ? La réponse à cette question suppose une théorie unifiée des exceptions. En effet, selon Hage et Peczenik, une règle génère une raison décisive en ce que la réalisation des conditions de la règle rend cette dernière applicable. Les auteurs ne prennent pas la peine de définir clairement leur concept d'applicabilité, mais il semble qu'ils entendent par là quelque chose à mi-chemin entre ce que nous avons appelé applicabilité conceptuelle et ce que Moreso et Navarro ont appelé applicabilité interne (c'est-à-dire la subsumption *plus* les domaines de validité⁴³³). Selon Hage et Peczenik, la réalisation des conditions de la règle rend la règle *applicable*, mais ce n'est pas une raison pour *l'appliquer*. Or selon eux, l'applica-

431 On résume ici Hage et Peczenik, 2000, pp. 309-310.

432 Peczenik, 2005, p. 121.

433 On renvoie à l'appendice de la première partie sur ce point.

bilité de la règle est une raison pour l'appliquer, mais ce n'est qu'une raison contributive. (On retrouve ici, quelque peu dissimulée, la stratégie des « principes formels »). Lorsque survient une exception, on a une raison pour ne pas appliquer une règle pourtant applicable.

On a donc le schéma suivant : une règle est applicable ; la raison contributive de l'appliquer n'est pas surpassée ; on a donc une raison de l'appliquer. Si on l'applique alors on a une raison décisive de dériver la conclusion. Il peut y avoir des raisons de ne pas appliquer la règle ; si ces raisons sont décisives, alors elles excluent toutes raisons contraires, y compris la raison contributive d'appliquer la règle constituée par l'applicabilité de cette dernière. Si au contraire, il n'y a pas de raison de ne pas appliquer la règle (pas de raison décisive, ou pas de raison contributive d'un poids supérieur), alors on a une raison, tout bien considéré, d'appliquer la règle. Si la règle est appliquée, elle constitue une raison décisive pour la conclusion.

La règle est par conséquent défaite s'il y a une raison contributive ou décisive de ne pas appliquer la règle. La question qui se pose est de savoir quels faits peuvent constituer de telles exceptions ? Le cas le plus simple est naturellement celui du conflit de règles que l'on laisse de côté. En revanche, un principe peut-il défaire une règle ? Cette question est pour les auteurs difficile. En effet, il semble bien que la fonction des règles est d'exclure les considérations de principes et les pesées particulières. C'est pourquoi, lorsqu'une règle entre en conflit direct avec un principe, c'est la règle qui crée une exception au principe et non l'inverse. Comme on l'a suggéré plus haut en effet, Hage et Peczenik (contrairement à *e.g.* Dworkin) soutiennent que les principes sont susceptibles de recevoir des exceptions, et ces exceptions proviennent des règles elles-mêmes. Il en résulte que les règles sont, en principe, indéfaissables sur le fondement des considérations de principe qui ont guidé son adoption.

Cependant, il se peut également que les principes fassent exception aux règles. Pour le comprendre, il faut se rappeler que les règles sont adoptées sur un arrière-plan de principes potentiellement conflictuels. Le législateur choisit un certain nombre de propriétés pertinentes, *i.e.* d'aspects des cas (on a vu que les conflits de principes étaient occasionnés par l'aspect multifacettes des cas) et décide d'y attacher une conséquence juridique. Selon Hage et Peczenik, ce faisant le législateur peut (par paresse, par imprévoyance, par ignorance, etc.) ne pas tenir compte d'un certain nombre d'aspects qui occasionneraient une autre conflit de principes que celui qui est à l'arrière-plan de la règle et tel que, si le législateur en avait eu connaissance, il aurait tranché le conflit en sens inverse de celui par lequel il a tranché le premier conflit, celui qui a donné naissance à la règle. Ainsi, en adoptant la règle sur les véhicules dans le parc, le législateur a retenu deux aspects du cas : le fait que les véhicules troublent la tranquillité publique ; le fait que passer par le parc constitue pour les conducteurs un appréciable gain de temps. Ces deux aspects font naître deux raisons contributives d'interdire ou ne pas interdire les véhicules dans le parc, et le législateur choisit de trancher définitivement le conflit en prohibant les véhicules dans le parc. Survient une ambulance. Ici, le cas présente un aspect que le législateur n'a pas pris en compte, le fait que passer par le parc est nécessaire pour arriver plus vite à l'hôpital en cas de danger pour le passager

de l'ambulance. On a donc une raison contributive forte, occasionnée par le principe de santé publique, de ne pas appliquer la règle. – Cependant, même dans ce cas, il se peut que la raison contributive que j'ai d'appliquer la règle parce qu'elle est applicable l'emporte, par exemple parce que le principe de sécurité juridique, qui s'additionne à la raison contributive d'appliquer la règle, est d'un poids particulièrement important.

Hage et Peczenik en arrivent donc à la conclusion que les principes peuvent défaire les règles⁴³⁴, mais qu'il faudra à la fois la détermination d'un aspect non pris en compte dans la résolution du conflit de principe initial, et que le principe soit d'un poids important. Lorsque la première de ces conditions n'est pas réalisée, la règle *exclut* le principe (crée une exception au principe) ; lorsque la seconde des conditions n'est pas réalisée, la raison d'appliquer la règle *surpasse* la raison générée par le principe. Lorsque les deux conditions sont réunies la raison générée par le principe surpasse la raison d'appliquer la règle.

Le modèle de Hage et Peczenik est élégant ; il est néanmoins défectueux. Il faut revenir en effet sur les rapports entre règles, raisons décisives et applicabilité dans le schéma qui est le leur. Il faut, pour l'expliquer, reprendre ce schéma point par point. Nous avons une règle : si x est un véhicule, x n'a pas le droit d'entrer dans le parc. Dans une version simplifiée de RBL⁴³⁵, cela donne

$$(1) \quad \text{vehicule}(x) \Rightarrow \text{pr}(x, \text{entrer\_parc})^{436}$$

Par comparaison, un principe s'écrit ainsi

$$(2) \quad \text{contribue}(\text{mesure}, \text{pollution}) \supset \text{O}(\neg \text{mesure})$$

où « $\supset$ » représente le fait que l'antécédent est, selon le principe, une raison contributive et que le conséquent doit être le cas sauf si le principe est surpassé ou qu'il survient une exception (une raison décisive de ne pas appliquer le principe). Or $\Rightarrow$ ne représente pas une raison décisive, parce que, dans le schéma de Hage et Peczenik, $\text{Vehicule}(\text{marcelle})$ n'est pas une raison pour que $\text{pr}(\text{marcelle}, \text{entrer\_parc})$. En revanche, $\text{Vehicule}(\text{marcelle})$ rend la règle applicable. Or l'applicabilité de la règle constitue une raison contributive pour son application : si la règle est applicable il y a une raison contributive pour que la règle soit appliquée/s'applique (*applies*) :

$$(3) \quad \text{applicable}(\text{condition} \Rightarrow \text{conclusion}) \supset \text{s\_applique}(\text{condition} \supset \text{conclusion}).$$

Si $\text{Applicable}(\text{vehicule}(\text{marcelle}) \Rightarrow \text{pr}(\text{marcelle}, \text{entrer\_parc}))$, ce qui est par hypothèse le cas, et si la raison contributive d'appliquer la règle n'est pas surpassée, alors la condition est une raison décisive pour la conclusion, ce qui se représente au moyen de l'implication matérielle et de l'opérateur $\text{Dr}(x, y)$ signifiant « x est une raison décisive pour y » :

434 Voir aussi, Hage, 2003, p. 232.

435 On renvoie au quatrième chapitre pour l'exposé des notions de base de la RBL, en particulier la méthode de la réification. Il convient de souligner que la simplification (effectuée par Hage et Peczenik) modifie sur des points importants la notation initiale.

436 Ici, « pr » signifie « prohibé ».

- (4) $S\_applique(condition \Rightarrow conclusion) \rightarrow Dr(condition, conclusion).$

D'où la formule complète :

- (5) $S\_applique(vehicule(marcelle) \Rightarrow pr(marcelle, entrer\_parc)) \rightarrow$
 $Dr(vehicule(marcelle), pr(marcelle, entrer\_parc))$

Le problème vient de l'impossibilité de faire sens de (4) et (5). En effet que veut-on dire qu'une règle s'applique (*applies*) – ce qu'on a représenté au moyen de l'opérateur $s\_applique(x \Rightarrow y)$? Ici, les auteurs font preuve d'une désinvolture coupable, en employant tour à tour l'anglais *applies* (qu'on traduit par « s'applique ») et *is applied* (qu'on peut traduire par « est appliqué »). Or les deux expressions ne sont pas synonymes. Lorsque je demande à mon conseil si une règle s'applique dans mon cas, je ne lui demande pas si elle est appliquée ; je lui demande si elle est *applicable* (tant conceptuellement que normativement⁴³⁷). En revanche, lorsque le juge applique une règle, on ne dit pas seulement que la règle s'applique, mais bien que le juge effectue un acte, qui est l'édition d'une norme (ici $Pr(marcelle, entrer\_parc)$). Or de deux choses l'une : soit par *applies*, les auteurs entendent l'applicabilité de la règle, auquel cas la formule (3) est tautologique. Le fait qu'une règle est applicable est bien une raison pour que la règle soit applicable. Soit, comme c'est plus probable, les auteurs entendent l'application d'une règle (ou plutôt l'obligation d'appliquer une règle), alors se pose le problème de ce que veut dire (4). En effet, appliquer une règle *consiste* dans le fait de dériver la conclusion, *i.e.*, en d'autres termes, la solution normative. Ce n'est pas une raison décisive pour l'action⁴³⁸ ; et (4) ne peut pas décrire une étape du raisonnement, mais uniquement une *définition*. Et à ce titre, elle est également applicable aux principes ! En effet, lorsqu'un principe surpasse tous les autres dans la pesée normative (qui est particulière, *hic et nunc*)⁴³⁹, on peut considérer que le juge a le devoir de l'appliquer. Ce faisant, si le principe relatif à la protection de l'environnement est appliqué, alors, *par définition*, le fait que la mesure en question est préjudiciable à l'environnement est une raison décisive pour interdire de la prendre – même si, avant la pesée, il ne s'agissait que d'une raison contributive.

De surcroît, le schéma général de la structure logique des règles tel qu'il est décrit par Hage et Peczenik empêche de comprendre pourquoi le fait que la règle

437 Ou plutôt : tant du point de vue de l'applicabilité conceptuelle de la règle que de celui de l'applicabilité conceptuelle des règles d'applicabilité normative. Ces dernières sont destinées aux juges, par conséquent, je ne demande pas à mon avocat si je dois appliquer la règle, mais si les juges doivent appliquer la règle à mon cas, *i.e.* si les règles d'applicabilité normative sont conceptuellement applicables. – Naturellement, Hage et Peczenik ne distinguent pas entre ces deux types d'applicabilité, ce qui contribue à la confusion de leur propos.

438 Il est vrai que les auteurs distinguent les raisons pour l'action et les raisons constitutives. Par exemple, selon eux, le fait qu'il y ait exactement quatre vaches et deux poules dans le pré est une raison constitutive décisive pour qu'il y ait six animaux dans le pré. (Hage et Peczenik, 2000, p. 307). Outre le fait que c'est un usage très contre-intuitif de « raison » (il semble difficile d'admettre qu'il y ait, outre les raisons pratiques et épistémiques, de telles raisons ontologiques), il demeure que si (4) exprime une raison de ce type, alors son utilité reste à démontrer, pour les raisons que nous envisageons dans le corps du texte.

439 Voir Hage, 1997, p. 116.

occasionne une raison décisive de bloquer un principe, *i.e.* exclut la raison contributive que ce dernier génère. En effet, dans le schéma des règles, la raison décisive intervient à la toute fin du raisonnement : elle n'intervient pas au début du raisonnement, *i.e.* lorsque se pose la question de savoir quelle norme est applicable. Si, contrairement à Hage et Peczenik, on suppose que la raison décisive intervient au niveau 1, alors le fait que *n* soit une règle (et qu'elle soit applicable) est une raison décisive de faire ce que la règle requiert, et par conséquent, par définition, exclut toute concurrence de la part de raisons contributives (on met de côté ici le conflit de raisons décisives). En revanche, si comme Hage et Peczenik l'indiquent, on fait intervenir la raison décisive au niveau $1+n$, alors la décision d'appliquer la règle, qui entraîne que la réalisation de l'antécédent constitue une raison décisive de dériver le conséquent, est conditionnée à la pesée positive de la raison contributive (*i.e.* à ce que (3) ne soit pas surpassé). Autrement dit, la règle défait les principes parce que (3) est doté de plus de poids que ces derniers. Mais à ce moment la règle n'exclut pas les principes, mais les surpasse, et il n'y a aucune raison de supposer qu'une règle crée *prima facie* une exception aux principes sous-jacents, puisque l'application de la règle est elle-même soumise à la pesée normative. On ne peut donc affirmer, comme le font Hage et Peczenik, que « les règles excluent les principes et ne les surpassent pas »⁴⁴⁰.

Il en résulte que le modèle d'Hage et Peczenik est incohérent. La distinction entre raison décisive et indéfaisabilité – qui ne pose bien entendu aucun problème en ce qui concerne les conflits de règles – ne permet pas de comprendre comment les règles, à la fois, excluent les principes et peuvent être défaites par eux, du moins si l'on considère que le fait que les règles génèrent des raisons décisives soit la clé de cette exclusion des principes par les règles.

5. Règles, principes et défaisabilité

La distinction entre les principes et les règles est-elle utile pour penser la défaisabilité ?

On peut en premier lieu noter que la distinction entre règles et principes, si on souhaite qu'elle ait une valeur heuristique, ne peut pas se définir de telle manière que les premières soient indéfaisables et les seconds défaisables⁴⁴¹. Il va de soi que toute définition est stipulative : une norme qui sera un principe chez tel auteur sera une règle chez tel autre⁴⁴² en fonction des objectifs théoriques poursuivis par chacun d'eux. Une définition des principes comme normes défaisables (et des règles comme

440 Hage et Peczenik, 2000, p. 310

441 Cette mésinterprétation, dont la notion de « tout-ou-rien » chez Dworkin est largement responsable, se trouve par exemple chez Guastini, 2008, p. 3. Sartor, de son côté, a voulu montrer que toutes les normes (règles comme principes) étaient défaisables, mais ce faisant, il suppose que la distinction *tourne* généralement autour du caractère indéfaisable des règles (et par conséquent, sa réfutation ne peut être adressée qu'à Dworkin, et éventuellement à Atienza et Ruiz Manero – voir Sartor, 1994, p. 189.

442 Voir la controverse Atienza-Ruiz Manero/Peczenik, rapportée dans Atienza et Ruiz Manero, 1998, p. 34.

normes indéfaisables) est, bien entendu, possible, mais elle a pour conséquence que la quasi-totalité des normes juridiques deviennent des principes ; cela rend la nécessité de la distinction douteuse. Humberto Avila a ainsi soutenu que concevoir les règles « comme des normes qui s'appliquent automatiquement et sans pesée des raisons (...) fait croire que les règles ne sont pas défaisables, alors que toute norme, y compris les règles, [peut être] mise de côté à cause de raisons extraordinaires sur le fondement d'un postulat de raisonnable »⁴⁴³.

On peut cependant remarquer que, sauf dans le schéma de Hage et Peczenik (ou les règles créent des exceptions aux principes⁴⁴⁴), les principes, tels qu'ils sont définis en particulier par Dworkin et par Alexy, ne sont pas à proprement parler *défaisables*⁴⁴⁵. Une norme est défaisable lorsque, étant (conceptuellement et normative-) applicable, elle n'est néanmoins pas appliquée, parce qu'on a une raison de ne pas l'appliquer (par exemple, une règle d'inapplicabilité normative entrant en conflit avec la règle générale d'applicabilité des règles valides). En revanche, l'applicabilité d'un principe est déterminée par la pesée normative, c'est pourquoi les principes sont *surpassables* par des principes de poids supérieur. Si on conçoit les principes comme des mandats d'optimisation, alors leur réalisation (*i.e.* leur application) est nécessairement conditionnée au résultat de la pesée avec d'autres principes : c'est pourquoi il fait difficilement sens de parler d'exceptions à leur sujet.

Si, comme le soutiennent, sur le fondement de la théorie d'Alexy, Carsten Bäcker et Thomas Bustamante, la distinction entre les règles et les principes implique que ces derniers ne soient pas défaisables, la question de savoir si les principes défont les règles n'est pas réglée. Seule une règle peut conceptuellement recevoir une exception, car cette dernière suppose que la règle soit applicable avant qu'on décide de ne pas l'appliquer. Mais que seule une règle *puisse* être défaisable n'implique nullement que les règles *soient* défaisables, ni que les principes soient ce qui défont la règle. Or selon Bustamante, « il est impossible de parler de défaisabilité des règles sans se référer aux principes »⁴⁴⁶.

Le problème est que si une règle peut être défaite sur le fondement de principes, alors elle ne remplit pas la fonction qui lui est assignée, qui est de régler à l'avance un conflit de principes et de préempter la pesée normative. Pour expliquer cela, la plupart des auteurs ont recours à l'existence de principes formels, ou font résider la force normative des règles dans les principes qui la soutiennent. Une telle stratégie est cependant périlleuse. En effet, une règle, pour fonctionner, doit préempter non seulement le résultat d'une pesée concrète entre le principe formel qui la supporte et les principes conflictuels, mais elle doit préempter également et surtout la pesée concrète elle-même. Si on ne peut appliquer la règle que si on a effectué une pesée positive en

443 Avila, 2007, p. 48.

444 Cela tient au fait que chez Hage, les exceptions sont définies comme des raisons exclusives (entendues en un sens non-razien). On renvoie au quatrième chapitre sur ce point.

445 Sur ce point, voir Bustamante, 2010, p. 213, sq ; Bäcker, 2011, p. 58.

446 Bustamante, 2010, p. 263.

sa faveur, alors l'hypothèse d'une pesée positive doit entrer dans les conditions d'application de la règle. En conséquence, la raison d'appliquer la règle ne peut pas être la règle elle-même – celle-ci n'est donc pas une raison indépendante du contenu – mais le poids du principe d'arrière-plan. Il en résulte que, dans cette perspective, les règles ne sont que des règles indicatives, des *rules of thumb*, qui peuvent effectuer un certain travail normatif, mais ne constituent certainement pas à elles seules des raisons conclusives pour l'action (et ce, même si la pesée est tellement aisée qu'elle n'est qu'implicite).

Thomas Bustamante a suggéré une autre solution, qui est quelque peu radicale. Selon lui, la défaisabilité suppose une décision *contra legem*⁴⁴⁷. Lorsque je défais une règle, je viole la règle. Pour expliquer cela, il se fonde sur la théorie kelsénienne des décisions juridictionnelles « illégales » (les guillemets sont de Kelsen)⁴⁴⁸. Kelsen affirme en premier lieu que « les normes juridiques générales ne sont qu'un cadre à l'intérieur duquel les normes individuelles doivent être créées »⁴⁴⁹. Lorsque la norme individuelle, *i.e.* la décision juridictionnelle, sort du cadre, est-elle pour autant *contra legem* ? Pour répondre à cette question, Kelsen est contraint par le postulat selon lequel deux normes contraires ne peuvent être valides⁴⁵⁰. Cela le conduit à une théorie décisionniste de la conformité d'une norme à une autre. Seule une décision d'une autorité normative peut déterminer si une norme (ici inférieure) est conforme à une norme supérieure. C'est pourquoi une décision juridictionnelle demeure valide jusqu'à ce qu'elle ait été annulée par une cour supérieure ; la décision d'une cour suprême ou de dernier ressort est donc valide, puisqu'il n'y a aucune instance à même d'annuler son arrêt. Il en résulte que le caractère *contra legem* ou non d'une décision juridictionnelle est soit un jugement de valeur (de « politique juridique ») effectué par la dogmatique ou la doctrine, soit le résultat d'une norme de rang supérieur l'annulant. Le « dernier » Kelsen peut d'ailleurs s'épargner cette théorie décisionniste relativement contre-intuitive, puisqu'il admet, comme on l'a vu dans le quatrième chapitre, que deux normes contraires peuvent être valides (et par conséquent, que la contrariété n'est pas le résultat d'un acte d'annulation).

Selon Bustamante, lorsqu'une règle est défaite, alors le juge statue *contra legem* au moyen d'une norme individuelle qui est pourtant valide (en raison des critères dynamiques de validité dans les systèmes juridiques)⁴⁵¹. Cependant une règle n'est défaisable en droit, c'est-à-dire qu'une décision *contra legem* est justifiée, si et seulement si cette défaite procède de l'application d'un *principe*⁴⁵². Cependant, le principe ne défait pas directement la règle ; celle-ci n'est pas *pesée* avec le principe. En revanche, le principe en question est pesé, dans le cas individuel présent, avec le principe qui est à

447 Bustamante, 2010, *passim*, spéc. p. 274.

448 Kelsen, 1962a, pp. 355-360, et aussi pp. 325-329.

449 Kelsen, 1962a, p. 328. La notion de cadre joue un rôle important dans la théorie kelsénienne de l'interprétation (voir Kelsen, 1962a, pp. 456-458), mais dans cette dernière la notion de norme comme cadre est néanmoins ambiguë. S'agit-il comme ici, d'un cadre pour plusieurs décisions concrètes possibles (toutes conformes avec le cadre) ? Ou s'agit-il d'un cadre pour plusieurs normes générales possibles telles que déterminées par l'interprétation-connaissance ?

450 Kelsen, 1962a, p. 355.

451 Bustamante, 2010, p. 228.

452 Bustamante, 2010, p. 263.

l'arrière-plan de la règle (le principe victorieux du conflit réglé par la règle) et il résulte de la résolution de ce principe une *norme*, contraire à la règle, qui défait cette dernière. La règle est donc défaite par une *norme* (individuelle) créée sur le fondement d'une pesée de principes. Cette norme étant contraire à la règle, elle entraîne une décision *contra legem*, mais justifiée, ou à tout le moins justifiable⁴⁵³.

On peut néanmoins objecter à cette théorie – à laquelle sa radicalité confère une grande cohérence interne – l'argument selon lequel elle repose sur une ambiguïté sur le « *abilité* » de « *défaissabilité* ». Il peut s'entendre de trois manières. En un premier sens, une règle est défaissable s'il est *matériellement* possible de la défaire. C'est un fait qu'un juge peut défaire une règle, et il arrive souvent qu'il le fasse. En un second sens, une règle est défaissable s'il est *conceptuellement* possible de la défaire. Enfin, en un troisième sens, une règle est défaissable s'il est *déontiquement* possible (*i.e.* permis) de la défaire. Bustamante semble entendre défaissable au premier sens : il est matériellement possible qu'un juge statue *contra legem*. La défaissabilité s'entend donc comme la « *violabilité* » de la règle ; la violation de la règle peut par ailleurs être justifiée sur le fondement principes, ce qui concerne le *troisième sens*. Mais si c'est le cas, alors on ne saurait parler d'*exception* : une exception ne se définit conceptuellement pas comme une violation, car alors toute exception explicite serait une violation de la règle (ce qui semble très contre-intuitif). Si, par conséquent, le concept d'exception est le même que celle-ci soit implicite ou explicite, alors une règle ne peut *conceptuellement* être fortement défaissable que si elle contient une clause *ceteris paribus* implicite, auquel cas le juge ne peut plus être dit statuer *contra legem*. Le problème ici n'est pas d'assurer que des exceptions non prévues à l'avance soient *permises*, mais qu'elles soient *conceptuellement* possibles, c'est-à-dire précisément qu'elles soient *conceptuellement* des exceptions, et non des violations justifiées. Une exception n'intervient que lorsqu'un juge n'applique pas une règle applicable et que, pour une raison ou une autre, cette non application *n'est pas* une violation de la règle.

Par conséquent il n'est pas établi que la défaissabilité des règles s'explique par leur interaction avec les principes. On peut très bien admettre un modèle dynamique où le juge est habilité à introduire des exceptions sur la base de raisons morales – mais il n'est nullement nécessaire que ces raisons soient des *principes* (tels que les définissent les divers auteurs étudiés précédemment). De manière générale, on n'a pas besoin de supposer que ces raisons constituent des normes d'un type spécial dûment incorporées au système juridique ; autrement dit, on n'a pas besoin d'incorporer l'arrière-plan normatif des règles, *i.e.* les principes qui ont guidé leur édicton, au sein du système juridique pour expliquer que les raisons mobilisées par les juges pour défaire les règles ne soient pas tirées d'autres règles juridiques. En particulier, on n'a pas besoin de supposer un principe formel, invitant le juge à appliquer les règles le plus souvent possible. Le juge applique les règles parce que des normes d'applicabilité lui enjoignent de le faire ; s'il ne les applique pas, il statue effectivement *contra legem*. Mais si la norme d'applicabilité ne vaut elle-même que *prima facie*, alors la possibilité d'exceptions implicites intervient. Naturellement, ces

453 La théorie de Bustamante est beaucoup plus complexe, en particulier en ce qui concerne la définition des principes, mais on ne retient que les aspects les plus pertinents pour notre propre investigation.

exceptions elles-mêmes ne sont pas « implicites » au sens où elles seraient « déjà là », mystérieusement cachées dans les limbes du système juridique : elles sont le résultat du pouvoir discrétionnaire du juge, *i.e.* de son pouvoir créateur de droit.

SECTION 5. VERS UN PARTICULARISME JURIDIQUE ?

Peut-être, après tout, convient-il de changer son fusil d'épaule.

Jusqu'ici, on a supposé que la décision en droit (principalement la décision juridictionnelle) procédait de l'application de règles. Un tel postulat invite à se demander dans quelle mesure les exceptions sont rattachables aux règles elles-mêmes ou, éventuellement, à d'autres normes du système. En se demandant si les exceptions « implicites » sont véritablement « impliquées » par le système juridique, si elles en dérivent d'une manière ou d'une autre, on peut maintenir que l'exception prouve la règle (*i.e.* prouve qu'il y ait une règle) et que ces exceptions dérivent, en quelque sorte, du même arrière-plan que la règle elle-même.

Peut-être est-ce une erreur. Peut-être la décision juridique est-elle typiquement particulariste ; peut-être dépend-elle non seulement des règles qui prétendent s'appliquer à elle, mais de la totalité contextuellement variable des aspects du cas auquel le juge est confronté. Si c'est le cas, le juge ne procède jamais à une subsomption du cas sous la règle (si ce n'est, de manière purement rhétorique, dans les systèmes juridiques – tels que le nôtre – qui exigent de lui, de manière purement illusoire, une telle subsomption), mais décide sur le fondement des raisons naissant du contexte total de la décision. Si tel est le cas, alors la question de savoir si l'exception se rattache ou non au système juridique devient purement oiseuse : appliquer l'exception ne revient pas à appliquer une règle d'exception (une exception-disposition, dont on se poserait la question de l'origine), mais revient à effectuer une décision *hic et nunc* qui n'est que partiellement rattachable à la règle.

C'est cette perspective que l'on va étudier brièvement pour conclure ce chapitre. Pour ce faire, il faut étudier les contours du particularisme moral, avant d'envisager les applications qui en ont été proposées au droit.

I. APERÇU DU PARTICULARISME MORAL

Le particularisme moral est une théorie qui suscite de nombreuses discussions depuis une vingtaine d'années, et qui a donné lieu à un grand nombre de variantes, dont il serait impossible de discuter en détail ici.

A. Particularisme moral et holisme des raisons

Le particularisme, de manière très générale, s'entend comme la thèse selon laquelle le jugement moral, ou la décision morale, ne procède pas à partir de principes. Ici, « principe » doit s'entendre en un sens différent de celui que l'on a mobilisé jusqu'ici⁴⁵⁴ : il doit s'entendre comme une *norme générale* dont le statut n'est pas spécifié plus avant (il peut s'agir de la loi morale kantienne comme du principe d'utilité benthamien)⁴⁵⁵. Le généralisme, auquel s'oppose le particularisme, suppose que lorsque l'on prend une décision morale on subsume un cas sous un principe ; ou que tout au moins, lorsqu'on prend une décision on le fait sur la base de raisons qui sont généralisables. Le généralisme part du principe qu'il serait *irrationnel* d'agir d'une manière qui ne serait pas généralisable dans d'autres cas identiques. Au contraire, le particularisme soutient que la correction de la décision dépendra des paramètres contextuels du cas déterminé, et que ce sont ces paramètres, et eux seuls, qui font naître la raison pour l'action.

On doit se garder de confondre le particularisme moral avec une forme de scepticisme moral⁴⁵⁶. Au contraire, le particulariste est généralement objectiviste : qu'un fait brut constitue une raison pour mon action est une réalité indépendante, c'est pourquoi il ne me revient pas de prescrire ses lois à la nature, pour ainsi dire. Le particulariste nie en effet qu'il y ait une corrélation nécessaire entre tel fait non moral (*i.e.* le fait de dire « je promets ») et sa conséquence évaluative ou déontique⁴⁵⁷. Cependant, le fait que ce fait, dans un contexte irréductiblement particulier, constitue une raison de faire quelque chose est quelque chose qui est tout à fait indépendant de moi, et, *dans ce contexte*, il n'y aura qu'une seule manière moralement bonne pour moi d'agir.

La thèse la plus célèbre, et à bien des égards la plus radicale, a été soutenue par Jonathan Dancy⁴⁵⁸. Dancy ne nie pas qu'on puisse formuler des principes, mais il indique que ces principes ne sont ni nécessaires, ni suffisants à la rationalité de l'action (sa responsivité aux raisons) que l'on entreprend. Ce postulat repose sur ce qu'il appelle le « holisme des raisons ». Ce dernier suppose en premier lieu que ce que je dois faire est dépendant du contexte : le fait que faire *x* revient à mentir ne fournit une raison de ne pas mentir que dans certains contextes. Mais cependant, le holisme des raisons, tel que Dancy le comprend, va plus loin que le simple contextualisme (qui en matière morale peut fort bien s'accommoder du concept d'obligation *prima facie*, voire de *loi* d'obligation *prima facie*). Il correspond à ce que David McNaughton et Piers Rawling ont appelé le « particularisme de la valence morale »⁴⁵⁹, c'est-à-dire à l'idée qu'aucun

454 Sur ce point, Holton, 2002, p. 207.

455 Voir là-dessus, *e.g.*, Holton, 2002, p. 193.

456 Au contraire, comme le note Holton, « le particularisme moral est typiquement associé à une forme d'objectivisme moral. C'est précisément parce que la morale est indépendante de nous qu'elle est non codifiable » (Holton, 2010, p. 378). Du reste, Hare, qui est l'archétype du généralisme, n'est pas proprement un réaliste moral.

457 Pour un exposé très clair sur ce point, voir Redondo, 2005, p. 52.

458 Voir principalement, parmi de nombreux textes, Dancy, 1993, p. 60 *sq.* ; Dancy, 2004.

459 McNaughton et Rawling, 2000, p. 258.

fait ne possède une valence morale invariante. Un fait quelconque peut constituer une raison dans un cas, et ne constituer aucune raison dans un autre cas, voire constituer des raisons contraires⁴⁶⁰. Autrement dit, il n'y a aucun fait dont la valence morale (le caractère de raison morale pour l'action) demeure nécessairement identique, aucun fait constituant nécessairement une raison pour l'action (y compris des faits moraux aussi emblématiques que tenir une promesse). Cette thèse est holistique dans la mesure où elle suppose que le caractère de raison d'un fait repose nécessairement sur *tous* les aspects (ou les traits) d'un fait, et qu'il est impossible d'isoler un aspect en particulier qui serait isolable et fournirait une raison indépendante.

Selon Dancy, le holisme des raisons pratiques peut s'expliquer à partir d'une analogie avec les raisons épistémiques⁴⁶¹. Il prend un exemple suivant (qui ressemble à l'exemple classique de Pollock sur l'objet rouge) : si un objet me semble rouge, j'ai une raison de croire qu'il est rouge. Si je me rends compte que j'ai pris une drogue hallucinatoire me faisant voir tout objet bleu comme s'il était rouge et vice versa, alors le fait que cet objet me semble rouge ne me donne plus de raison de croire que l'objet est rouge (et me donne même une raison pour croire le contraire). Selon Dancy, il en va de même en matière de rationalité pratique : un fait peut être une raison pour l'action dans un contexte et une raison contraire dans un autre. Il n'y a pas de fait donnant lieu nécessairement à une raison morale, quand bien même une telle raison serait surpassable. Le revers de la médaille est que s'il n'y a pas des faits constituant des raisons de manière invariante (*e.g.* le fait de faire une promesse constitue une raison surpassable de la tenir), alors tout fait peut constituer une raison, y compris tout fait qui semble *prima facie* non moral : « N'importe quoi peut faire une différence pratique ou fournir une raison, si les circonstances sont appropriées. Le holiste ne voit apparemment pas de différence entre le fait que quelque chose est très préjudiciable à la santé de quelqu'un et le nombre de feuilles sur un arbre »⁴⁶².

Le problème est qu'il semble bien qu'il y ait des raisons invariantes⁴⁶³. Par exemple, j'ai toujours une raison de ne pas infliger à autrui, de manière purement gratuite, d'énormes souffrances. Ne peut-on pas envisager qu'il y ait un principe moral nous engageant généralement à ne pas commettre un tel acte ? On aurait ainsi toujours au moins une raison de ne pas torturer quelqu'un : il n'y a aucun contexte concevable où le fait que mon action consiste à infliger des souffrances effroyables à autrui ne constitue pas une *raison* pour s'abstenir de l'accomplir. Or selon Dancy, le caractère invariant n'empêche pas que ces raisons *puissent* être potentiellement variables : toute

460 Dancy, 2004, p. 73

461 Dancy, 2004, p. 74. On a déjà soutenu dans le quatrième chapitre que l'analogie entre les raisons épistémiques et les raisons pratiques devait être remise en cause.

462 Dancy, 2004, p. 111.

463 Voir là-dessus Culllity, 2002, p. 173. Culllity fournit une théorie permettant d'expliquer l'invariabilité de raisons en termes de *raisons présomptives*. Cependant ce ne sont pas des raisons *pro tanto* : une raison *pro tanto*, lorsqu'elle est surpassée ne cesse pas d'être une raison ; une *raison présomptive* est une raison qui est *présomptivement* une raison ; lorsque la présomption est renversée il n'y a plus de raison du tout. En ce sens ce sont *présomptivement* des raisons *pro tanto*.

raison, même celle qui se trouve ne pas varier, *pourrait* être variable⁴⁶⁴. L'intuitionnisme de Dancy lui permet donc de rendre compte pourquoi à la fois les raisons sont holistiques et pourquoi il demeure des raisons invariantes.

Du reste, le holisme des raisons n'entraîne pas directement le particularisme, *i.e.* la thèse selon laquelle la décision morale ne procède pas de principes généraux⁴⁶⁵. On pourrait envisager très bien envisager des principes du type : « si tu fais une promesse, tu as une raison de la tenir, sauf si la promesse t'a été extorquée »⁴⁶⁶. Dans le cas de l'extorsion de promesse, suivant ce principe, le fait de faire une promesse n'est plus une raison de la tenir. La seule limite serait une limite de faisabilité : il serait impossible de lister l'ensemble des situations où le fait de faire une promesse ne constitue pas une raison pour la tenir. Cette limite est néanmoins importante, dès lors que le *réquisit* de spécifiabilité de l'ensemble des exceptions est un réquisit *généraliste*. Si on est holiste, on n'a pas besoin de supposer que tous les cas d'inversion de la valence doivent être spécifiables à l'avance⁴⁶⁷. C'est pourquoi le seul type de principe que le holisme des raisons pourrait admettre est : « si tu fais une promesse tu as une raison de la tenir, sauf si tu n'as pas de raison de le faire », ce qui n'avance pas le sujet moral⁴⁶⁸.

Dancy concède que certains faits seront *prima facie* plus à même que d'autres de fournir des raisons. Pour ce faire, il envisage ce qu'il appelle des raisons par défaut⁴⁶⁹. Certains faits (surtout les faits présentant des propriétés morales « épaisses »⁴⁷⁰) fournissent de manière présomptive des raisons. On peut reprendre la métaphore de l'interrupteur envisagée par Dancy : un fait est une raison par défaut lorsque sa seule

464 Voir pour un commentaire critique, Väyrynen, 2004, p. 67 *sq.*

465 Dancy, 2004, p. 81.

466 On comparera avec la double formule de l'obligation *prima facie* que l'on a donnée dans le chapitre 4, en réponse aux arguments de Hurtig. Cette double formule est anti-holistique : « si je promets, j'ai une raison de tenir ma promesse ; si j'ai une raison de tenir ma promesse, alors je dois *prima facie* la tenir » ; lorsque survient une exception, c'est l'obligation *prima facie* qui est défaite, et la raison demeure intacte.

467 Dancy, 2004, 82.

468 De ce point de vue, la théorie de Dancy est particulièrement radicale dans la mesure où elle admet que même les concepts moraux épais peuvent être de valence variable. On distingue généralement les concepts non éthiques (lourd, carré, vert...), les concepts moraux épais (courageux, généreux, obscène, etc.) et les concepts moraux minces (bon, mauvais, obligatoire, etc.) – voir sur ces concepts Williams, 2006, p. 129 *sq.* Personne ne nie que les propriétés minces soient invariables : lorsqu'il est bon de ϕ , j'ai toujours une raison de ϕ . La plupart des particularistes admettent que si les propriétés épaisses font le tampon entre les propriétés non morales et les propriétés minces (par exemple « arracher les ongles d'un prisonnier constitue de la torture/un acte sadique ; torturer/effectuer un acte sadique est mauvais/interdit »), alors les raisons procédant des faits non moraux eux-mêmes sont nécessairement variables, mais une fois que la connexion faits non moraux/propriétés épaisses est effectuée, le concept épais qui en résulte est invariant. Cependant, Dancy insiste sur le fait que tous les concepts épais ne font pas naître des raisons invariantes et qu'aucun concept épais ne fait naître des raisons invariantes. (Voir Dancy, 2004, p. 84). En acceptant la variabilité de la valence morale des concepts épais, Dancy se condamne à une forme très extrême de particularisme (voir Little, 2000, p. 289).

469 Dancy, 1993, 26 et Dancy, 2004, p. 112. Voir aussi Cullity, 2002, p. 188, qui parle de raison présomptive. Ce faisant, Cullity est beaucoup plus proche de Dancy qu'il ne l'admet lui-même, sauf en ce qui concerne le nombre potentiel de raisons par défaut.

470 Voir note 469.

occurrence entraîne que l'interrupteur normatif soit en position « *on* », même si on peut l'éteindre lorsque les circonstances l'exigent. En revanche, d'autres faits (*e.g.* le fait qu'il y ait une vache dans le champ), lorsqu'ils surviennent, laissent l'interrupteur en position « *off* », mais peuvent éventuellement l'allumer lorsque les circonstances l'exigent. Cela permet de prendre en compte le caractère relativement invariant de certaines raisons, tout en maintenant le postulat du holisme (selon lequel il n'y a pas de raison qui ne puisse être mise en position « *off* »). Le problème est que s'il y a de telles raisons par défaut, alors il n'est pas conceptuellement impossible d'affirmer que, au moins dans certains cas, existent des règles ou des principes (termes que l'on prend ici pour synonymes) qui seraient susceptibles d'exceptions. Quelle est la différence entre une telle raison par défaut et une règle comportant des exceptions non spécifiables à l'avance ? Dancy est ainsi parfois tout près de suggérer qu'il peut y avoir des exceptions sans règle, ou que le fait que toutes les règles morales aient des exceptions montre qu'il n'y avait pas de règle *ab initio*⁴⁷¹ ; mais cela semble conceptuellement très problématique. Dancy ne peut inférer de ce que les règles ont des exceptions qu'elles ne sont pas des règles ; c'est pourquoi il semble qu'il soutienne en réalité la thèse selon laquelle *s'il y avait des règles morales* (ou des principes) – et il se peut qu'il y en ait –, alors elles seraient tellement grevées d'exceptions qu'elles perdraient toute fonction et ne pourraient plus guider la décision. De fait, quand bien même on « généraliserait » un principe grevé d'exceptions à partir d'une raison par défaut, il demeurerait que le seuil à partir duquel l'interrupteur serait éteint ne serait déterminable qu'à partir du contexte. C'est pourquoi le fait même que la raison soit par défaut *ne dépend pas* de la présence préalable d'un principe minimal (bien sûr, on peut formuler un tel principe, mais cela ne veut pas dire qu'il jouera un rôle capital dans la décision morale).

Il demeure que la notion de raison par défaut est problématique pour le particularisme, dès lors que ce dernier se prive d'un fondement explicatif : qu'est-ce qui explique – sinon des règles – que certains faits allument automatiquement ou quasi automatiquement l'interrupteur normatif ? L'intuitionnisme de Dancy lui permet d'expliquer pourquoi, dans tel contexte, tel fait constitue telle raison, et il peut ainsi expliquer pourquoi il y a des raisons invariantes, mais il ne peut expliquer pourquoi certains faits constituent *typiquement* une raison – il va de soi qu'une explication purement statistique ne suffira pas.

B. Particularisme moral et généralisations défaisables

Les théories les plus répandues du particularisme sont plus modérées que celles de Dancy. De manière générale, les particularistes acceptent un rôle pour une forme modérée de généralisme, en particulier lorsqu'ils adoucissent (voire édulcorent) le holisme des raisons pour accepter un rôle pour des principes « faibles »⁴⁷². D'autres

471 Dancy, 2004, p. 111.

472 McNaughton et Rawling, 2000 ; Väyrynen, 2004, p. 71 *sq.* ; Väyrynen, 2006 ; Holton, 2002 ; Holton, 2010 ; Holton, 2011. Il est à noter que McNaughton et Rawling et Holton sont des

thèses maintiennent le holisme des raisons, mais refusent d'en tirer un particularisme radical, dès lors que le holisme des raisons nécessite, pour avoir une valeur explicative, de faire une place aux généralisations. On va envisager ici la théorie des généralisations défaisables de Mark Lance et Margaret Little⁴⁷³ ; à bien des égards Lance et Little acceptent le holisme des raisons, mais refusent d'en tirer la conséquence qu'aucune généralisation ne peut guider le raisonnement moral.

Selon Margaret Little, il y a des raisons de douter qu'il existe des principes moraux, même très complexes et soumis à un grand nombre d'exceptions qui régissent notre action : nous ne pouvons « codifier le paysage moral »⁴⁷⁴. Cependant, il demeure, au sein d'un paysage particulariste rendant conceptuellement impossible la codification, un rôle important à jouer pour les généralités dans l'épistémologie morale : « Il y a des aspects de notre vie épistémique morale qui doivent nécessairement viser au-delà du particulier et invoquer des schémas moraux (*moral patterns*), à vrai dire des schémas ressemblant à des lois, pour pouvoir avoir quelque poids justificatif »⁴⁷⁵. Autrement dit, on peut envisager un rôle pour la généralité sans avoir à présupposer l'existence de raisons universalisables au sein desquelles on ne fait que spécifier des exceptions préexistantes⁴⁷⁶. L'idée va être que l'on peut fournir des schémas indiquant les raisons qui sont *normalement* des raisons pour ou contre certaines actions⁴⁷⁷.

particularistes modérés, alors que Väyrynen est un généraliste modéré – de sorte que la distinction entre particularisme et généralisme s'estompe quelque peu.

473 Voir, entre autres textes, Little, 2000 ; Lance et Little, 2004 ; Lance et Little, 2008. Lance et Little s'accordent sur de nombreux points avec Dancy (en particulier le holisme des raisons). Cependant, ils ont indiqué récemment renoncer à leur étiquette de particularistes pour prendre celle de théoriciens du « contextualisme profond » (Lance et Little, 2008, p. 74).

474 Little, 2000, p. 277. Cette métaphore de la codification est intéressante car elle se retrouve souvent sous la plume des particularistes (Dancy, 2004, p. 11 ; Holton, 2002, p. 196). Cela pose le problème de l'applicabilité au droit, où au moins certaines règles sont (non métaphoriquement, cette fois-ci) codifiées.

475 Little, 2000, p. 278.

476 Cette thèse correspond, de manière très caricaturale, à la théorie de Hare (Hare, 1952, p. 54), qui a été efficacement critiquée (sur des fondements non particularistes d'ailleurs) par Sinnott-Armstrong, 1986, pp. 92-95. Il faut noter que Hare est celui qui a inventé le nom « particularisme moral », mais pour désigner quelque chose de quelque peu différent que ce dont on parle ici (Hare, 1965, p. 18). Chez Hare, le particularisme désigne une théorie qui soutient que le moral ne survient (*supervenes*) pas sur le non moral, sur les faits non moraux, c'est-à-dire qui nie la thèse selon laquelle il ne peut y avoir de différences quant aux traits moraux d'une situation sans qu'il n'y ait de différence quant à ses traits non moraux. Évidemment, en supposant qu'il n'y a pas de corrélation nécessaire entre ces traits, le particularisme s'expose à être assimilé à une telle thèse (voir Dancy, 2004, pp. 85-89). Il demeure que, comme l'écrit Little, le particularisme « ne nie pas la survenance du moral sur le non moral. Tout le monde s'accorde pour dire que deux situations ne peuvent pas différer relativement à quelque aspect moral sans différer également relativement à ses aspects non-moraux. (...) Mais rien dans la doctrine de la survenance ne dit qu'une différence morale (par exemple, une différence entre être juste et injuste) doit toujours être trouvée dans la même différence non morale » (Little, 2000, p. 281). Ainsi, un particulariste pourra très bien reconnaître que si deux situations ont exactement les mêmes propriétés non morales, alors elles auront les mêmes propriétés morales – mais mettra en doute que deux situations puissent avoir exactement les mêmes propriétés non morales *pertinentes* pour la survenance de propriétés morales identiques. Le fait qu'une situation ait des propriétés non morales *constituant* une raison pour l'action, *i.e.* pertinentes pour la survenance de propriétés morales, est quelque chose qui se détermine de manière purement contextuelle.

477 Voir là dessus Celano, 2012, p. 285.

La théorie de Lance et Little partage jusqu'à un certain point le holisme des raisons, c'est-à-dire la thèse de la variabilité de la valence normative. Mais selon eux cette dernière n'implique pas qu'on ne puisse être guidé dans notre action par des considérations attachant de manière générale une propriété morale mince à un fait non moral. On peut appeler de telles considérations des généralisations défaisables⁴⁷⁸. Par exemple, l'énoncé : « *ceteris paribus*, il est mauvais de mentir », ou « dans la plupart des cas il faut tenir ses promesses ». Selon Lance et Little le holisme n'est pas incompatible avec de telles généralisations, mais à condition de ne pas les concevoir comme des principes, que l'on pourrait appliquer tranquillement dans la plupart des cas, et pour lesquels on devrait, le cas échéant, se poser la question d'une application récalcitrante⁴⁷⁹. Une telle conception n'est pas compatible avec le holisme des raisons. C'est parce que la généralisation implique une application uniforme aux cas dotés des propriétés pertinentes que Dancy écrit : « Les raisons ne fonctionnent pas en vertu de généralisations : elles portent sur la manière dont les situations particulières sont configurées »⁴⁸⁰. Si une action est rationnelle, ce n'est pas parce que la raison est généralisable ni parce qu'elle procède de raisons généralisées – telles que des principes.

Pour Lance et Little, cette position n'est pas tenable, et elle ne suit pas nécessairement du holisme des raisons. En effet, elle prive les raisons de leur force explicative : comment explique-t-on que tel fait, dans tel contexte, constitue une raison (certes à valence variable) pour l'action ? Si *p* est une raison pour *q*, alors l'inférence de *p* à *q* ne saurait passer par l'établissement en termes non moraux de *p*, puisque le fait que *p* soit une raison pour *q* dépend de ce contexte-ci. Or pour savoir s'il a une raison de *q*, le sujet moral doit savoir s'il prend bien place dans ce contexte. Mais il ne peut pas savoir quel est le contexte pertinent sans savoir en quoi consiste *q*. C'est pourquoi il ne peut y avoir véritablement de raisonnement dans le modèle de Dancy, puisque *p*, *q* et le contexte qui fait de *p* une raison pour *q* sont saisis dans un seul et même acte de discernement moral.⁴⁸¹

Le problème c'est que si je dois *rendre raison* de mon action, donner des raisons pour l'action que je viens d'accomplir, c'est-à-dire expliquer pourquoi *p* est une raison pour *q* dans ce contexte particulier, je ne peux pas me contenter de faire appel à mon discernement. Pour ce faire, je dois mettre en avant une généralisation, qui est défaisable. En quoi consiste cette généralisation ? Elle consiste à mettre en avant les traits d'un *x* « qui sont les plus révélateurs de sa nature »⁴⁸². Les cas où ce *x* a ces traits sont des cas privilégiés, ce sont des cas où *x* réalise au maximum sa nature. Ainsi si je dis : « Défaisablement, quand on frotte une allumette, elle s'allume », on ne fait pas une généralisation statistique, au sens où sur 20 essais, 17 voient l'allumette prendre feu. Il s'agit d'une généralisation explicative : quand on parle d'une allumette, on parle typiquement d'un item qui s'allume quand frotté, sauf bien sûr dans de nombreuses

478 Lance et Little, 2004, p. 438.

479 Pour un développement sur ce point, voir Little, 2000, p. 288 *sq.*

480 Dancy, 1993, p. 59.

481 On suit ici Lance et Little, 2008, p. 60 *sq.*

482 Lance et Little, 2004, p. 299 ; Lance et Little, 2008, p. 62.

circonstances (quand il fait humide, etc.). Une manière générale de généraliser est d'identifier certaines conditions privilégiées, certaines conditions « normalement » réunies pour que l'objet soit véritablement tel qu'il doit être (même si, statistiquement, l'allumette s'allume 1 fois sur 100 en raison de conditions climatiques déplorables). On peut traduire cela en termes de mondes possibles : dans un monde le plus normal possible, une allumette s'allume quand on la frotte – mais dans des mondes proches, *i.e.* accessibles, mais moins normaux, ou moins privilégiés, l'allumette ne s'allumera pas toujours – dans un monde anormal, très éloigné du premier, l'allumette ne s'allume jamais.

Si on applique ces considérations au domaine moral⁴⁸³, alors on peut supposer que certaines corrélations aspect non moral/aspect moral puissent être généralisées défaisablement. Par exemple, la douleur (fait non moral) est généralement mauvaise (aspect moral) : il est dans la nature de la douleur d'être *bad-making*. Cependant cette assertion n'est effectuée que sur le fondement d'une généralisation à partir du contexte *normal*, ou si l'on préfère, *des conditions privilégiées* du contexte où la douleur intervient. Par conséquent, cette généralisation est défaisable dès lors que le contexte n'est plus « normal » : par exemple, la douleur subie par un athlète ne sera pas mauvaise. Mais si on cherche à comprendre ce qu'est la douleur, alors on s'aperçoit que le fait qu'elle soit mauvaise constitue un aspect très révélateur de sa nature. Dans un contexte normal, et ce contexte normal est évidemment *normativement* chargé, la douleur est un mal et, de ce fait, une raison de s'abstenir de l'infliger ou de la subir. C'est pourquoi on pourra rendre raison de notre action ou de notre inaction, en invoquant le seul fait que cette dernière pourrait causer de la douleur. Le fait de produire un mal est en effet une condition privilégiée où la douleur intervient. Ce faisant, on peut montrer pourquoi tels aspects d'un acte permettent (défaisablement) d'expliquer et de justifier son statut normatif. Cela ne veut nullement dire que l'on a subsumé l'acte sous un principe m'engageant à l'accomplir ou à ne pas l'accomplir : on n'a pas besoin d'avoir une norme extérieure à l'action nous disant quels sont les conditions suffisantes pour que cette dernière soit moralement permmissible.

De fait, comme l'a noté Bruno Celano⁴⁸⁴, l'idée de normalité ou de condition privilégiée se situe à un niveau infra-normatif, et supra-factuel, entre *is* et *ought* : elle dénote le type de traits (non complètement spécifiés) qui font qu'une chose est paradigmatiquement telle qu'elle doit être. Une situation est normale non pas lorsqu'elle correspond à ce qui intervient le plus fréquemment (régularité statistique), mais pas non plus lorsqu'elle est conforme à une norme ou à une règle. La manière dont on envisage cette normalité est inextricablement mi-normative et mi-factuelle.

483 Lance et Little, 2008, p. 68 *sq.*

484 Celano, 2012, p. 286.

II. PARTICULARISME ET DÉFAISABILITÉ EN DROIT

La décision juridique est-elle particulariste⁴⁸⁵ ? Cette question peut s'entendre de plusieurs manières. En premier lieu, il faut noter que dans le contexte juridique⁴⁸⁶, « particularisme » ne signifie pas nécessairement la même chose que dans le contexte de la philosophie morale, ou plutôt il signifie quelque chose de beaucoup plus large. Il signifie le fait, pour le juge, de prendre sa décision sur le fondement des seuls mérites du cas particulier et, par exemple, de ne pas se fonder sur les règles existantes. Le particularisme dans le domaine moral (qu'on appellera particularisme strict), lui, part du principe qu'il n'y a pas de « règles existantes » sur lesquelles se fonder. Dans le premier cas (particularisme « lâche »), on a affaire à une thèse normative sur la manière dont les juges devraient trancher les cas, qui peut éventuellement s'accompagner de propos sur le caractère inopérant ou incomplet des règles. Dans le particularisme strict, on a affaire à une théorie méta-éthique robuste indiquant quel est le seul type de décision morale possible. Il convient de remarquer que le particularisme moral, *i.e.* le particularisme strict, est une thèse méta-éthique qui a des enjeux normatifs évidents : s'il est rationnel de décider en fonction des mérites de cas particuliers, alors, de manière générale, on doit éviter de s'appuyer sur des principes forts⁴⁸⁷. Si l'homme moral n'est pas un homme de principe⁴⁸⁸, alors *de facto*, on ne saurait justifier sa décision par l'appel univoque à un principe.

La notion d'un particularisme juridique soulève deux séries de questions, des questions normatives et des questions conceptuelles. On ne va évoquer les premières que brièvement, dès lors que le propos du présent travail n'est pas normatif ; il convient de remarquer qu'en étudiant la désirabilité d'une décision juridique particulariste, on peut se contenter de convoquer le modèle lâche : si une décision fondée sur le particularisme lâche n'est pas souhaitable, alors *a fortiori* une décision fondée sur le particularisme strict ne l'est pas.

Les questions conceptuelles, de leur côté, doivent nécessairement se pencher sur le modèle strict, car la question qui se pose est de savoir si le particularisme, *comme modèle théorique*, fournit des outils d'intelligibilité de la défaisabilité des règles juridiques. La convocation d'un modèle normatif lâche ne peut pas suffire à cette fin.

A. Enjeux normatifs

En droit, de nombreux arguments normatifs peuvent être évoqués pour justifier que la prise de décision juridique soit généraliste, ou ne soit pas entièrement

485 Voir Redondo, 1998 ; Redondo, 2005 ; Celano, 2005 ; Celano 2012 ; Wright, 2008 ; Cohen, 2009, pp. 124-170 ; Holton, 2010 ; Holton, 2011 ; Moreso, 2012b.

486 Voir, par exemple Burton, 1994 ; Solum, 1994.

487 Dans ce développement, particularisme strict s'entendra comme particularisme fort, obédience Dancy. Mais le propos vaut pour tout particularisme strict reposant sur le holisme des raisons.

488 Dancy, 2004, p. 7. Sur la présence d'enjeux méta-éthiques *et* normatifs dans le particularisme, voir Väyrynen, 2006, p. 707-708.

particulariste. Les arguments les plus évidents sont ceux qui sont tirés de l'Etat de droit (*rule of law*)⁴⁸⁹. Typiquement le droit ne concerne pas de simples relations interindividuelles, mais des relations complexes entre des institutions et des individus, et ceux qui peuvent s'attendre à être traités également dans des cas similaires. La similitude des cas ne concerne pas l'ensemble des propriétés qui pourraient être pertinentes d'un point de vue moral, et de ce fait peut être appréciée, jusqu'à un certain point, indépendamment du contexte. Cela ne veut pas dire que la *rule of law* soit incompatible avec les exceptions accordées sur le fondement d'une décision sensible au contexte, mais il faut, d'une part, que ces exceptions se détachent sur fond de généralité et, d'autre part, que ces exceptions soient elles-mêmes généralisables (que l'exemption⁴⁹⁰ à la règle sur les véhicules dans le parc accordée à une ambulance, dans ce cas, puisse être raisonnablement appliquée dans d'autres cas). Il semble donc que les réquisits de la *rule of law* fassent obstacle à ce que les organes d'application du droit prennent en compte *tous* les aspects moralement pertinents d'un acte, et de ce fait est rétive au particularisme.

Mathilde Cohen a cependant argué de ce que la justification d'une décision n'entraînait pas nécessairement une généralisation maximale de cette dernière : « On rencontre rarement, voire jamais, de décisions affirmant que la résolution *x* s'appliquera ci-après à tous les citoyens relativement à toutes leurs actions (...). Une telle exigence aboutirait à des résultats absurdes »⁴⁹¹. Cet argument, à lui seul, ne prouve rien ; l'exigence de généralité ne porte pas sur le caractère plus ou moins général de la classe de cas sur laquelle porte la norme que l'on tente de justifier, mais sur l'applicabilité uniforme d'une décision. Pour ce faire, on doit nécessairement procéder à un blocage des propriétés pertinentes – ce qui est impossible si on souscrit à la thèse de la valence variable des raisons. Une décision est justifiée si elle procède d'une raison généralisée ou généralisable, *i.e.* dès lors que l'on bloque les propriétés pertinentes qui sont suffisantes pour trancher dans un sens ou dans l'autre. Si le fait que *x* est un véhicule est une raison généralisable pour que *x* soit interdit dans le parc, alors pour tout *x*, si *x* est un véhicule, on applique la règle. Ce blocage des propriétés est jusqu'à un certain point compatible avec le particularisme, comme le montre la thèse de Holton que l'on va évoquer plus loin, mais il s'agira alors d'un « particularisme avec principes » qui en représente assurément une version affaiblie.

489 On suppose, d'accord avec la tradition, que ces deux notions (*Rechtsstaat* ou Etat de droit d'une part, *rule of law* de l'autre) sont *grosso modo* équivalentes (pour des raisons très convaincantes de douter du bien-fondé de cette équivalence, Palombella, 2010, p. 11 ; sur les rapports entre *Rechtsstaat*, Etat de droit et *rule of law*, on renvoie à Loughlin, 2010, p. 312-341 ainsi qu'à la thèse monumentale de Luc Heuschling, Heuschling, 2002). Le mérite moral de la *rule of law* est évidemment variable (Hart soutient qu'il est compatible avec la plus grande iniquité, Hart, 2005, p. 225), mais la plupart des auteurs s'accordent à reconnaître que l'exigence de généralité ou de généralisation en est un des traits fondamentaux, et revêt, de ce fait, une valeur morale a moins minimale. Voir Fuller, 1969, p. 209-210 ; Weinrib, 1979 ; Burton, 1994 ; Tamanaha, 2004, p. 119 ; Raz, 2009a, p. 214-216 ; MacCormick, 2005, p. 78 ; Hayek, 2011, p. 221. Pour une défense de la compatibilité du particularisme juridique (au sens lâche dégagé ci-dessus) et de la *rule of law*, voir Solum, 1994.

490 Sur la distinction entre exception et exemption, voir Twining et Miers, 1999, p. 135.

491 Cohen, 2009, p. 139.

Le véritable argument de Cohen porte sur l'idée d'une nécessaire *valeur* de la généralité des raisons en tant que telle : « Les raisons et décisions générales sont compatibles avec les formes les plus graves d'injustice. Des normes injustes substantivement ne sont pas converties en normes générales par le fait qu'elles sont généralisées »⁴⁹². C'est un point sur lequel peu d'auteurs trouveraient à redire, sauf peut-être Fuller qui voit une connexion nécessaire, quoiqu'à vrai dire obscure, entre la moralité interne du droit – i.e. le principe de légalité, l'application uniforme des règles, etc. – et sa moralité externe – les buts substantiels poursuivis par la règle : le système nazi étant injuste, non seulement parce les règles étaient substantiellement injustes (c'est un euphémisme), mais parce que le principe de légalité n'était pas respecté (lois rétroactives, applications sélectives des lois, etc.). Selon Cohen (qui suit ici strictement Hart), ces deux aspects doivent être distincts.

Cependant, je ne suis pas certain de la teneur exacte de son argument. D'un côté, elle semble soutenir que l'application généralisée d'une règle peut avoir des effets injustes (elle cite l'exemple platonicien du problème de la restitution de ses armes à un ami devenu fou) et justifie ainsi des exceptions. Cet argument ne pose aucun problème. D'un autre côté, elle semble soutenir (ce qui est un *autre* argument) que la généralité d'une norme peut être une source d'injustice : « Ce qui rend la ségrégation si hideuse est précisément qu'elle repose sur des normes générales promulguées pour mettre en œuvre la discrimination »⁴⁹³. Il va de soi qu'un *seul* acte de discrimination est meilleur moralement qu'une discrimination généralisée. Mais il faut distinguer, avec Hart, deux niveaux où intervient la généralité d'une norme⁴⁹⁴ : le niveau de l'édiction⁴⁹⁵ et celui de l'application.

Si l'argument de Cohen revient à dire qu'il faudrait se garder d'édicter des normes discriminatoires générales, il est incontestable (sauf si on est raciste, ce que par hypothèse on n'est pas). En revanche, si l'argument est que l'application générale d'une règle injuste renforce le caractère injuste de cette dernière, il est beaucoup plus problématique. Reprenons un exemple de MacCormick, qui soutient, au moyen de cet exemple, que la non-application générale *renforce* l'iniquité substantielle de la règle. Supposons que je sois un officier nazi et qu'une règle générale prévoie que les enfants juifs seront envoyés en camp d'extermination. Que se passe-t-il si je décide d'en exempter certains, parce qu'ils me semblent sympathiques, parce qu'ils ressemblent à mon neveu ou pour d'autres raisons arbitraires ? Pour MacCormick, cela constitue une injustice supplémentaire pour ceux qui seront envoyés vers la mort⁴⁹⁶. Bien entendu, nous admirons les individus qui ont sauvé des enfants (ou des adultes d'ailleurs) des

492 Cohen, 2009, p. 140.

493 Cohen, *ibid.*

494 Hart, 2005, p. 178.

495 L'édiction pouvant prendre la forme d'un acte autre que législatif, bien entendu. En l'espèce, l'acte qui signe si ce n'est la naissance, du moins la légitimation de la ségrégation (de la doctrine « séparés mais égaux ») est la décision *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) de la Cour suprême, décision renversée par la décision *Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*, 347 U.S. 83 (1954).

496 MacCormick, 1992, p. 123.

camps, parce qu'il était de leur devoir moral de le faire (même s'ils l'ont fait pour des raisons non valables), mais selon MacCormick, nous ne pouvons nier que, dans notre exemple, l'officier lèse les autres enfants dont il a la charge en effectuant une telle exemption. – Il y a néanmoins un problème avec l'argument de MacCormick ; quand bien même l'officier aurait sauvé tous les enfants du groupe dont il a la charge, ou le plus possible⁴⁹⁷, il se serait montré injuste à l'endroit des *autres* enfants dont, certainement, ses collègues n'hésiteraient pas à signer l'arrêt de mort. Or ce genre d'argument conduit à une forme absurde de passivité morale (puisque je ne puis tous les sauver, je n'en sauve aucun). L'argument de MacCormick permet uniquement de montrer qu'une exemption *arbitraire* est injuste – mais un tel argument ne fait pas obstacle à un modèle particulariste de décision. Il suppose que l'exemption doit être *justifiée*, pas qu'elle doive être généralisable.

Il demeure que la généralité conserve une valeur *minimale* en droit, en raison des traits propres de celui-ci. Même si on admet qu'en morale une justification véritable est nécessairement particulariste, on a des raisons de souhaiter que le raisonnement juridique soit *partiellement* isolé des raisons morales, telles que le comprend le particulariste, et bloque les propriétés pertinentes pour la décision (du reste, comme on le verra, Holton indique que c'est exactement ce que fait le raisonnement moral). Une justification en faveur du généralisme (comme théorie *normative*) ne repose pas nécessairement sur les traits de justice formelle propre aux arguments tirés de la *rule of law*. La première raison est que l'on ne peut pas faire confiance aux juges pour arriver à chaque fois à la bonne décision sur la base des raisons de valences variables qui s'y appliquent. Bien entendu, on ne peut pas davantage faire confiance au sujet moral et, du reste, une erreur de sa part peut avoir des conséquences redoutables (supposons que je croie avoir une raison d'appuyer sur le bouton nucléaire). Mais même si on a des raisons de souhaiter que les juges tranchent les cas en fonction des mérites particuliers de chaque cas, par exemple, parce que les cas sont irréductiblement particuliers, ou qu'une application uniforme des règles serait moralement désastreuse, il demeure que l'on peut souhaiter que le juge soit guidé dans sa décision. Le fait que de tels guides n'existent pas pour le sujet moral, et que celui-ci doive développer une compétence morale de discernement des raisons, n'empêche pas que, lorsque de tels guides sont possibles, on puisse souhaiter que le juge accepte, même défaisablement, d'être dirigés par eux : dès lors qu'une généralisation (que celle-ci soit prospective ou rétrospective) est possible, il semble qu'il soit *prima facie* rationnel pour le juge d'y mesurer la décision de sa correction, quitte à ce que cette généralisation soit défaisable⁴⁹⁸.

497 On passe ici sur le fait évident qu'une telle décision d'empêcher l'application de la règle ne pourra naturellement être prise que sur des fondements particularistes : la nature de mon devoir de sauver ces enfants dépend de conditions contextuelles qui impliquent des raisons non généralisables. Si je sais que je risque d'être découvert et que ma tentative de sauver tous les enfants entraînera à la fois ma mort et un châtiment encore plus cruel pour eux, je peux avoir une raison de ne pas tenter de tous les sauver.

498 Voir là dessus MacCormick, 2005, p. 89 ; Bayón, 2001, p. 343. MacCormick indique que parler de « généralisation » est incorrect, et qu'il faudrait parler d'universalisation (MacCormick, p. 91 *sq.*) ; MacCormick oppose le général au spécifique et l'universel au particulier, la première paire admettant

C'est pourquoi on a des raisons de souhaiter que le juge considère les situations qui se présentent à lui comme réitérables (ou réitérées) : bien qu'elles soient parfois moralement incommensurables – et appellent une décision particulière différente –, elles doivent être considérées comme présentant une similitude suffisante avec des situations passées ou des situations futures raisonnablement prévisibles pour qu'il soit raisonnable pour le destinataire de la décision juridictionnelle d'attendre du juge qu'il statue dans le même sens qu'auparavant ou qu'il soit capable de fournir la même décision dans des cas futurs semblables (sous ces aspects). Pourquoi de telles décisions doivent-elles être *juridiquement* réitérables ou réitérées ? La réponse est simple, presque triviale : parce que, si elles ne l'étaient pas, le juge perdrait son public. Si je ne pouvais pas arguer devant le juge que telle règle régit mon cas, ou que celui-ci tombe sous tel précédent, l'intérêt de m'en remettre à lui pour trancher mon litige deviendrait très mince⁴⁹⁹.

En effet, le juge doit typiquement trancher entre deux séries de raisons, présentées chacune par l'une et l'autre des parties au procès. Etant donné qu'elles tendent à la décision contraire, il doit y avoir au moins une des deux décisions souhaitées, voire les deux, qui apparaît incorrecte sur le fondement de l'ensemble des traits particuliers de l'espèce. Si, *in fine*, le juge statuait toujours sur le fondement de l'ensemble des traits moralement pertinents de la situation, *i.e.* sur le mérite particulier du cas, alors forcément au moins l'une des deux parties, voire les deux, n'aurait *aucune chance* de voir sa requête ou sa défense aboutir, même et surtout si le juge était un expert moral qui trouve toujours la *bonne* réponse. Bien entendu, les parties feront généralement appel à des aspects non réitérables de leur cas particulier⁵⁰⁰, généralement lorsque l'autre partie soulève un argument généralisable jouant en sa défaveur, par exemple tiré d'une règle qui s'applique clairement au cas. Mais il ne peut s'agir d'une stratégie générale, dès lors que, si les deux parties arguaient uniquement sur le fondement des traits particuliers de leur cas singulier, aucune d'entre elles ne pourrait avoir de certitude que le tableau qu'elle dépeint de sa situation particulière sera de nature à coïncider avec celui que le juge sera enclin à brosser. Par conséquent, les arguments particularistes, dont il serait absurde de nier l'existence, se produisent, ou devraient se produire, sur fond de généralisation.

des degrés, mais pas la seconde. Or non seulement l'opposition « particularisme/généralisme » est entrée dans le vocabulaire courant – et il est donc oiseux de s'y attaquer –, mais de surcroît une insistance sur l'« universalisabilité » fait trop immanquablement penser à des auteurs repoussoirs pour les particularistes (Kant et Hare) pour être véritablement dénué, sous couvert de rectitude terminologique, d'arrière-pensées polémiques.

499 Cela ne veut pas dire que l'on n'ait jamais de raison de s'en remettre à un arbitre, tranchant en équité sur les seuls mérites du cas. Mais c'est précisément parce qu'un régime de résolution des litiges, fondé sur le seul arbitrage est insatisfaisant que l'institution juridictionnelle est dotée de quelque valeur.

500 Voir là-dessus, Bell, 2006, p. 45. Typiquement, lorsqu'une règle s'applique clairement, et de manière défavorable, à mon cas, j'aurai tendance à arguer de traits dont la pertinence n'est pas de prime abord avérée (« vous comprenez, monsieur le juge, mon beau-frère avait brisé le vase de Chine de ma grand-mère et j'y attachais une valeur sentimentale énorme, c'est pourquoi je lui ai cassé la figure. »).

Il s'agit bien d'un argument normatif. On a des raisons de souhaiter que, jusqu'à un certain point, les parties *puissent* invoquer des propriétés bloquées et, de ce fait, réitérables⁵⁰¹, et que, de ce fait, on puisse détacher les aspects juridiquement pertinents de l'ensemble des aspects moralement pertinents (qui, par hypothèse, ne sont que faiblement réitérables).

Bien entendu, il arrive très souvent, et il n'y a rien de répréhensible là-dedans, que le juge prenne sa décision sur des fondements moraux – par exemple, lorsqu'il accorde une exception pour une ambulance entrant dans le parc ; mais on peut souhaiter qu'il le fasse sur des fondements non exclusivement particularistes. Par exemple, on peut souhaiter que l'exception soit prise pour des raisons généralisables : de *manière générale*, il est bon que les ambulances traversent le parc si cela peut sauver des vies. Mais qu'une règle soit défaisable, *i.e.* soit susceptible d'être défaite sur le fondement de propriétés supplémentaires – autres que les propriétés déjà bloquées, que le cas exceptionnel possède également faute de quoi la règle ne serait pas même applicable –, et, bien davantage, qu'il soit souhaitable qu'elle le soit, ne veut pas dire que la décision de défaire la règle doive être *justifiée* sur des fondements particularistes.

B. Enjeux conceptuels

Ici, on glisse naturellement des enjeux normatifs aux enjeux conceptuels. Le fait que les règles soient défaisables, *i.e.* soient souvent défaites sur le fondement de raisons morales, ou plus généralement, de raisons tirées du démerite de l'application de la règle, indique-t-il que les juges statuent de manière particulariste, par exemple sur le fondement de « généralisations défaisables » au sens de Lance et Little ? Après tout, peut-être que nos soucis normatifs peuvent être rendus inutiles par le constat que les juges statuent en général de manière particulariste, et ont recours aux règles qu'afin de donner à leurs décisions une justification de façade. En ce sens, le particularisme ne fournit pas simplement une description de ce que font les juges, mais permet de faire conceptuellement sens de leur activité concrète.

Cependant, il faut prendre au garde au fait que ce n'est pas parce qu'une décision traite une règle comme *très fortement défaisable*, c'est-à-dire comme quasiment entièrement transparente à ses justifications d'arrière-plan ou à d'autres justifications, que cette décision est particulariste (au sens fort de ce dernier). Une telle décision est particulariste si les raisons d'appliquer ou non la règle sont holistiques ou revêtent une valence variable. C'est uniquement dans ce cas qu'il n'y a en réalité plus aucune règle à appliquer, et qu'il n'y a, pour ainsi dire que des exceptions sans règles.

501 Comme l'écrit Holmes, l'avocat éliminera de sa description du cas « l'ensemble des éléments dramatiques dont sont client l'a revêtu et ne retient que les faits d'importance juridique » (Holmes, 1897, p. 458). En effet, l'avocat prédit que ces traits seront plus à même d'être considérés pertinents par le juge. Mais un tel modèle n'exclut naturellement pas que, lorsque l'avocat pense que certains de ces « éléments dramatiques » seront de nature à convaincre le juge, il les mettra volontiers en avant.

1. La saisie normative de l'antécédent normatif des règles

Comme l'écrit Mathilde Cohen, « il est difficile de nier que le droit ait à voir avec les règles (que celles-ci soient ou non susceptibles d'exceptions) »⁵⁰². Comme elle le fait justement remarquer, le problème posé par le particularisme juridique ne porte pas sur le « contexte de la découverte » ; il est assez évident que, bien souvent, le juge tranche en fonction de la manière dont il appréhende le cas particulier et l'ensemble de ses aspects. Le problème porte sur la *justification* des décisions et sur la question de savoir si la justification, en droit, est au moins partiellement particulariste⁵⁰³.

Il va de soi qu'une telle justification est très souvent rendue nécessaire en droit par le fait que le droit l'exige⁵⁰⁴ : ce constat amène Mathilde Cohen à promouvoir un modèle mixte, mi-particulariste mi-généraliste de la justification juridictionnelle⁵⁰⁵. Pour déterminer si Marcel a agi en état de légitime défense, je devrai me demander si son acte était nécessaire et proportionné à la gravité de l'atteinte (article 122-5). Un tel jugement sera nécessairement particulier, et la nature de l'acte de Marcel me donnera une raison holistique de le condamner ou non. On n'a pas simplement affaire à un problème de subsumption des faits sous les concepts « nécessaire » ou « proportionné », « gravité » ; le problème est que la détermination de l'appartenance du cas à l'extension de ces concepts suppose une saisie à la fois normative et factuelle du contexte de l'acte et de l'ensemble de ses traits pertinents, car ce sont des *concepts normatifs épais*. On ne saurait fournir une liste de conditions nécessaires et suffisantes pour qu'un acte soit nécessaire ou proportionné à la gravité d'un autre. Pour prendre sa décision, le juge se fondera sur sa saisie du contexte – qui sera ouverte à discussion. Il en va de même des règles qui prescrivent, par exemple, aux juges aux affaires familiales de guider leur décision sur l'*intérêt de l'enfant* (voir *e.g.* l'article 373-2-6 du Code civil).

Un tel particularisme est nécessairement limité. De manière générale, il nous oblige à reconnaître que l'« antécédent factuel » des règles comprend souvent des propriétés épaisses qui ne peuvent être déterminées sur le seul fondement d'une subsumption factuelle, mais qui dépend d'une saisie normative du contexte des faits particuliers. De fait, si vous me demandez pourquoi j'ai acquitté Marcel, l'assertion « il a agi en état de légitime défense ; en vertu de l'article 122-5 du Code pénal, sa responsabilité ne saurait être engagée » ne fera pas l'affaire. Il faut que je fournisse une série de considérations qui seront nécessairement tirées du contexte particulier de l'espèce.

De même, il arrive que des cas soient tellement exceptionnels, *i.e.* soient tellement peu communs, qu'il sera très difficile d'invoquer une règle pour justifier la décision. Ainsi, dans la célèbre affaire Perruche⁵⁰⁶, on a affaire à un certain nombre de

502 Cohen, 2009, p. 134.

503 Cohen, 2009, p. 136.

504 Cohen, 2009, p. 159 *sq.*

505 Cohen, 2009, p. 167.

506 Cass, Ass., 17 novembre 2000. Dans cette affaire célèbre, un enfant avait contracté la rubéole *in utero* et était né de ce fait lourdement handicapé, alors que sa mère n'avait décidé de le garder que sur la foi de l'assurance que lui avait donné un médecin, sur le fondement de tests erronés, que l'enfant n'avait

traits si particuliers (les circonstances très particulières de l'erreur d'interprétation des résultats du test, le fait que la teneur du préjudice se mesure non pas à ses conséquences factuelles, mais à ses conséquences contrefactuelles) qui rendent impossible au juge de fournir une justification qui consisterait uniquement à brandir l'article 1382 du Code civil. Cependant, il faut remarquer que, par sa prompte réaction⁵⁰⁷, le législateur a lui-même effectué une généralisation à paratir de cet arrêt (en agitant le spectre de la reconnaissance d'un « préjudice du seul fait d'être né »⁵⁰⁸), afin de mieux la prévenir.

On peut donc raisonnablement soutenir que lorsqu'un juge considère les cas qui sont présentés devant lui, il procède nécessairement à une évaluation de l'ensemble des aspects du cas et sa décision sera naturellement conditionnée à une saisie du contexte. Or il semble bien que, si c'est le cas, la règle elle-même soit rendue inopérante. En effet, si une règle s'entend comme « si *p* alors *Oq* », mais que la détermination de *p* est nécessairement particulariste et ne peut se faire en termes non normatifs, alors on aura

pas contracté la rubéole. En cas de résultat positif, la mère était résolue à pratiquer une interruption volontaire ou médicale de grossesse. Indépendamment de la question relative à la nature du lien de causalité, qui en tant que telle est monnaie courante en droit de la responsabilité civile – est-ce le médecin qui par sa faute a causé le préjudice ? Est-ce la rubéole elle-même ? –, il fallait déterminer si l'enfant avait subi un préjudice justifiant indemnisation. Dans son arrêt d'assemblée, la Cour de cassation a, de manière très controversée, répondu par l'affirmative. – L'indemnisation des parents, elle, ne faisait pas problème.

507 Actuel article 144-5 du Code de l'action sociale et des familles. Il faut noter que selon l'alinéa 2 de cet article, la personne née handicapée peut demander réparation de son préjudice lorsque celui-ci a été causé ou aggravé par une faute du médecin, ou lorsque celui-ci n'a pas pris les mesures à même d'atténuer le préjudice. Il va de soi que, dans l'espèce *Perruche*, la question ne se posait pas de savoir si le préjudice aurait pu être empêché ou atténué en l'absence de faute des médecins. La faute des médecins consistait dans le fait d'avoir induit la mère à ne pas avorter. La faute des médecins se mesure non pas à ses conséquences factuelles, mais à ses conséquences contrefactuelles.

508 Cette généralisation est naturellement bien hâtive. En réalité, une généralisation possible à partir de cet arrêt aurait été la suivante : « Si un enfant contracte *in utero* une maladie de nature à provoquer chez lui de lourds handicaps ; si cette maladie n'est pas connue de la mère ; si la raison pour laquelle cette maladie n'est pas connue de la mère provient d'une faute médicale constituée par une erreur de diagnostic ; si, au cas où elle aurait eu connaissance de cette maladie, la mère était disposée à pratiquer une IVG ou une IMG ; alors l'enfant a droit à être indemnisé ». Le simple préjudice du fait d'être né n'est pas une généralisation correcte (il est vrai que le législateur effectue une généralisation légèrement plus satisfaisante à l'alinéa 3 de l'article 144-5), car il y a de nombreuses circonstances dans lesquelles le simple fait d'être né pourrait constituer un préjudice allégué, et qui ne peuvent raisonnablement être envisagées, au moyen d'un raisonnement analogique, à l'aune de l'espèce *Perruche*. Imaginons l'espèce suivante : un enfant naît dans des conditions très difficiles, de telle sorte que sa vie est en danger ; soit les médecins ont recours à des procédés très brutaux d'extraction (une césarienne étant impossible), soit l'enfant a de très grandes chances de mourir ; les médecins procèdent à l'extraction et l'enfant naît, de ce fait, avec de graves séquelles. On peut arguer qu'il a subi un préjudice du seul fait d'être né ; mais on voit que ce préjudice est d'une nature radicalement différente de celui qu'a subi le petit *Perruche* (la question de savoir si une indemnisation est justifiée ou non est indifférente). Ici, le préjudice provient des séquelles *dues* à la naissance elle-même. Il va de soi que, si *Perruche* avait été avorté, il ne serait pas né, ce qui est une vérité analytique. Mais ici le préjudice provient de la *manière* dont l'enfant est né, et du fait que si on avait choisi de *ne pas* le faire naître de cette manière-là, il serait né, mais mort. Le « préjudice dû au seul fait de la naissance » est donc une généralisation beaucoup trop large à partir de la seule espèce *Perruche*. Il me semble qu'un juge de *common law* distinguerait les deux cas (indépendamment de la question de savoir s'il accorderait ou non des dommages et intérêt).

en réalité la règle « si [ensemble des traits qui se révèlent *p*-pertinents⁵⁰⁹] alors *Oq* ». Mais étant donné que la valence des raisons pour que la situation soit *p*-pertinente change nécessairement selon le contexte, et que la *p*-pertinence constitue une raison pour appliquer la règle, alors les raisons d'appliquer la règle seront nécessairement holistiques, *i.e.* de valence normative variable.

Il est possible néanmoins de résister à une telle conclusion. En premier lieu, il y a des cas nombreux où la décision n'est pas particulariste, c'est-à-dire où les traits pertinents sont effectivement bloqués par la règle. Si une règle m'interdit de rouler à plus de 50 km/h en centre-ville, elle bloque les propriétés pertinentes et le juge *peut* avoir une raison pour condamner le chauffard sans en passer par une saisie de l'ensemble des traits moralement pertinents, c'est-à-dire susceptibles de constituer une raison. Ensuite, lorsque le juge prononce la relaxe au motif de la légitime défense, sa raison de le faire est bien holistique (elle changerait de valence dans un autre contexte), mais sa raison de chercher une telle raison, sa raison d'avoir une raison pour ainsi dire, n'est pas holistique : elle est fournie par l'existence d'une règle, à laquelle, sans nul doute, le conseil de l'accusé aura fait référence dans sa plaidoirie. Si une telle règle n'existait pas, il est peut-être exact que le juge serait quand même moralement justifié à voir dans la situation concrète une raison pour acquitter l'accusé, mais la décision contraire resterait néanmoins justifiée en droit sur le fondement simple de la règle définissant le délit ou le crime.

Le particularisme juridique peut cependant aller plus loin, et arguer de ce que les traits pertinents ne sont *jamais* bloqués par les règles de droit. De la sorte, non seulement les règles sont défaisables, mais le fait qu'elles soient applicables dans les cas « normaux » n'implique nullement que ces cas présentent une valence normative invariable. Un tel modèle particulariste juridique partirait du principe que les propriétés des cas régulés par la règle, quand bien même elles seraient déterminables de manière univoque, ne constituent jamais une raison invariable pour faire ce que la règle prescrit. De la sorte, les propriétés bloquées correspondraient aux raisons par défaut de Dancy, toujours susceptibles de voir l'interrupteur normatif s'éteindre.

De fait, les règles juridiques sont souvent défaites, et la question ici porte sur la valeur explicative du particularisme pour rendre compte de cette défaite concrète des règles. L'un des problèmes massifs du particularisme juridique est qu'il doit renoncer (puisqu'il renonce aux règles) à l'autonomie partielle du raisonnement juridique⁵¹⁰. En effet, s'il est possible de distinguer des raisons juridiques des raisons morales, *i.e.* de distinguer d'une part ce que j'ai une raison de faire selon le droit et de l'autre ce que j'ai une raison de faire tout bien considéré⁵¹¹, c'est *prima facie* parce que le droit arti-

509 Par *p*-pertinence on entend pertinence des propriétés suffisantes pour que l'antécédent soit réalisé.

510 Personne ne soutient que le raisonnement juridique soit totalement autonome. On renvoie aux distinctions effectuées par Raz entre raisonnement sur le droit et selon le droit.

511 Il va de soi qu'un particulariste nie qu'il existe en morale des raisons *tout bien considéré* (voir Dancy, 2004, p. 17). Ce qu'on entend ici par raisons tout bien considéré est davantage l'idée qu'il serait impossible de se demander ce que je dois faire selon le droit sans se demander ce que je dois faire tout court – même si les raisons de mon action ne seront alors que contributives.

cule ces raisons au sein de règles, qui peuvent certes être défaitsables. Or si on part du principe que l'applicabilité de la règle ne dépend *jamais* nécessairement de l'occurrence d'une propriété bloquée par la règle, *i.e.* fournissant au moins un raison *pro tanto* pour l'action, alors la décision ne pourra être prise que sur la base des raisons habituelles pour l'action : les raisons morales de valence variable. Soit la règle agit comme règle, y compris comme « principe contributif » fournissant des raisons *pro tanto*, soit elle n'agit pas du tout ; mais alors, on n'a plus de « raisons juridiques ».

2. Véritables exceptions versus exceptions *prima facie*

Bruno Celano a argué de ce que l'idée de raison *pro tanto* était compatible avec le particularisme⁵¹². Elle est certes compatible avec le particularisme faible (par exemple l'intuitionnisme « épais » de Ross), mais elle est *incompatible* avec le particularisme de Dancy, parce qu'elle est incompatible avec le holisme des raisons (ce que Celano reconnaît parfaitement)⁵¹³. Si j'ai une raison *pro tanto* de tenir mes promesses, alors le fait que telle propriété (*e.g.* le fait que tenir ma promesse entraîne la mort d'autrui) constitue une raison de poids supérieur et surpasse ma raison n'empêche pas que j'aie une telle raison. J'avais bien une obligation *prima facie* de tenir ma promesse. Le holiste des raisons soutient que, dans un tel contexte, *je n'ai même pas* de raison de tenir ma promesse, parce que lorsque j'ai une raison de tenir ma promesse, cette dernière ne constitue pas une raison en raison de son poids, mais en raison de l'ensemble des traits moralement pertinents de l'acte qui fait naître, ou constitue, cette raison. Selon Celano, au contraire, la notion de valence variable des raisons est équivalente⁵¹⁴ à « l'idée de raisons générales dont le poids varie considérablement »⁵¹⁵ ; c'est pourquoi il indique que « même le particulariste le plus radical doit reconnaître que certaines raisons ressemblent à d'authentiques raisons *pro tanto* »⁵¹⁶. Il faut noter cependant que cela conduit Celano à affaiblir la notion de raison *pro tanto* de manière à la rendre équivalente à la notion de « ce qui est normalement une raison pour l'action ».

De fait, le propos de Celano est assez ambigu dès lors qu'on a du mal à voir quel type de particularisme il choisit. Cela se manifeste de manière singulière dans les questions (rhétoriques) suivantes : « Le particularisme revient-il à reconnaître que, tout au long, aucune norme n'est appliquée ? C'est-à-dire que nous voyons, cas par cas, quelle

512 Celano, 2005, p. 123 *sq.*

513 Il est cependant assez difficile de voir la cohérence interne de la pensée de Celano, qui semble accepter la théorie des généralisations défaitsables de Lance et Little (Celano, 2012, p. 285). Cette dernière est, en raison de son « contextualisme profond », incompatible avec l'idée qu'il y aurait des raisons *pro tanto* surpassables selon le contexte. Les généralisations défaitsables permettent d'expliquer pourquoi, dans certains contextes, il y a des raisons plutôt que pas, et non pourquoi les raisons sont dotées d'un certain poids. Margaret Little est très claire à ce sujet (Little, 2000, pp. 388-390).

514 Il va de soi que les deux choses sont peut-être équivalentes en ce qui concerne la procédure épistémique de détermination des raisons, qui arrive au même résultat ; mais le holisme des raisons est une thèse métaphysique (Dancy, 2004, p. 141.) qui est, au moins présomptivement, lourdement grevée de postulats réalistes. La notion de raison *pro tanto* est méta-éthiquement beaucoup plus accommodante.

515 Celano, 2005, p. 126.

516 Celano, 2012, p. 283.

est la bonne réponse ? Y a-t-il de la place pour des généralisations normatives digne de foi ? »⁵¹⁷ La réponse à ces questions est, chez Celano, négative, mais il est faux de prétendre que les trois questions sont équivalentes. En effet, comme Celano le reconnaît lui-même (voir le passage cité *supra*) les généralisations défaisables de Lance et Little ne fonctionnent pas comme des principes (*i.e.* comme des normes) qui s'appliqueraient lorsque surviendraient des propriétés pertinentes, mais elles constituent l'acte normatif par lequel on saisit les conditions privilégiées d'occurrence des qualités morales de l'objet. On n'a pas une norme qui bloque des propriétés (par exemple « infliger une souffrance ») et qui attache une solution normative (« obligation de s'abstenir »), mais un acte épistémique qui détermine ce qui, dans le contexte normal de l'objet, fournit généralement une raison d'agir. C'est pourquoi Celano est obligé d'édulcorer la notion de raison *pro tanto*. S'il y a une norme (même dotée d'une clause *ceteris paribus*), alors j'ai toujours une raison *pro tanto* de faire ce que la norme requiert, même si cette raison est surpassable. En revanche, si je généralise normativement à partir des propriétés normatives *normalement* constitutives de l'objet (*i.e.* de mon action), alors j'ai *normalement* une raison (tout court) d'agir.

De fait, le point intéressant de la théorie de Celano est que le particularisme lui sert davantage à expliciter la nature des exceptions que la nature des règles. Quoi qu'il en aille des cas normaux, les exceptions, selon Celano, se comportent de manière très largement particulariste ; seule une explication particulariste permet de comprendre qu'existent non seulement des exceptions *prima facie*, mais des *exceptions véritables*. Où passe la distinction ? Selon Celano, une manière pour le généraliste de rendre compte de la défaisabilité des normes générales est de recourir au spécificationnisme⁵¹⁸. Ce dernier repose sur ce que Celano appelle l'« *identity assumption* »⁵¹⁹, selon laquelle une exception ne fait que spécifier la norme, même si cette dernière s'en trouve de ce fait amendée ou modifiée. L'idée est que lorsque survient un conflit, dans un cas particulier, entre des normes morales contraires, on résout le conflit en ajoutant une condition négative à la norme défaite. Le cœur de la norme est inchangé, mais elle est raffinée à la marge. De fait, le problème de cette conception de l'exception est double. Le premier problème est que l'ensemble des exceptions permettant de spécifier la règle n'est pas déterminable ou énumérable à l'avance ; à partir d'un certain point, il devient franchement incohérent de soutenir que la règle n'a pas été modifiée. Le second problème est bien plus profond ; en effet, en incorporant les exceptions dans l'antécédent de la règle, en faisant des conditions négatives d'application de la règle, on « normalise » l'absence des exceptions, *i.e.* on fait de l'absence des exceptions une condition « normale » d'application de la règle. Or de nouvelles propriétés peuvent survenir qui ne contribuent pas seulement à limiter la norme à la marge, mais viennent défaire les exceptions elles-mêmes. Non seulement les exceptions ne sont pas énumérables à l'avance, mais les propriétés de l'exception ne sont elles-mêmes *jamaïs* exhaustives. Quand bien même on essaierait de spécifier nos exceptions elles-mêmes, on rencon-

517 Celano, 2012, p. 280.

518 L'auteur classique est Richardson, 1990. Pour un commentaire, voir Dancy, 2000, p. 26, *sq*

519 Celano, 2012, p. 268.

trerait le même problème repoussé d'un cran. De fait, le propos de Celano n'est pas de dire que la tâche d'indiquer toutes les exceptions susceptibles de spécifier la règle n'a pas de *fin* (après tout ce n'est pas parce qu'une tâche est sans fin qu'il est absurde de commencer à l'accomplir), mais qu'elle n'a même pas de *début*⁵²⁰.

Cela implique qu'une exception « véritable » n'est pas une exception « implicite », en quelque sens qu'on prenne ce terme⁵²¹. Il peut bien entendu y avoir des exceptions *prima facie* qui s'entendent comme des parties de l'antécédent de la norme ; mais la méthode qui permet de déterminer, par exemple à partir d'autres normes, ces exceptions ne peut être celle qui détermine *l'ensemble* des exceptions possibles, parce que ces exceptions ne sont pas des exceptions *prima facie*, mais des exceptions *véritables*. Appliquées au droit, ces considérations invitent à renoncer purement et simplement à la notion d'arrière-plan normatif. Lorsque nous avons une clause *ceteris paribus* (« sauf en cas de circonstances exceptionnelles »), il n'y a pas lieu d'aller chercher, dans d'autres normes, quelles sont ces circonstances ; le caractère exceptionnel de ces circonstances se détermine par la considération des circonstances elles-mêmes – c'est-à-dire par des considérations particularistes.

Celano insiste sur le fait⁵²² qu'une exception véritable, si elle se distingue de l'exception *prima facie* ne consiste pas dans le simple fait de ne pas appliquer la norme (par exemple, un juge corrompu décide de ne pas appliquer la norme). De fait, la non-application de la norme suppose, y compris et surtout dans un cadre particulariste, une *justification*. La justification particulariste sera, de ce fait, davantage une justification de l'exception qu'une justification de l'action tombant sous la norme – ce qui ne veut pas dire, répétons-le, que celle-ci bloque nécessairement les propriétés des cas tombant sous elle. Une exception véritable à la norme intervient lorsque, bien que le cas tombe sous l'antécédent de la norme, il prend place dans des circonstances exceptionnelles, *i.e.* dans des circonstances non normales.

Ce modèle particulariste de l'exception a nécessairement des conséquences pour la règle elle-même. Les exceptions ne peuvent être déterminées sur un mode particulariste que si les propriétés pertinentes des *cas normaux* ne sont elles-mêmes pas spécifiables à l'avance. Or si la détermination des cas normaux eux-mêmes nécessite une saisie normative du contexte, alors en quel sens peut-on parler de « normes » ? Dans l'idée de généralisation défaisable (chez Lance et Little), en effet, c'est la *généralisation* elle-même qui est défaisable, *i.e.* la détermination des conditions contextuelles privilégiées pour que l'objet présente des propriétés morales : lorsque le contexte est normal, alors j'ai une raison d'agir ; si la raison est de valence variable, c'est que la normalité du cas est elle-même défaisable, et non pas parce qu'une autre raison vient surpasser la raison initiale. Lorsque je cours un marathon, la douleur (bien réelle) que je ressens n'est pas « *bad-making* », n'est pas mauvaise, et par conséquent, je n'ai aucune raison de l'éviter ; le point n'est pas que ma raison de courir le marathon surpasse

520 Celano, 2012, p. 276.

521 Celano, 2012, p. 280.

522 Celano, 2012, p. 282.

ma raison d'éviter la douleur, mais c'est que le contexte ne présente pas, *ab initio*, les conditions privilégiées pour que ma douleur soit considérée comme « *bad-making* ». Evidemment, le scope de ces conditions privilégiées n'est pas spécifiable à l'avance ; on ne saurait bloquer les propriétés pertinentes pour que la douleur soit *bad-making*.

Celano est conscient de ce problème qu'il aborde cependant incidemment⁵²³. Sa réponse, pour être brève, est néanmoins assez pertinente. L'hypothèse de normalité est l'arrière-plan sur lequel prennent place les conditionnels normatifs (ou si l'on veut les normes conditionnelles). Ceux-ci supposent, de par leur clause *ceteris paribus* même, que la plupart du temps, les choses suivent leur cours normal – il faut entendre normal au sens de Lance et Little. Dans un monde moralement chaotique, où aucune généralisation ne serait possible, des normes, mêmes défaisables, seraient impossibles. C'est parce que, généralement, l'antécédent de la norme se réalise dans des cas *normaux* que des exceptions véritables – c'est-à-dire des cas non normaux – sont possibles : « On dit que les auteurs de normes (*norm-givers*) ne peuvent pas prévoir le futur. C'est bien sûr exact. Mais ce qui m'étonne le plus c'est qu'en réalité ils *peuvent* prévoir le futur dans une certaine mesure. La plupart du temps, les choses suivent leur cours normal »⁵²⁴.

De fait, le modèle de Celano, qui porte sur le particularisme *normatif* en général, et pas uniquement moral, trouve une application en droit. En premier lieu, Celano n'indique nullement que *toutes* les exceptions soient des exceptions véritables ; il arrive souvent que, lorsqu'un verdict normatif à partir d'une règle juridique nous semble insatisfaisant, on procède à une révision plus ou moins cohérente de la norme de départ. Cela vaut en droit comme dans tout contexte normatif. La thèse de Celano est seulement que la défaisabilité des normes implique quelque chose de plus que des exceptions *prima facie*. Si on applique ce propos au droit, il apparaît que bien souvent on pourra généraliser les exceptions, les normaliser au sein de l'antécédent de la règle. Typiquement, lorsque j'autorise l'ambulance à pénétrer dans le parc, je n'ai pas affaire à une exception véritable. On n'a pas besoin d'une saisie très poussée du contexte pour considérer que les ambulances devraient être exclues du scope de la règle qui prohibe les véhicules dans le parc, parce que cette exclusion est implicite à la norme elle-même. Cependant, une norme est, selon Celano, *authentiquement* défaisable, lorsqu'on ne pourrait même pas commencer à détailler les propriétés de l'exception, *i.e.* lorsque l'exception est justifiée sur des fondements uniquement particularistes.

Mais cela implique de modifier notre perception du droit et des règles juridiques⁵²⁵. De manière générale, on commence (c'est ce que nous-mêmes avons fait dans ce travail) à partir de règles, que l'on présume, pour des besoins de clarté de l'exposition, ou en raison de postulats théoriques relatifs à la nature des règles, indéfaisables au moins *prima facie*. Après quoi, on tente de *modifier* le modèle de manière à le rendre accommodant avec les exceptions ; on envisage le type de raisons d'arrière-plan qui pourraient défaire la règle, etc. Ce qui motive cette méthode est de distinguer la

523 Celano, 2012, p. 286.

524 Celano, 2012, p. 287.

525 Celano 2012, p. 283.

défausabilité juridique (où l'exception est, d'une manière ou d'une autre, *implicite* dans le droit) de la simple défausabilité morale que personne ne conteste. Pour ce faire, on est obligé de fournir des critères (par exemple, des pouvoirs dirigés razies) permettant de comprendre pourquoi la défausabilité des règles ne consiste pas dans la seule non-application d'une règle applicable⁵²⁶. Bref, on en arrive à un montage théorique assez compliqué, et se pose la question de savoir pourquoi on ne procéderait pas de la manière inverse. On renoncerait à l'idée d'exception implicite, et on partirait d'un modèle de règles défausables, *i.e.* susceptible de véritables exceptions. De la sorte, on pourrait à la fois comprendre pourquoi ces règles sont susceptibles de faire une différence (parce qu'elles reposent sur des conditions « normales », et on n'a pas besoin à chaque fois de se demander si les conditions sont normales, puisque, si on avait besoin de se le demander, cela voudrait dire qu'elles ne sont pas si normales que cela), et pourquoi elles comportent une clause « *sauf si...* » en cas de conditions *anormales*. Evidemment, la détermination de ces conditions anormales est éminemment contextuelle. Dans un tel modèle, le modèle de la *p-pertinence* ne se pose pas tant pour les conditions d'application de la règle que pour ses conditions de non-application⁵²⁷.

3. « That's it » et remplacement

Richard Holton a proposé une version modérée du particularisme, qui peut permettre de fournir une approche plus simple du problème de l'application du particularisme au droit. On va d'abord envisager les fondements du particularisme moral de Holton avant de voir la manière dont lui-même l'applique au droit.

Holton met en avant la thèse suivante : le particularisme ne nous engage pas à nier l'existence de principes moraux, mais il nous engage seulement à nier qu'un ensemble fini de principes permette de capturer l'ensemble de nos devoirs moraux⁵²⁸. L'idée est la suivante : un ensemble fini de principes ne peut permettre de fournir dans chaque situation un verdict moral correct (*i.e.* une décision moralement correcte). Mais ce n'est pas parce qu'*aucun* ensemble fini de principes ne permet de justifier l'ensemble des verdicts moraux qu'il existe des verdicts moraux qui ne sont pas entraînés (ou justifiés) par aucun ensemble fini de principes : simplement des verdicts moraux différents sont justifiés par des ensembles différents de principes. Le particulariste affirmera que l'ensemble des ensembles finis de principes justifiant les verdicts moraux ne sera pas fini : on ne peut pas prévoir, à l'avance, l'ensemble des principes qui s'appliqueront à mon action.

Selon Holton, les principes jouent avant tout comme des outils de justification ; ils ne permettent pas de modeler la manière dont la prise de décision

526 Voir Bulygin, 2003, pp. 247-248.

527 Songeons aux critères des circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence du même nom en droit administratif français (cf. *supra* : le caractère à la fois brutal et durable des circonstances exceptionnelles ; l'impossibilité pour l'administration d'agir légalement ; le but d'intérêt général auquel répond l'infraction au principe de légalité). La détermination de la réalisation de ces critères sera nécessairement particulariste. Certains de ces critères sont par ailleurs vagues (*e.g.* « durable »).

528 Holton, 2002, p. 193 (Holton parle de principes permettant de « capturer l'éthique »).

intervient⁵²⁹. Ce postulat, qui n'est pas vraiment démontré (si ce n'est par l'idée qu'il n'y aurait pas de procédure standard de prise de décision en morale), lui permet d'évacuer une grande partie des questions d'épistémologie morale (de théorie de la connaissance morale⁵³⁰) qui se posent pour les particularistes plus radicaux (le discernement de Dancy ; le discernement *plus* la généralisation explicative chez Lance et Little⁵³¹). Comment cependant expliquer que, même pris comme outils de justification, les principes fournissent le fondement de tout verdict moralement correct ? La réponse de Holton consiste, d'une part, à faire de tous les principes des principes *ceteris paribus* et d'autre part à concevoir les clauses « sauf si... » comme des clauses nécessairement *ouvertes*.

Pour ce faire, il va définir il va définir une relation de remplacement (*supersession*) entre énoncés et ensemble d'énoncés, et réinterpréter le clauses *ceteris paribus* comme des clauses jouant un rôle bien particulier au sein des justifications particulières : ce rôle va consister à bloquer les propriétés pertinentes non pas pour le principe en général, mais pour son application particulière.

Un ensemble d'énoncés $\{F_1a, F_2a...F_ma\}$ et un verdict F_va sont remplacés par un autre ensemble de sentences $\{G_1a, G_2a...G_ma\}$ et un verdict G_va si et seulement si $(G_1a, G_2a...G_ma)$ a pour conséquence (*entails*) $(F_1a, F_2a...F_ma)$, mais pas l'inverse⁵³² et F_va est incompatible avec G_va . Si on a deux principes (ou deux règles⁵³³) liant les ensembles d'énoncés et leur verdict, par exemple les formules quantifiées⁵³⁴ $\forall x((F_1x, F_2x...F_mx) \rightarrow F_vx)$ et $\forall x((G_1x, G_2x...G_mx) \rightarrow G_vx)$, et que l'antécédent des règles soit réalisé ou instancié, alors on peut obtenir deux arguments qui prendront la forme d'un *modus ponens*⁵³⁵. L'argument

529 Holton, 2002, p. 196.

530 Il va de soi que ce problème se pose en raison de leurs partis-pris réalistes.

531 Chez Lance et Little, la généralisation permet d'*expliquer* pourquoi le raisonnement moral suit parfois un schéma quasi inférentiel – ce qui est impossible sur le seul fondement du « discernement » de Dancy. Cependant, la généralisation a également une fonction justificative chez Lance et Little.

532 Autrement dit, on a un privilège à l'argument le plus spécifique.

533 Chez Holton, les deux termes sont identiques. De fait, ce qu'en philosophie morale on appelle principe est généralement ce qu'en droit on appelle règle. L'opposition règles/principes est typiquement idiosyncratique à la philosophie du droit.

534 On remarquera que, chez Holton, les règles sont strictes, *i.e.* universellement quantifiées. C'est pourquoi le raisonnement est typiquement monotone (Holton, 2002, p. 197-198) : on ne s'intéresse pas aux aspects qui pourraient être pertinents mais ne le sont pas, mais en revanche, on est obligé de s'intéresser à l'ensemble des aspects dont on peut supposer qu'ils sont pertinents dans le cas présent. En matière de morale, si par exemple le fait que *Tweety* soit un pingouin fait, possiblement, une différence morale, alors on a typiquement envie de s'assurer que *Tweety* est ou non un pingouin. Mais on est obligé de supposer que l'ensemble des configurations possibles (par exemple *Tweety* est un pingouin supersonique doté de superpouvoirs) ne sont pas pertinentes. En droit, en revanche, on peut souhaiter que l'ensemble des faits pertinents ne doivent pas être établis – *e.g.* qu'on n'ait pas besoin d'aller à chaque fois chercher si l'accusé était en état de légitime défense, de troubles psychiques, etc. Cependant, Holton note que la logique des défauts (et les logiques non monotones en général) ne permet pas de représenter des exceptions non reconnues à l'avance (Holton, 2011, p. 181).

535 Holton a modifié sa présentation de l'argument du remplacement. On reprend la dernière en date, qui se trouve dans Holton, 2011, p. 169.

$$\begin{array}{l}
 F_1 a \\
 F_2 a \dots \\
 F_m a \\
 \hline
 \forall x ((F_1 x, F_2 x \dots F_m x) \rightarrow F_v x) \\
 \hline
 F_v a
 \end{array}$$

est « remplacé » par l'argument

$$\begin{array}{l}
 G_1 a \\
 G_2 a \dots \\
 G_m a \\
 \hline
 \forall x ((G_1 x, G_2 x \dots G_m x) \rightarrow G_v x) \\
 \hline
 G_v a
 \end{array}$$

lorsque l'ensemble des prémisses non quantifiées $\{F_1 a, F_2 a \dots F_m a\}$ et le verdict $F_v a$ sont remplacés par $\{G_1 a, G_2 a \dots G_m a\}$ et le verdict $G_v a$.

Bien entendu, un argument ne peut pas être remplacé par n'importe quel argument. Lorsque j'ai une règle « tous les véhicules sont interdits dans le parc », alors un argument instanciant une règle « tous les véhicules à pois verts sont autorisés dans le parc » *n'est pas* de nature à remplacer l'argument instanciant la première règle !

C'est ce que Holton entend montrer au moyen de ce qu'il appelle la clause « *That's it* » (que l'on pourrait traduire par « et voilà », « c'est tout » ou encore « basta ») qui s'énonce : « Il n'y a pas d'argument supplémentaire pertinent remplaçant l'argument présent »⁵³⁶, c'est-à-dire qu'il n'y a aucun principe et aucun fait instanciant ce principe qui peut être invoqué de manière pertinente. Le principe devra donc s'écrire de la manière suivante : $\forall x ((F_1 x, F_2 x \dots F_m x, \textit{That's it}) \rightarrow F_v x)$: le fait qu'il n'y a pas d'autre argument pertinent susceptible de remplacer l'argument instanciant le principe est une condition du verdict normatif.

C'est pourquoi la clause *TI* (pour « *That's it* ») est l'équivalent fonctionnel d'une clause *ceteris paribus*. Je suis à même de prendre une décision, un verdict moral, sur le fondement du principe applicable *parce qu'il* n'y a aucun autre aspect du cas qui est pertinent. *S'il y avait* un autre aspect pertinent, *alors* peut-être que je prendrais un autre verdict. Ce faisant, on bloque les aspects pertinents, ce pourquoi on peut prendre une décision guidée par, ou justifiée par, un principe ou une règle (termes qui, d'ailleurs, sont équivalents dans le présent contexte). La clause *that's it* permet de bloquer les propriétés pertinentes pour que la décision soit justifiable : « L'argument du particulariste est que, pour tout principe véritable et ensemble de faits, il y a un autre principe

536 Holton, 2002, p. 199 ; Holton, 2010, p. 375 ; Holton, 2011, p. 169.

et un ensemble possible de faits qui les remplaceraient. Mais cela n'implique pas que tout principe véritable et tout ensemble de faits soient, dans les faits, remplacés »⁵³⁷.

Par conséquent, pour chaque argument tiré d'un principe, on pourra supposer une clause *TI* qui bloque défaisablement les aspects pertinents. Lorsque deux arguments comportent une clause *TP*⁵³⁸, c'est, comme ci-dessus, le plus spécifique qui remplace le moins spécifique. Mais le fait que le second argument ait été introduit implique qu'il *est* pertinent (que le principe trouve à s'appliquer) ; sinon la clause *TI* du premier argument resterait intouchée. Bien sûr, Holton ne peut pas fournir de critères de pertinence, tout simplement parce qu'il est particulariste. De même que Dancy ne peut pas, ou ne veut pas, expliquer pourquoi l'interrupteur normatif des raisons par défaut s'allume ou s'éteint, ou que Lance et Little ne peuvent indiquer quels sont les critères d'identification des « conditions privilégiées », Holton ne saurait isoler une classe de raisons comme étant nécessairement pertinentes ; cela tient au fait que nous n'avons pas toujours, à supposer que nous les ayons jamais, les moyens de vérifier si un principe s'applique véritablement au cas⁵³⁹. La clause *TI* des principes permet ainsi de rendre compte des inversions de valence normative et d'indiquer pourquoi cette inversion est due à un argument tiré d'une règle. Lorsqu'un argument A_1 doté d'une clause *TI* est *remplacé* par un autre argument A_2 doté d'une clause *TI*, il cesse de fournir un fondement à la décision. Par hypothèse, A_1 et A_2 portent bien les mêmes *faits*, puisque A_2 entraîne A_1 : mais cette inversion de la valence normative de ces faits est due au fait que A_1 comme A_2 instancient des principes dotés de clauses *TI*.

Comment Holton applique-t-il son modèle au droit ? Celui-ci est selon lui attrayant parce qu'il permet de représenter à la fois les exceptions explicites (*recognized defeating conditions*) et les exceptions non spécifiées et non spécifiables à l'avance⁵⁴⁰. La clause *TI* bloque défaisablement les propriétés pertinentes du cas particulier, mais est défaisable dès lors que survient un argument pertinent. Bien entendu, cet argument devra être l'instanciation d'une règle – mais cette règle ne sera pas nécessairement une règle juridique. Si une règle juridique est instanciée dans un argument, alors cet argument sera pertinent (même si, comportant lui-même une clause *TI*, il sera à son tour défaisable) ; cependant, tout argument pertinent n'est pas nécessairement tiré d'une règle *juridique*.

De fait, Holton se montre très soucieux de justifier l'applicabilité au droit de son modèle fondé sur les clauses *TI* et le remplacement des arguments instanciant des règles. Il prend un grand soin d'indiquer que ce modèle peut être compatible avec le

537 Holton, 2002, p. 199.

538 En rigueur, c'est le principe qui comporte une clause *TI*, cependant l'argument, instanciant le principe, instancie également la clause *TI* :

$$\begin{array}{l} F_1a, F_2a \dots F_ma \\ \forall x((F_1x, F_2x \dots F_mx, \textit{That's it}) \rightarrow F_vx) \\ \textit{That's it} \end{array}$$

D'où on peut défaisablement dériver le verdict F_1a .

539 Holton, 2011, p. 182.

540 Holton, 2011, p. 181.

positivisme juridique⁵⁴¹. En effet, supposons que nous reformulions l'énoncé de la clause *TI* de la manière suivante : « Il n'y a pas d'argument juridique fondé tel qu'il remplace cet argument »⁵⁴². Il semble que si on épuise les règles de droit, il n'y ait pas d'autre argument juridique. Bien entendu, aucun positiviste juridique, même le plus exclusif, ne niera que l'ensemble des arguments juridiques soit plus large que l'ensemble des *règles juridiques* – identifiées par leurs sources, leur *pedigree*, etc. C'est pourquoi Holton invente de toutes pièces un problème lorsqu'il écrit : « Le problème central est de savoir comment nous comprenons la référence aux "règles juridiques" dans la définition du remplacement et de la clause *TI*. Il semble que pour un positiviste (...), la liste des règles juridiques soit finie. (...) Cela indiquerait qu'après tout notre clause « sauf si... » ne serait pas non codifiable, et qu'il n'est pas vrai qu'il n'y a pas d'argument juridique qui ne puisse être potentiellement remplacé »⁵⁴³. Bien entendu, il s'agit d'un faux problème dès lors que les règles juridiques ne fournissent pas la totalité des arguments juridiques, et que le droit requiert souvent des juges qu'ils mettent en avant des arguments non directement fondés sur des sources. On n'a donc pas besoin, comme le suggère Holton, d'« adoucir le positivisme (...) [et] par exemple d'élargir notre conception de ce qui est de droit (*what the law is*) »⁵⁴⁴ au-delà des seules sources »⁵⁴⁵.

Evidemment, il s'agit d'un faux problème, et Holton en est bien conscient⁵⁴⁶. Il ne l'invoque que pour rendre plus dramatiquement saillante la pertinence de son modèle particulariste modéré. « Le droit n'est pas codifiable, même lorsqu'on s'en tient au modèle strict, positiviste, fondé sur les sources, de ce qui est de droit (*what the law is*) (...) ». Pour le comprendre, il faut se placer du *point de vue du juge* »⁵⁴⁷.

En réalité, par « le droit n'est pas codifiable », Holton ne veut nullement dire que les règles de droit ne sont pas codifiables (elles le sont, même s'il serait parfois oiseux de le faire étant donné le lourd problème de l'individuation des règles), mais que les arguments juridiques, et en fin de compte, les décisions juridiquement possibles ne sont pas codifiables⁵⁴⁸ : c'est parce que la liste des règles *non juridiques*, auxquelles le juge

541 Voir en particulier Holton, 2010, p. 378 *sq.*

542 Holton, 2011, p. 169.

543 Holton, 2010, p. 378.

544 On recourt à cette traduction quelque peu alambiquée, parce que « ce qu'est le droit » traduit « *what law is* » (*quid jus* ?). Selon le positiviste, la réponse à la question *quid juris* ? (*what the law is*) se trouve dans les consultation des sources – ce postulat étant fondé bien entendu sur une conception de la nature du droit (du *quid jus*).

545 Holton, 2010, p. 378.

546 Il a cependant parfois tendance à faire du positivisme une théorie sur la nature des règles (en particulier le fait qu'elles soient dotées d'autorité), alors qu'il s'agit d'une théorie (ou d'un élément de théorie) sur la nature du droit. Comme on l'a vu plus haut, le positivisme suppose que les règles ne soient pas complètement transparentes à leurs justifications d'arrière-plan possibles ; mais il n'a certainement pas besoin de supposer que les règles sont totalement opaques.

547 Holton, 2010, p. 379.

548 Il le dit *expressis verbis* quelques lignes plus loin : « Si les décisions possibles, y compris les décisions possibles acceptables (*legitimate*), qu'un juge pourrait prendre ne sont pas codifiables, alors lorsqu'il tente de lister l'ensemble des règles qu'il pourrait utiliser dans sa décision, cette liste serait incodifiable » (Holton, 2010, *ibid.*).

peut faire appel pour justifier sa décision, est non codifiable (*i.e.* ni finie ni détaillée à l'avance) que la liste des arguments qui en découlent est non codifiable. Et Holton a tout à fait raison de noter que cela n'est nullement gênant pour le positiviste : « Il ne s'agit nullement de nier que les règles juridiques à un moment *t* soient codifiables »⁵⁴⁹. Seulement celui-ci reconnaîtra que lorsque le juge considérera un argument tiré d'une règle non juridique comme pertinent, il créera du droit. L'emphase du positiviste (en particulier du positiviste exclusif) sur la distinction entre création et application de droit n'implique pas qu'il y ait en pratique une solution de continuité radicale entre les deux aspects. Mais nous ne faisons ici que rebattre des arguments déjà exposés plus tôt dans le présent chapitre.

Il demeure que le modèle de Holton est particulariste dans un sens extrêmement affaibli. En particulier, si on le « normativise », si on en fait une thèse normative sur la façon dont les juges *devraient statuer*, et non plus un modèle d'intelligibilité, on obtient quelque chose qui est très en deçà du particularisme juridique lâche énoncé plus haut, selon lequel les juges devraient toujours rendre leur verdict en fonction des mérites du cas particulier, puisque les arguments venant défaire la règle sont eux-mêmes des instanciations de règles. Lorsque survient une exception, la règle n'est pas détruite ; l'argument à partir de la règle est remplacé, supplanté par un autre argument, mais la règle s'appliquera normalement dans les cas où la clause *TI* n'est pas déjouée. *L'exception prouve la règle pour les cas non exceptés*⁵⁵⁰.

Il va de soi cependant que les règles juridiques sont *toujours* défaisables, ce qui ne veut pas dire qu'elles soient toujours défaites. C'est en ce sens que Holton demeure un particulariste : il fournit une théorie de la défaisabilité, pas une théorie du seuil de défaite acceptable des règles. Leur défaite effective tiendra au scope des arguments tenus pour pertinents à même de déjouer la clause *TI* des arguments tirés de règles juridiques. Selon Holton, le particularisme et la philosophie en général ne peuvent rien dire sur les raisons qui amèneront les juges à déjouer la clause *TI* des règles et à considérer tel argument pertinent, parce que ces raisons sont psychologiques⁵⁵¹ (sentiment d'obligation vis-à-vis du public, autoreprésentation du juge en gardien de la légalité, « positivisme idéologique » des juges etc.). Si les règles juridiques sont toujours *pertinentes* pour la décision, si, la plupart du temps, elles *guident* la décision, elles ne la *déterminent* pas nécessairement.

Comme on va le voir dans le chapitre 8, on peut remettre en cause cette dernière thèse, car elle minore l'autorité du droit. Une « communauté juridique » (la doctrine, les juges eux-mêmes, le législateur, le grand public) repose sur la reconnaissance de *critères de justification* des décisions juridictionnelles. Cela ne veut pas dire que le « contexte de découverte » (*e.g.* les état psychologiques des juges) ne joue aucun rôle, y compris dans l'émergence des critères de justification. Comme on le verra, ces critères

549 Holton, 2010, *ibid.*

550 Holton, 2002, p. 209 ; Holton, 2010, p. 369 *sq.* On renvoie à l'introduction du présent travail pour l'analyse de cette formule par Holton.

551 Holton, 2010, p. 387.

de justification ont partie liée à l'autorité du droit, ou, tout au moins, du jurislatureur, et supposent que le scope des défaiseurs potentiels varie dans le temps. Bien souvent, le standard de défaite d'une règle est très élevé (pour reprendre une expression de Schauer), et bien que la règle soit matériellement défaisable – rien n'empêche le juge de soulever une exception –, il n'est pas considéré comme justifié de la défaire. Or pour comprendre cela, on n'a pas besoin d'explorer la psyché du juge, ni l'inconscient collectif des juristes. Cependant, une telle théorisation suppose et est supposée par une théorie de l'interprétation, question à laquelle nous consacrerons les deux prochains chapitres.

SECTION 6. CONCLUSION PROVISOIRE

Où notre enquête nous a-t-elle mené jusqu'ici ? L'aspect quelque peu doxographique du présent chapitre empêche d'avoir une image d'ensemble. Le présent chapitre n'a pas prétendu fournir une théorie de la défaisabilité forte des règles juridiques, mais a tenté de mettre au jour les soubassements conceptuels et théoriques des thèses défaisabilistes et anti-défaisabilistes. On peut provisoirement en retirer les résultats suivants.

En premier lieu, le problème de la défaisabilité forte des règles ne porte pas sur la structure logique des règles, mais sur l'origine des exceptions : si les exceptions ne sont pas spécifiables à l'avance au sein du système juridique alors d'où viennent-elles ?

En second lieu, l'idée d'*exception implicite* est confuse et devrait être sinon abandonnée du moins raffinée. On verra, sur ce point, qu'une théorie de l'interprétation peut être très utile. La notion d'exception implicite naît de la volonté désespérée de rattacher un acte de création de droit au système juridique précédant cet acte.

En troisième lieu, la tentative d'incorporer l'arrière-plan normatif des règles au sein du système juridique (au moyen des valeurs implicites du système ; ou de normes spéciales qu'on appelle principe) n'est ni nécessaire ni suffisante pour asseoir une thèse défaisabiliste. Il y a néanmoins des exceptions « implicites » en un sens faible (*e.g.* déterminable par les postulats interprétatifs guidant un raisonnement par analogie : « sauf les voitures de police, les ambulances, etc. »).

En quatrième lieu, lorsqu'une règle ou une règle d'applicabilité comprennent une clause *ceteris paribus* explicite (*e.g.* « sauf circonstances exceptionnelles »), cela ne fait pas des exceptions elles-mêmes des exceptions implicites du système juridique ; il s'agit en réalité d'une habilitation du juge à ajouter discrétionnairement une exception, avec néanmoins une charge importante de la justification. Cette justification sera typiquement particulariste, dès lors que « *circonstances exceptionnelles* » est un concept épais, et non un concept non moral.

En cinquième lieu, la défaisabilité des règles est partiellement (mais partiellement seulement) incompatible avec la nature et la fonction des règles. Une règle ne peut être complètement transparente aux justifications d'arrière-plan, même si elle ne peut être complètement opaque. En réalité, il faut distinguer les arguments tendant à décrire la manière dont fonctionnent les règles dans le raisonnement pratique (qui suppose un seuil élevé d'opacité) et les arguments qui décrivent les raisons que nous avons de traiter une directive comme règle, et qui supposent qu'aucun sujet pratique ne puisse sérieusement traiter les règles comme totalement opaques, ni même extrêmement opaques, ce qui serait complètement irrationnel. De fait, la position de Schauer est plus compatible avec le particularisme de Holton qu'il ne le semble de premier abord : ils n'entrent pas en désaccord sur le seuil d'opacité acceptable pour que la décision soit rationnelle (puisque Holton ne prétend pas répondre à cette question), mais sur le seuil d'opacité acceptable pour que la règle soit encore une règle. Le particulariste attribue une fonction aux règles dans la détermination de la décision qui est nécessairement beaucoup plus faible que celle que Schauer serait disposé à admettre.

En sixième lieu, le fait que la thèse d'une défaisabilité nécessaire des règles les place à un seuil de transparence relativement élevé n'a *aucune* conséquence sur le positivisme juridique. Le positivisme juridique suppose nécessairement que les règles ont une certaine opacité, tout simplement parce que si les règles étaient défaisables en toutes circonstances, l'*explanandum* disparaîtrait (on aurait des critères d'identification n'identifiant rien du tout) et l'*explanans* (la théorie positiviste) n'aurait plus aucun intérêt. Mais aucun positiviste ne niera que le droit requiert de ses juges de faire, jusqu'à un certain point, preuve de discernement dans l'application des règles.

En septième lieu, soit le particularisme nie l'existence même de règles, auquel cas il n'est pas applicable au droit, si ce n'est comme pur modèle normatif – et comme tel il est franchement indésirable –, soit il suppose que l'*exception confirme la règle* et il permet de fournir un modèle d'intelligibilité des règles juridiques. On retient, pour ce faire, la version la plus modérée du particularisme, celle de Richard Holton. Cependant, cette version ne nous explique pas *pourquoi* un seuil de défaite est considéré comme acceptable à un certain moment et inacceptable à un autre, c'est-à-dire pourquoi telle ou telle raison de défaire la règle est tantôt considérée comme suffisamment pertinente ou suffisamment impérieuse dans certains contextes et pas dans d'autres.

Aucune théorie envisagée jusqu'à présent ne permet de fournir une telle explication.

Chapitre 7

Indétermination sémantique et exceptions

Dans le reste de cette partie, nous allons tenter d'envisager les rapports entre défaisabilité et interprétation. Une première manière de concevoir ces rapports serait de faire de la défaisabilité le fruit d'un problème interprétatif, c'est-à-dire le fruit d'un problème d'identification du sens de l'énoncé qui formule la règle. Jusqu'ici en effet, on a supposé que les problèmes soulevés par la défaisabilité des règles juridiques portent sur l'applicabilité normative des règles. Or, une autre manière d'envisager les exceptions implicites serait de les envisager comme résultant d'un problème d'applicabilité conceptuelle. Surviendrait une exception implicite dès lors qu'il est douteux si le cas auquel on est confronté est bien subsumé sous le cas générique de la règle – bien entendu s'il n'est pas subsumable, alors la règle ne s'applique pas.

Comme on l'a indiqué, lorsque se pose la question de savoir s'il convient de reconnaître une exception à la règle, le juge est confronté à un cas difficile, dans la mesure où il y a plusieurs solutions possibles au litige. Il y a en droit diverses sources de cas difficiles, qui ont donné lieu à des typologies assez différentes selon les auteurs¹. On en a déjà rencontré certaines sources d'indétermination normative au cours du présent travail. Par exemple, on a indiqué le rôle que jouaient les exceptions dans la résolution de conflits partiels, et on a étudié la thèse selon laquelle la défaisabilité des règles juridiques repose sur de l'existence de lacunes axiologiques (qui ne sont pas véritablement des sources d'indétermination normative).

Or, l'une des sources massives d'indétermination normative sont les cas-limites, qui naissent de l'indétermination sémantique des énoncés formulant les règles. Une des manières de résoudre le problème de la défaisabilité des règles juridiques est de faire des *exceptions-faits* implicites des cas-limites d'application des concepts contenus dans l'énoncé de la règle. Après avoir étudié la nature des cas-limites et les sources d'indétermination normative, on procédera à une critique de l'explication de la défaisabilité en termes d'indétermination sémantique ; la

1 On peut ainsi comparer Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 31 ; Redondo, 1997, p. 186 ; Moreso, 1998, p. 56-90 ; Coleman et Leiter, 1995, p. 212-228 ; Iglesias Vila, 2001, p. 14 *sq.* ; Soames, 2009, p. 403.

thèse qui sera défendue plus loin dans le présent chapitre est que d'un point de vue conceptuel ou définitionnel, les exceptions ne sont pas des cas-limites.

SECTION 1. SOURCES D'INDÉTERMINATION SÉMANTIQUE

Pour expliciter la nature des cas-limites, on peut envisager ce qu'Alchourrón et Bulygin appellent « lacunes de reconnaissance » : « lorsqu'en raison de l'indétermination sémantique des concepts qui caractérisent un cas générique nous ne savons pas si un certain cas individuel lui appartient ou non, nous parlons de lacune de reconnaissance »². Alchourrón et Bulygin précisent plus loin ce qu'ils entendent par indétermination sémantique, en faisant référence aux situations de « vague (*vagueness*) – réel ou potentiel »³. Le « vague potentiel » étant la caractérisation célèbre, d'ailleurs hautement problématique, de la notion de texture ouverte par Friedrich Waismann⁴, on peut donc dériver deux sources principales d'indétermination sémantique : le vague et la texture ouverte. Ces deux phénomènes n'épuisent naturellement pas le champ des sources d'indétermination *linguistique* : par exemple l'imprécision (ou vague *lato sensu*) et l'ambiguïté. Ces derniers sont en effet exclusivement le propre des énoncés⁵, alors que le vague et la texture ouverte sont essentiellement des traits des concepts – qui se reflètent au sein des énoncés par l'emploi de termes conceptuels. L'imprécision et l'ambiguïté affectent exclusivement la signification des énoncés, tandis que le vague et la texture concernent l'extension des concepts – cependant on verra que la texture ouverte hartienne, et dans une certaine mesure la texture ouverte waismannienne sont également dues à une indétermination de l'*intension* des concepts.

I. PRÉDICATS VAGUES

A. Vague *stricto* et *lato sensu*

L'une des premières théories du vague a été formulée par Bertrand Russell dans un article de 1923⁶. Pour Russell, le vague est une caractéristique des *représentations* et

2 Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 33.

3 Alchourrón et Bulygin, 1971, p. 32.

4 Waismann, 2004, p. 327.

5 Un terme est ambigu (lexicalement) s'il exprime (ou signifie) deux ou plusieurs concepts. Un énoncé est ambigu (syntaxiquement) s'il exprime deux ou plusieurs propositions. Les concepts et propositions en question ne sont pas nécessairement vagues, même s'il se peut qu'ils le soient (voir là-dessus Moreso, 1998, p. 89). L'ambiguïté affecte la *signification* des termes – et ou des énoncés ; le vague affecte leur dénotation (ou leur référence), c'est-à-dire l'extension des concepts qu'ils signifient.

6 Russell, 1923, p. 84-92.

non de ce dont ils sont une représentation : une carte à petite échelle est vague (plus vague qu'une carte à grande échelle), mais la portion d'espace qu'elle représente, elle, n'est pas vague⁷. Le vague est avant tout (mais non exclusivement) la caractéristique des concepts tels qu'ils sont exprimés (ou signifiés) par les langages naturels – Russell s'accorde avec Frege pour dire que les langages formels ne sont et ne peuvent être vagues⁸. Les concepts vagues peuvent être clairement prédiqués avec vérité ou fausseté de certains cas, mais dans d'autres cas (représentant une « pénombre ») il est impossible de dire si le concept s'applique ou pas. Le vague naît, selon Russell, d'une impossibilité d'une correspondance terme à terme entre la représentation et le *representandum*⁹. Cette définition l'amène à définir le vague de manière un peu large, comme toute forme d'imprécision¹⁰. Par exemple, le concept vague rouge (qui est vague *stricto sensu*) peut s'appliquer à autant de nuances de rouge, et le rapport entre la représentation et le *representandum* est non pas de un-à-un, mais de un-à-plusieurs. Mais la notion de vague doit être alors entendue *lato sensu*, dans la mesure où tous les concepts exprimés par nos langages naturels (et même virtuellement ceux des langages formels) *sont* vagues. Même les noms propres sont vagues, dans la mesure où s'ils peuvent être correctement attribués aux individus durant leur vie, se pose la question de savoir si on peut encore les attribuer à leurs cadavres. A partir de quel état de décomposition cesse-t-on de désigner le cadavre de Mozart du nom de Mozart ?

Il convient cependant de retenir une notion plus étroite de vague¹¹, que l'on peut attribuer au premier chef à certains concepts généraux, exprimés par des terme

7 Russell, 1923, p. 85. L'exemple de la carte se trouve p. 89-90. Russell, qui n'a pas lu Borges, n'envisage pas le cas d'une carte à l'échelle 1:1, mais il est certain qu'elle serait encore vague. Le refus russellien de l'attribution du vague aux choses (réitéré par Dummett, 1978, p. 260 ; Evans, 1978) a été récemment remis en question (voir Tye, 1990, *passim* ; Sorensen, 2011, *passim* ; Williamson, 1994, p. 248 *sq.* ; Zemach, 1992, p. 89 *sq.* ; Morreau, 2002, *passim*). Par exemple, pour Tye, l'Everest est vague, car il n'y a pas de frontière ferme qui sépare les particules appartenant à l'Everest et les molécules qui n'y appartiennent pas ; Sorensen, par contraste, développe une position plus modérée : certaines *représentations* (e.g. musicales) sont vagues (e.g. Debussy...), mais ne le sont pas de la *même manière* que les langages naturels. A bien des égards, la position de Sorensen est compatible avec le postulat de Russell, au contraire de la position de Tye.

8 Russell, 1923, p. 88.

9 Russell, 1923, p. 89.

10 Comme le note Sorensen, les expressions « il a autour de trente ans » (qui est vague *stricto sensu*) et « il a trente ans et quelque » (qui représente un intervalle large – entre 30 et 39 ans – mais néanmoins spécifiable) sont équivalentes du point de vue de l'analyse russellienne du vague (Sorensen, 2011, p. 231). La première expression aura des cas clairs d'application positive (29, 30, 31 ans), négative (12 ans ; 50 ans...) et des cas limites. La seconde expression est imprécise, mais elle n'est pas vague, dans la mesure où elle est vraie d'un certain nombre de cas compris entre 31 et 39 ans, et n'a pas de cas-limites (à 40 ans, on n'a plus 30 ans et quelque). Voir également, pour une critique plus générale du concept russellien de vague, Williamson, 1994, p. 59.

11 La notion étroite, comme la notion large, russellienne, de vague est une notion sémantique. On laisse de côté pour l'instant les problèmes de vague pragmatique (voir Endicott, 2000, p. 50) ; par exemple, si on me demande s'il reste du café et si le pot à café ne contient que quelques grains épars, l'acceptabilité d'une réponse positive ou négative dépendra du contexte d'énonciation (bien que d'un point de vue purement sémantique, la réponse à la question soit positive, et ce de façon absolument non-vague). Il faut distinguer le vague pragmatique des théories contextualistes du vague, qui sont des théories sémantiques (le sens des expressions variant selon le contexte, cf. *infra*).

tels que « tas », « grand », « chauve »... qui possèdent bien un noyau d'application positive (x est grand) ou négative (x n'est pas grand) et une pénombre d'applicabilité douteuse. La manière usuelle de les représenter fait appel à un paradoxe sorite. Par exemple : 10 000 grains forment un tas ; pour tout nombre n , si n grains forment un tas, alors $n-1$ grains forment un tas ; donc un grain forme un tas. Nous savons que 10 000 grains forment un tas, et qu'un seul grain ne forme pas un tas, mais nous sommes incapables de dire à partir de combien de grains on obtient un tas, ou on cesse d'obtenir un tas. Pour le dire autrement, nous sommes incapables de dire combien de grains comporte le plus petit tas (si n est le nombre en question, alors $n-1$ grains n'est pas un tas). Il est possible, dans une certaine mesure de déterminer l'extension (10 000 grains forment un tas) et l'anti-extension (1 grain – ou zéro grains – ne forme pas un tas) du concept, mais il existe un grand nombre de cas compris entre l'extension et l'anti-extension du concept.

Le nœud du paradoxe est la deuxième prémisse, appelée parfois principe de *tolérance*¹² : de petites modifications dans l'objet n'affectent pas l'applicabilité du concept (l'appartenance de l'objet à l'extension du concept) ; mais une accumulation de petites modifications en forment des grosses, au-delà des limites tolérables. Le paradoxe naît de ce que nous ne savons pas où tracer la limite. Par contraste, le concept d'un triangle rectangle n'est pas vague : il ne s'applique qu'aux figures géométriques formées par l'intersection de trois droites dans un espace plan dont l'une des intersections forme un angle à 90° . Si l'angle fait $90,0000000001^\circ$, le triangle n'est plus rectangle – même si, *pragmatiquement*, on a coutume d'admettre une marge, assez infime, de tolérance. Si on me demande de dessiner un triangle rectangle, il est probable que, même si j'emploie une équerre, l'angle ne soit pas exactement à 90° ; le fait que l'on soit disposé à prédiquer « triangle rectangle » de la figure que j'ai tracée n'implique pas que le concept de triangle rectangle soit vague.

La difficulté posée par les concepts vagues est renforcée dès lors que l'on reconnaît les frontières entre les cas normaux et les cas limites sont elles-mêmes floues. Ainsi, il sera parfois difficile de déterminer si n grains est un cas limites des cas limites de « tas ». C'est le problème connu sous le nom de « vague d'ordre supérieur » (*higher order vagueness*)¹³, que l'on peut illustrer de la manière suivante : un individu possédant 1 millions d'euros est définitivement riche ; un individu possédant 1 euro est clairement non-riche (voire pauvre). Un individu possédant 1000 euros n'est pas clairement non-riche, mais il n'est pas riche : est-ce un cas central de « non-riche » (au même titre que l'individu possédant 1 euros) ou un cas limite des cas limites de « riche » ? Aussi bien le vague n'implique-t-il pas seulement l'existence de cas centraux et de pénombre, mais également de cas centraux et « pénombraux »

12 Voir Wright, 1975, p. 333.

13 La notion (mais non le terme) de *higher order vagueness* se trouve déjà chez Russell : « la pénombre elle-même n'est pas définissable avec certitude » (Russell, 1923, p. 87). Elle a été formulée avec clarté par Sainsbury, 1991 et défendue par Engel, 1992 et Williamson, 1999. Une critique virulente a été apportée par Crispin Wright (Wright, 1992 ; Wright, 2010). Pour une discussion, voir Edgington, 1993 et Tye, 1994.

de pénombre, et des cas « pénombraux » de cas centraux. Si « riche » est vague (même s'il est clair qu'un individu possédant 10 euros n'est pas riche), « clairement riche » est lui-même vague (vague de second ordre), « clairement clairement riche » est lui-même vague (vague de troisième-ordre) et ainsi de suite. Autrement dit, non seulement le langage-objet est vague, mais le métalangage lui-même emploie un concept (« vague ») qui est vague, et ainsi de suite.

B. Tentatives de solution du paradoxe sorite

Les concepts vagues posent de nombreux problèmes philosophiques tenant en particulier au statut logique des propositions relatives aux cas-limites. Alors que les propositions relatives aux cas clairs d'application du concept sont vraies ou fausses (à l'instar, par exemple, de propositions prédiquant « triangle » d'une figure géométrique), les propositions relatives aux cas limites ne sont, par hypothèses, susceptibles de n'être ni vraies ni fausses (puisque si elles l'étaient, il ne s'agirait pas de cas-limites). Dès lors, sauf à rejeter complètement le principe de bivalence, il faut tenter de résoudre le paradoxe sorite.

De nombreuses résolutions ont été proposées, et il serait hors de propos de toutes les détailler. On peut néanmoins mentionner, de manière non exhaustive, les plus classiques (sans entrer dans les raffinements strictement contemporains¹⁴).

1. Du refus à l'acceptation : « il n'y a rien de tel qu'un tas »

La manière la plus simple de résoudre le paradoxe sorite est de réfuter son existence même. C'est la position classique de Frege pour qui un concept vague n'est pas un concept. Pour tout concept il est possible de déterminer si un objet quelconque appartient ou non à son extension : « la définition d'un concept (d'un prédicat possible) doit être complète (*vollständig*), elle doit, pour chaque objet, déterminer de manière non ambiguë (*unzweideutig*) s'il tombe sous le concept ou non (si le prédicat peut lui être attribué avec vérité). Il ne doit y avoir aucun objet dont la définition rend douteux s'il tombe ou non sous le concept »¹⁵. Si tout concept est par définition complètement défini, alors les paradoxes sorites sont impossibles. Si « tas » signifie véritablement un concept, alors pour tout *x*, soit *x* est un tas, soit *x* n'est pas un tas ; toute autre solution revient à éliminer le concept de tas des concepts exprimables dans un langage.

14 Pour des raisons purement matérielles, on laissera également de côté les développements des logiques multivalentes, telles que la logique trivalente de Lukasiewicz, la logique floue de Zadeh, la logique du vague de Sanford ou encore l'application d'une logique intuitionniste au vague par Putnam.

15 Frege, 2009, p. 383. La traduction de « *unzweideutig* » par « sans ambiguïté » ne doit pas inviter à penser que Frege confond vague (concept non complètement défini) et ambiguïté, puisqu'il est bien question de la définition des concepts (*Begriffe*) ici, et non de la signification des mots. – Williamson (1994, p. 43) soutient que Frege confond de manière intempestive vague et ambiguïté.

Le constat simple¹⁶ que les langages naturels utilisent des concepts vagues doit donc amener à la conclusion que ces langages sont déficients ou incohérents. Cela revient en réalité à ne refuser l'existence du paradoxe que pour les langages formels insusceptibles de vague, mais à en accepter l'existence pour tout langage déficient. Autrement dit, pour tout « concept » déficient – qui n'est un « concept » que nominativement – la solution du paradoxe sorite *est vraie* : cela veut dire qu'aucune explication cohérente de ces concepts n'est possible¹⁷, et que les termes vagues n'ont aucune référence ou dénotation¹⁸ – l'intension déterminant l'extension.

Une radicalisation de cette position a été proposée par Peter Unger¹⁹. Selon lui, il est possible d'étendre les paradoxes sorites à l'ensemble des « objets ordinaires », bien que le prédicat qui les dénote ne soit pas *prima facie* vague. Par exemple, le concept de pierre ne semble pas être vague. Pourtant, si on ôte un atome à une pierre, on obtient toujours une pierre... et ainsi de suite²⁰. En appliquant à l'ensemble des objets possibles un paradoxe sorite dans sa version ascendante ou descendante, Unger en arrive à une double conclusion possible : soit il n'y a pas de pierres soit tous les objets du monde qui nous entoure sont des pierres²¹. Etant donné que les mêmes conclusions peuvent être dérivées pour tous concepts, on obtient, par exemple : soit il n'y a pas de plume, soit tous les objets du monde sont des plumes. Deux ensembles coextensifs comportant les mêmes éléments, il faut, si l'on choisit la seconde conclusion, affirmer que toutes les plumes sont des pierres (et vice versa). Une telle conclusion étant inacceptable (puisque l'extension du concept de plume n'est pas identique à l'extension du concept de pierre), la manière « la plus rationnelle »²² de résoudre la contradiction est de retenir la première solution : il n'y a pas de pierre – et il n'y a pas davantage de plumes.

Le nihilisme d'Unger ne doit pas être pris pour une thèse strictement métaphysique, selon laquelle les objets que nous dénotons en employant les termes pierre, tas ou plume n'existent pas. Il s'agit avant tout d'une thèse sémantique (qui a néanmoins

16 Formulé en passant, encore que de manière aporétique, par Frege lui-même dans *L'idéographie* (voir Frege, 1999, p. 85).

17 Comme l'écrit Dummett : « C'est parce qu'aucune explication cohérente des prédicats vagues est possible que nous ne pouvons raisonner avec eux, et que leur présence est un défaut qui doit être éliminé de tout langage proprement construit ; ce qui serait inquiétant, pour Frege, serait qu'on puisse en donner une explication cohérente » (Dummett, 1981, p. 33). Il n'en va pas des prédicats vagues comme des prédicats vides (par exemple « licorne ») qui ont un sens, mais n'ont pas de référence ou de dénotation. Les énoncés comportant des prédicats vagues fonctionnent comme s'ils étaient vrais dans certains cas – *i.e.* ont, dans ces cas, une référence ou une dénotation – tandis que dans d'autres cas les mêmes énoncés (*e.g.* « *x* est un tas ») n'auront aucune valeur de vérité, ce qui est absurde pour toute théorie acceptant le principe de bivalence (voir là-dessus, Dummett, 1981, p. 316).

18 Voir là-dessus la lettre de Frege à Peano du 29 septembre 1896, citée dans Dummett, 1981, p. 314.

19 Unger, 1979.

20 Unger, 1979, p. 120.

21 Unger, 1979, p. 146-147. Pour une position semblable, voir Wheeler, 1979, p. 168. Pour une critique commune de Unger et de Wheeler par un tenant d'une logique multivalente, voir Sanford, 1979, p. 175 *sq.*

22 Sic ! Unger, 1979, p. 145.

des conséquences métaphysiques) selon lequel les objets du monde (s'ils existent) n'instancient jamais aucun concept « ordinaire » : « les sorites que l'on a envisagés nous permettent de maintenir qu'il existe des objets physiques d'une grande variété de formes et de tailles (...). Mais ces objets ne sont pas des « choses ordinaires » : aucun d'entre eux n'est une pierre, une planète, un meuble »²³.

Certains auteurs ont adopté une thèse plus modérée et sans doute plus proche de Frege, concluant à l'incohérence des langages naturels. Michael Dummett, dans un article célèbre²⁴, commence par adopter une solution proto-supervaluationniste (voir *infra*), selon laquelle les concepts vagues peuvent être précisés, ou précifiés (*sharpened*). Mais ajoute-t-il, une telle solution « ne prend pas les prédicats vagues au sérieux en les traitant comme s'ils n'étaient vagues que parce que nous ne prenons pas la peine de les préciser. (...) Le vague de certains concepts ne peut être éradiqué »²⁵. Le vague apparaît comme le reflet d'un trait de la réalité (même si Dummett indique bien refuser toute thèse du vague dans les choses) : le caractère non-transitif de la relation « différence non-discernable²⁶ » (*non-discriminable difference*). Soit un objet susceptible d'états A, B, C, D s'il y a une différence non-discernable entre A et B, une différence non-discernable entre B et C, ainsi qu'entre C et D, il ne s'ensuit pas qu'il y ait une différence non-discernable entre A et D. Dès lors qu'un objet du monde est susceptible de différences non-discernables, son concept est *irrédiatement* vague. Il en résulte que je serai obligé à la fois de dire que l'objet possédant l'état D semble différent de l'objet possédant l'état A, bien qu'il ne me semble pas différent (ou qu'il ne soit pas différent de manière discernable) de l'objet possédant l'état C, qui lui-même n'est pas différent de manière discernable de B, etc.

Selon Dummett, il résulte de l'existence de concepts vagues que leur prédication d'un objet donné est nécessairement incohérente²⁷. Cela tient essentiellement au fait que ces concepts sont des prédicats observationnels²⁸ : le caractère non-discernable de la différence suppose que le locuteur n'est pas doté d'instruments de mesure de manière à compter les grains d'un tas ou les cheveux d'un homme légèrement dégarni, mais qu'il forme un jugement sur la base des données observationnelles. A supposer que l'on puisse tracer une limite (à partir de *n* grains on a un tas, à partir

23 Unger, 1979, p. 150.

24 M. Dummett, « Wang's Paradox » in Dummett, 1978, p. 248 *sq.*

25 Dummett, 1978, p. 258.

26 Dummett, 1978, p. 260. Une démonstration de la non-transitivité des différences indiscernables a été proposée par Wright, 1975, p. 345-347). Pour une critique, voir Fara, 2001, p. 912 *sq.* ; Raffman, 2011, p. 114-115.

27 Dummett, 1978, p. 262.

28 L'accent sur le caractère observationnel des prédicats a été également mis en avant par Crispin Wright (voir Wright, 1975, p. 345-347 ; voir aussi Fara, 2001, p. 907 ; Raffman, 2011, p. 107 *sq.*). Cela semble rapprocher Dummett et Wright des théories épistémistes, par exemple en matière de prédicats de couleurs. En effet, un cas-limite entre rouge et orange est un cas-limite, parce que sa couleur exacte ne peut être connue à l'œil nu ; en revanche, le spectrographe permet de décomposer la couleur-limite en de deux couleurs « pures » dont elle forme le mélange. Wright répond cependant que le prédicat observationnel vague « *semble* rouge » diffère du prédicat non-vague « rouge » manié par le physicien.

de n cheveux en moins on a un chauve), cette limite elle-même ne pourrait pas être perceptible à l'œil nu – puisque, par définition, les états de part et d'autre de la limite *seraient* indiscernables (ou plutôt, leur différence serait indiscernable).

2. Approches épistémiques

La plupart des théories du vague, au lieu d'accepter le paradoxe et d'en conclure à l'incohérence des langages naturels, prennent le parti de refuser la validité de la pré-misse conditionnelle du paradoxe, c'est-à-dire le principe de tolérance : pour tout n et pour tout x , si $n.x$ est P, alors $(n-1).x$ (ou $(n+1).x$) est P (où x est une variable liée quelconque et P un prédicat vague quelconque). Parmi elles on a coutume de distinguer deux approches concurrentes : des approches épistémiques selon lesquelles le vague naît de l'ignorance des limites de l'extension et de l'anti-extension de prédicats, qui demeurent sémantiquement déterminés ; et des théories sémantiques, selon lesquels le vague affecte la référence des termes.

L'approche épistémique dont les principaux représentants sont Timothy Williamson²⁹ et Roy Sorensen³⁰ (entre autres auteurs³¹) se donne pour but de proposer une analyse des prédicats vagues qui permette de sauver intégralement le principe de bivalence. Le vague naît de l'ignorance des limites exactes de nos concepts. Autrement dit, l'expression « x est un tas » où x est un cas limite est vraie *ou* fausse, mais nous n'avons aucun moyen de savoir si elle est vraie ou fausse.

Pour Sorensen, le paradoxe sorite fait partie de ce qu'il appelle des points aveugles³², qu'il définit au moyen de la notion d'inaccessibilité. Soient une destination, un moyen de transport et une série de contraintes : la destination sera un « point aveugle » si et seulement si elle est inaccessible par les moyens de transport usuels sous les contraintes les plus faibles. Ainsi (pour reprendre un exemple de Sorensen) l'Australie n'est pas un point aveugle, bien qu'elle me soit inaccessible en voiture, dans la mesure où les contraintes qui pèsent sur mon voyage sont des contraintes fortes (dérivées des lois physiques en raison desquelles je ne peux pas voler jusqu'en Australie). Un point aveugle est inaccessible sous contrainte faible, la plus faible des contraintes étant les lois logiques (qui, jusqu'à preuve du contraire ne m'empêchent pas d'accéder à l'Australie). Si on prend pour destination des propositions, pour moyen de transport des attitudes propositionnelles (typiquement, des croyances), certaines propositions seront des points aveugles dès lors qu'elles sont inaccessibles sous contrainte faible.

C'est ainsi que Sorensen assimile les propositions vagues, c'est-à-dire les propositions employant des concepts vagues, à des points aveugles : lorsque nous sommes confrontés à des cas limites, nous sommes dans l'impossibilité de parvenir à la proposition « x est un tas » ou à la proposition contradictoire. A cela, Sorensen ajoute un

29 Williamson, 1994, p. 185-214.

30 Sorensen, 1988, p. 199-252 ; Sorensen, 2004, *passim*.

31 Les premiers essais d'explication épistémique du vague ont été effectués par Cargile, 1969 ; Campbell, 1974.

32 Sorensen, 1988, p. 3.

postulat qui va distinguer radicalement sa position des formes de nihilisme envisagées plus haut : « dès lors que nous nous attachons à un réalisme de sens commun (...) [on doit maintenir] que la croyance non qualifiée dans l'existence des objets quotidiens – des tas, des fleurs, des gens – nous oblige à reconnaître qu'ôter un grain de sable d'un tas peut le transformer dans un non-tas³³ ». D'où le rejet du principe de tolérance.

Cette profession de foi réaliste est essentielle à l'approche de Sorensen. L'idée directrice est que le vrai s'étend au-delà du connaissable³⁴. L'antiréalisme est perçu comme une forme raffinée d'*argumentum ad ignorantiam*³⁵. Ainsi, l'inférence : « personne n'a jamais prouvé la conjecture de Goldbach ; donc la conjecture de Goldbach n'est ni vraie ni fausse » est manifestement invalide. La conjecture de Goldbach est vraie ou fausse, bien qu'on ne le sache pas. L'antiréalisme consiste en une forme modalisée de ce type d'argument : s'il est nécessaire que l'on ne connaisse pas que *p*, alors il est nécessaire que *non-p*. Si *p* est nécessairement non-connu (*i.e.* si *p* est non-connaissable), alors *p* est nécessairement faux³⁶. Si *p* et *non-p* sont nécessairement non-connus, alors nécessairement *p* n'a pas de valeur de vérité (on obtient le dogme vérificationniste relativement aux entités métaphysiques)³⁷.

Les propositions vagues sont par conséquent une classe de propositions vraies (ou fausses), mais inaccessibles (ou, si l'on veut, inassertables). Si *z* est un cas-limite de *F*, alors « *Fz* » est un point-aveugle d'un certain type. Tout d'abord c'est un point aveugle de connaissance (*knowledge blindspot*) et non pas un point aveugle de croyance (*belief blindspot*) – contrairement que par exemple à la proposition paradoxale de G.E. Moore : « Il pleut et je ne crois pas qu'il pleut »³⁸, qui est inaccessible à la croyance. Un point aveugle de connaissance désigne une proposition dont il est impossible de *savoir* si elle est vraie. Dans notre exemple, il est impossible de savoir si « *Fz* » est vrai ou non. D'autre part « *Fz* » est un point-aveugle symétrique : à la fois « *Fz* » et « *non-Fz* » sont inaccessibles à la connaissance³⁹. Il en résulte que « toutes les prédications limites ont des valeurs de vérité, on ne peut juste pas savoir lesquelles sont vraies ou fausses »⁴⁰ : il y

33 Sorensen, 1988, p. 10.

34 Sorensen, 1988, p. 123. On retrouve ce postulat réaliste chez Williamson : « les cas limites nous confrontent à des vérités indépendantes de l'esprit et non connaissables » (Williamson, 1996, p. 337). Pour un commentaire sur ce réalisme sémantique, voir Keefe, 2000, p. 70.

35 Sorensen, 1988, p. 130 *sq.*

36 Sorensen, 1988, p. 140-142.

37 Sorensen, 1988, p. 143.

38 Sorensen, 1988, p. 15-56.

39 Une telle définition des prédicats vague a pour curieuse conséquence qu'on peut fort bien envisager des prédicats qui n'auraient aucun cas clair, mais seraient seulement dotés de cas-limites : ainsi, pour tout *x*, *Fx* serait toujours inaccessible à la connaissance (Sorensen, 1988, p. 204).

40 Sorensen, 1988, p. 205. Par la suite, Sorensen a modifié en profondeur sa théorie. Il existe une limite entre les tas et les non-tas, mais non seulement toute proposition assertant cette limite est inaccessible, mais elle est également contradictoire. On en arrive donc à l'idée étrange selon laquelle « il existe un nombre *n* tel que *n* grains forment un tas et *n-1* forment un non-tas » est une tautologie (puisque cela revient à dire qu'un tas est un tas et qu'un non-tas est un non-tas), mais que toute proposition spécifiant un nombre minimum *n* est contradictoire (Sorensen, 2004, p. 18-19).

a une limite précise entre un tas et un non-tas, mais nous ne savons pas (et ne pouvons pas savoir) où elle passe.

L'approche de Williamson est plus souple que celle de Sorensen. Les deux auteurs partagent avant tout une défense stricte du principe de bivalence : la proposition « x est un tas » est vraie ou fausse⁴¹. Selon Williamson, cependant, cette proposition, dans les cas-limites, n'est pas absolument inaccessible ; elle est accessible à un locuteur omniscient⁴². La limite entre tas et non-tas est celle qu'attribuerait un locuteur omniscient ; or un locuteur omniscient est impossible, donc la vérité des assertions relatives aux cas limites est inconnaissable.

Selon Williamson, le vague s'apparente à une forme de connaissance inexacte. Lorsque j'évalue à l'œil nu le nombre de spectateurs présents dans un stade, ma croyance qu'il y a n spectateurs est très probablement fausse, mais elle peut (par un hasard extraordinaire) être vraie. Ce peut être le cas qu'il y a n spectateurs dans le stade, mais la vérité de mon assertion, qui existe *indépendamment de toute connaissance que je pourrais avoir de cette vérité*, n'est pas digne de foi (*reliable*)⁴³ : une croyance vraie au petit bonheur la chance n'est pas une connaissance. Je ne peux pas connaître de manière exacte en me basant sur mes seules capacités perceptives le nombre de spectateurs dans le stade, mais je peux le connaître de manière inexacte, dans la mesure où je sais qu'il n'y a pas deux mille spectateurs ; et je sais qu'il n'y a pas non plus deux cent mille spectateurs. En revanche, plus je me rapproche du nombre réel de spectateurs, moins ma croyance (quand bien même elle serait vraie) peut être dite digne de foi.

Mettons que j'ai la croyance vraie qu'il n'y a pas exactement un nombre j de spectateurs et qu'il y a réellement i spectateurs (ce que je ne sais pas, par hypothèse). Si i et j sont très rapprochés, ma croyance (vraie) qu'il n'y a pas exactement j spectateurs n'est pas digne de foi, car, pour autant que je sois en mesure de le savoir, il pourrait y avoir j spectateurs dans le stade (*i.e.* il se pourrait que $i=j$). En revanche si i et j sont très éloignés, alors ma croyance vraie qu'il n'y a pas j spectateurs dans le stade est digne de foi. Par conséquent « je sais qu'il n'y a pas exactement j spectateurs si et seulement si la différence entre i (le nombre réel de spectateurs) et j est suffisamment grande »⁴⁴.

41 Williamson, 1994, p. 187.

42 Williamson, 1994, p. 200. Sorensen a sévèrement critiqué Williamson sur ce point. En effet, il ressort de la théorie de Williamson que si nous ignorons les limites de nos concepts c'est en raison de nos capacités épistémiques limitées. L'ignorance est donc relativisée à l'état d'un connaisseur (ce que Sorensen désigne sous le nom de « cas limites relatifs ») : « selon moi, le vague consiste dans le fait pour un concept de posséder des cas limites *absolus*, qui ne requièrent aucune relativisation à un connaisseur. C'est pourquoi je pense que Williamson commente (brillamment) le mauvais type de cas limites » (Sorensen, 2004, p. 13).

43 La question n'est pas ici de savoir de quelle manière la croyance vraie doit être justifiée pour prétendre être une connaissance digne de foi (problèmes de Gettier mis à part). Le point important est qu'une connaissance inexacte est digne de foi (justifiable) jusqu'à un certain point seulement (puisque si je sais qu'il n'y a pas exactement 200 000 spectateurs dans le stade, je sais également qu'il n'y a pas exactement 199 999 spectateurs, etc.). Voir là-dessus, Keefe, 2000, p. 65.

44 Williamson, 1994, p. 226.

Là où il y a connaissance inexacte, il doit donc y avoir à l'œuvre un principe de *marge d'erreur*, qui varie selon les circonstances (selon mes capacités perceptives et épistémiques, selon les obstacles que le monde pose à ma connaissance, et ainsi de suite). Si ma croyance vraie peut être fausse dans une situation que je ne suis pas à même de distinguer de la situation actuelle, c'est-à-dire que si, la situation étant différente, je suis néanmoins amené à former la même croyance, alors ma croyance est vraie au petit bonheur. Si *a* est une constante quelconque, pour que ma croyance vraie que *Fa* puisse être digne de foi, il faut que *Fx* soit également vrai dans les cas similaires *b*, *c*, *d*,... appartenant à une marge d'erreur. D'où un principe de marge d'erreur qui s'énonce ainsi : « *A* » est vrai dans tous les cas semblables aux cas où « *il est connu que A* » est vrai⁴⁵. Plus la croyance est inexacte, plus la marge d'erreur devra être grande pour que la croyance soit digne de foi. Si je dis : « il n'y a pas 2 milliards de spectateurs dans le stade », alors le nombre de cas semblables ou indiscernables appartenant à la marge d'erreur est immense.

En revanche lorsqu'une connaissance est exacte, la marge d'erreur requise est étroite. Si je sais qu'il y a cinq personnes dans une pièce, la marge d'erreur est quasi inexistante, puisque si une personne sort, je ne suis plus disposé à maintenir ma croyance qu'il y a cinq personnes dans la pièce. Mais cette marge d'erreur existe néanmoins : je reste disposé à maintenir ma croyance en dépit de changements imperceptibles (le retrait de quelques molécules de l'un des individus). Il n'y a donc qu'une différence de degré (de marge d'erreur requise) entre la connaissance inexacte et la connaissance exacte.

L'exemple du stade n'est pas un exemple de vague. Je peux (si je dispose du temps et des instruments nécessaires) savoir exactement le nombre de spectateurs présents ; en revanche je ne peux pas savoir si un individu représentant un cas limite de chauve est chauve, même si je connais exactement le nombre de cheveux qu'il a sur la tête.

Il y a une limite entre les chauves et les non-chauves ; si un individu est chauve (*i.e.* que la croyance que cet individu est chauve est vraie), mais qu'il est situé trop proche de la limite pour qu'on puisse le distinguer d'un individu non-chauve également proche de la limite (mais de l'autre côté), notre croyance, bien que vraie, ne peut pas être digne de foi, puisque nous serions disposés à la maintenir même si elle était fausse. Par conséquent, toute croyance vraie que « *X est chauve* » doit, pour être digne de foi, laisser une marge d'erreur de manière à empêcher que les croyances vraies relatives aux cas limites puissent être considérées comme des connaissances⁴⁶. Ainsi, si je sais que *X* est chauve, alors nécessairement « *chauve* » doit être prédiqué avec vérité de tous les cas similaires (dont la différence est indiscernable). Les cas limites se situent au-delà de la marge d'erreur, et par conséquent, il est impossible de savoir si « *chauve* » peut être ou non prédiqué d'un cas limite⁴⁷.

45 Williamson, 1994, p. 227.

46 Keefe, 2000, p. 67.

47 Voir Cook, 2011, p. 91.

Dans un cas limite, si nous ne savons pas si X est chauve, ce n'est pas parce que nous ignorons certaines données relatives à X : on pourrait connaître le nombre exact de cheveux sur le crâne de X, on n'en serait pas plus avancé. Comme l'écrit Rosanna Keefe, « si un prédicat vague a une extension déterminée, c'est notre ignorance de ce qui est requis pour qu'un objet tombe dans cette extension, et non notre ignorance au sujet des choses qui tombent ou non dans cette extension »⁴⁸. C'est ce que reconnaît Williamson lorsqu'il écrit que « ce qui distingue le vague comme source d'inexactitude est que la marge d'erreur qu'il fait naître concerne des petites différences de signification, et non des petites différences dans les objets »⁴⁹.

Ici il semble qu'on se heurte à une contradiction : comment peut-on soutenir à la fois que certains faits rendent nécessairement « X est chauve » vrai ou faux – et par conséquent qu'il y a une frontière stricte entre les objets chauves et non-chauves – et que nous ne pouvons connaître les limites de l'extension de nos concepts, alors même que ces concepts, qui sont des signifiés, dépendent clairement de l'usage qui en est fait dans le langage ? Pourquoi ne pas admettre la thèse (sémantique) selon laquelle, l'usage déterminant la signification, les frontières de nos concepts sont irrémédiablement floues ? La réponse de Williamson est la suivante. En premier lieu, que « X est chauve » (de même que « il y a 35000 personnes dans le stade ») soit vrai ou faux est une nécessité métaphysique ; que celle-ci soit connaissable ou non dépend de nos capacités épistémiques⁵⁰, exactement de la même manière qu'il est nécessaire que la conjecture de Goldbach soit vraie ou fausse, bien qu'aucun mathématicien ne soit arrivé pour l'instant à le savoir. Ensuite, le slogan de Wittgenstein selon lequel « la signification d'un mot est son usage dans le langage »⁵¹ doit être réinterprété comme une thèse de la survenance de la signification sur l'usage : il ne peut y avoir de différences de signification sans qu'il n'y ait de différences d'usage⁵². Selon Williamson cette thèse est globalement vraie, même si elle doit être sujette à précisions : en particulier, le fait qu'un même usage stabilise la signification ne devrait pas laisser penser qu'il est possible, à partir d'une simple considération des consensus d'usage, de déduire une et une seule signification possible⁵³.

Selon Williamson, dans le cas de prédicats non-vagues, tels que ceux qui dénotent des espèces naturelles (*natural kinds*)⁵⁴, il est exact que la signification survient sur l'usage (« or » dénote le métal de numéro atomique 79 parce qu'on se sert du mot « or » pour dénoter le métal de numéro atomique 79), mais la converse n'est pas vraie : l'usage ne survient pas sur la signification. Des différences d'usage n'entraînent

48 Keefe, 2000, p. 70.

49 Williamson, 1994, p. 230-231.

50 Williamson, 1994, p. 203.

51 Wittgenstein, 2004, p. 50 (traduction modifiée).

52 Williamson, 1994, p. 206.

53 Comme l'écrit Williamson, « si la signification survient sur l'usage, il n'y a pas d'algorithme permettant de calculer celle-là à partir de celle-ci » (Williamson, 1994, *ibid.*).

54 On suit ici la convention en traduisant « *natural kind* » par « espèce naturelle », qui est évidemment très insatisfaisant.

pas des différences de signification : si certains emploient « or » pour dénoter des objets en faux or, cela ne modifie pas la signification de « or » ; « or » continue à dénoter le métal de numéro atomique 79 quand bien même plus personne ne serait capable de faire la différence entre l'or véritable et le faux (c'est une nécessité métaphysique que l'or véritable soit différent du faux, et par conséquent que l'assertion « x est de l'or » soit fausse si x est de l'or faux)⁵⁵.

La signification d'un terme est stabilisée si et seulement si l'usage d'un terme ne survient pas sur sa signification⁵⁶. La signification des prédicats vagues n'est typiquement pas stabilisée, c'est-à-dire que des différences imperceptibles d'usage entraînent des différences de signification. Par conséquent, lorsque j'affirme que « *n* grains forment un tas », si *n* grains est un cas clair de tas (étant donné la signification qu'a le mot « tas »), alors ma croyance vraie est digne de foi dans la mesure où je serais à même de maintenir cette croyance quand bien même des différences imperceptibles d'usage du mot « tas » se feraient jour, et où ces différences d'usages ne falsifieraient pas mon affirmation. Que se passe-t-il dans un cas-limite ? Supposons que ma croyance que *n* grains forment un tas est vraie ; étant donné la connaissance que j'ai de la signification de mes concepts, je serai sans doute à même de maintenir ma croyance même si une différence imperceptible d'usage place ailleurs la limite entre les tas et les non tas (la question de savoir si je maintiendrai ma croyance si j'ai affaire à *n-1* grains n'est pas pertinente ici). C'est la raison pour laquelle je ne peux *jamaï*s savoir si ma croyance est vraie ou non dans les cas limites.

Le principe de marge d'erreur pour les prédicats vagues peut donc être reformulé ainsi : si vous savez que *n* grains forment un « tas », alors ces grains doivent également former un « tas » dans toutes les situations impliquant des différences minimales dans l'usage du prédicat « tas ». La limite entre les tas et les non-tas existe (elle doit exister pour que « tas » soit un concept, et par conséquent que « ceci est un tas » puisse être vrai – ce qui est le cas par hypothèse), mais elle est instable, dans la mesure où elle est susceptible de varier selon les usages du langage. Prédiquer « tas » de cas éloignés de la limite n'est pas très risqué ; en revanche la possibilité de variations d'usages affectant la signification (c'est-à-dire la position de la limite) rend impossible de connaître la limite elle-même.

55 A l'arrière plan se trouve un postulat sémantique externaliste, sur lequel on reviendra plus bas.

56 Williamson, 1994, p. 231. Les prédicats naturels ne sont pas vagues. Tout prédicat vague correspond à une forme de stipulation, qui peut d'ailleurs varier d'une langue à l'autre, ce qui ne pose aucun problème pour l'épistémiste. Ainsi, la langue anglaise réserve le prédicat « *infant* » aux individus âgés de moins d'un an, et « *toddler* » aux individus âgés de plus d'un an, et environ jusqu'à trois ans, après quoi, comme en français, on parle d'enfant (*child*). Le français ne possède pas ces divisions, et ne possède que les termes « *bébé* » ou « *nourrisson* », qui sont à peu près synonymes. Tous ces prédicats sont vagues, mais un cas central de « *bébé* » (par exemple 1 an) pourra être un cas limite entre « *infant* » et « *toddler* ». Si le concept de « *toddler* » est doté de sens, il doit situer une limite, et comme il est vague, cette limite est inconnaisable. Le concept de « *toddler* » n'existant pas en français (bien qu'il existe en France des individus correspondant à ce que l'on appelle en anglais « *toddler* »), la question de la connaissance d'une hypothétique limite ne se pose pas, puisque, le concept n'existant pas, la limite n'existe pas.

Pour résumer : tout concept, pour être doté de signification, doit tracer une limite entre son extension et son anti-extension. Soit x est un chat, soit x n'est pas un chat ; faute de reconnaître que le principe de bivalence vaille pour le concept « chat », on rend impossible de pouvoir appeler un chat un chat. Il en va de même des concepts vagues, qui instituent une limite entre leur extension et leur anti-extension, même si cette limite est instable. De même qu'un stade rempli de 30 000 personnes est indiscernable à l'œil nu d'un stade rempli de 29 999 personnes, un *concept* est vague lorsque son usage actuel est indiscernable d'un *autre* usage qui placerait la limite à un autre endroit. Mais le fait que la frontière franco allemande ait été instable entre 1870 et 1945 n'empêche pas qu'il y ait eu une frontière entre la France et l'Allemagne entre 1870 et 1945. Le fait que la limite entre tas et non-tas soit instable, ou potentiellement instable, empêche que l'on puisse accorder foi à la croyance que « X est un tas », dès lors que X est proche de la limite⁵⁷.

3. Théories sémantiques

L'approche épistémique du vague, selon laquelle nos concepts ont des limites précises que nous ne connaissons pas, est fortement contre-intuitive. En effet elle doit à la fois accepter – du moins dans la variante de Williamson – une thèse réaliste (ou externaliste) sémantique et une thèse de la survenance de la signification sur l'usage. Ces deux thèses ne sont nullement incompatibles, dès lors que l'extension des concepts se calque, pour ainsi dire, sur des divisions naturelles : typiquement, la signification du mot « eau » est déterminée par le fait que nous utilisons « eau » pour désigner H_2O et étant donné cette signification, la frontière entre eau et non-eau est précise, même si n'en savons rien et prédisons « eau » d'une molécule XYZ (qui est, par définition de la non-eau)⁵⁸. Que nous soyons dans l'ignorance de ce que XYZ n'est pas de l'eau n'empêche nullement que notre assertion « ceci est de l'eau » soit fausse.

La limite entre l'extension et l'anti-extension des concepts vagues, si elle existe, ne peut se calquer sur une division naturelle. Les concepts « tas », « grand », « chauve » ne dénotent pas à des espèces naturelles (c'est-à-dire à des espèces que le réalisme sémantique désigne comme telles) – contrairement par exemple à l'assertion : « il y a 10 000 grains de blé ». Nous pouvons avoir une connaissance exacte du nombre de grains de blé, de même que nous pouvons avoir une connaissance exacte de la composition chimique de l'eau. La première connaissance ne nous permet pas de tracer une limite conceptuelle entre « tas » et non « tas » – alors que la seconde nous permet de tracer une limite entre « eau » et « non-eau ». Ce qui rend « x est un tas » vrai n'est pas la même chose que ce qui rend « x est de l'eau » vrai⁵⁹. Ce qui rend « x est un tas » vrai,

57 Pour une critique générale de Williamson, voir Keefe, 2000, p. 76-84 ; Endicott, 2000, p. 99-135 ; Field, 2010, p. 203.

58 On résume ici à grand trait la doctrine externaliste de Putnam première manière (voir Putnam, 1975, p. 215 *sq.*), qui est présupposée d'une manière ou d'une autre par toute approche épistémique du vague.

59 Il est cependant possible d'affirmer que « tas » dénote une espèce naturelle au même titre qu'« eau ». Si c'est le cas, alors la limite du concept de tas est isomorphique à la limite naturelle (un tas existe

c'est que nous *utilisons* le concept terme « tas » d'une certaine manière. Or, comme l'écrit Rosanna Keefe : « Williamson accepte que la signification puisse être déterminée par différents facteurs (*e.g.* par des limites naturelles ou par stipulation), mais maintient que si aucun de ces autres facteurs n'est assez bon pour fixer une extension précise, alors notre usage le fait. Mais nous n'avons aucune raison de supposer que *quoi que ce soit* réussisse à déterminer des extensions précises, en particulier lorsqu'il n'y a pas des limites naturelles qui y correspondent dans le monde. Quelle est la garantie que nos pratiques déterminent réellement des significations précises pour tous nos mots ? »⁶⁰.

C'est pourquoi il est plus intuitif de recourir à une théorie sémantique du vague, c'est-à-dire une théorie qui admette que les limites de certains de nos concepts ne soient pas déterminées. Pour tout concept vague, la limite entre l'extension et l'anti-extension est floue. Comme l'écrit von Wright, l'impossibilité de dire si le concept est prédicable dans un cas limite « ne pointe pas des limitations de nos facultés épistémiques (...), mais l'absence de *critères* d'application des concepts au cas auquel on est confronté »⁶¹. Cependant, pour éviter d'adopter une thèse nihiliste, il convient de déterminer une théorie sémantique qui falsifie le principe de tolérance. Dans ce cadre, on a coutume de distinguer deux grandes stratégies (qui sont d'ailleurs reliées entre elles) : l'approche supervaluationniste et l'approche contextualiste.

a. Le supervaluationnisme

L'approche supervaluationniste a été inaugurée par Kit Fine dans un article de 1975⁶², et on en trouve une version embryonnaire dans l'article de Dummett déjà évoqué « Wang's Paradox », originellement paru en 1975. On a vu que Dummett commençait par proposer une solution au paradoxe sorite avant de la rejeter en la déclarant inadéquate. Cette solution⁶³ tourne autour de l'intuition selon laquelle une disjonction pourrait être vraie ou fausse sans qu'aucun des membres de la disjonction ne soit vrai ou faux. Ainsi « ceci est un tas ou ceci n'est pas un tas » serait vraie mais « ceci est un tas » (où « ceci » dénote un cas limite) ne serait ni vrai ni faux (et de même pour son contradictoire). On obtient donc une situation où bien que le principe du tiers

si et seulement si il y a n grains ou plus), et la théorie sophistiquée de Williamson est inutile : il est *possible* de connaître la limite, même si on ne la connaît pas toujours. Autrement dit l'exemple du tas est analogue à l'exemple du stade : il s'agit d'une connaissance inexacte qui pourrait toujours être exacte. C'est la thèse soutenue par William Hart, qui affirme que la limite se trouve à *quatre* grains : trois grains ne sont pas un tas, car il n'est pas possible de faire tenir un grain sur deux grains de manière stable, mais il est possible de faire tenir un grain sur trois grains de manière stable. (Hart, 1992, p. 15). Evidemment l'analyse pour « tas » (qui fait intervenir la configuration propre d'un tas : un tas n'est pas une simple collection de grains, mais une collection arrangée d'une certaine manière) ne vaut pas pour d'autres concepts vagues, par exemple « chauve » : mais il est toujours possible en principe de trouver une manière d'analyser les paramètres d'un crâne pour arriver à fixer un nombre maximum de cheveux pour que le prédicat chauve puisse s'appliquer, même si cela nous est présentement impossible (Hart, 1992, p. 19).

60 Keefe, 2000, p. 82-83.

61 Von Wright, 1984, p. 80.

62 Fine, 1975, p. 265 *sq.* Pour une défense du supervaluationnisme, voir aussi Lewis, 1983, p. 189-232 et Keefe,

63 Dummett, 1978, p. 255-256.

exclu est vrai, le principe de bivalence est rejeté, alors que classiquement il est difficile de les dissocier⁶⁴. Alors que dans un cas clair « ceci est un tas » est vrai ou faux, dans un cas limite « ceci est un tas » n'a pas de valeur de vérité. Pour l'expliquer, Dummett introduit l'opérateur « clairement » (*definitely*) : « ceci est un tas ou n'est pas un tas » est clairement vrai. L'énoncé « ceci est un tas » sera clairement vrai ou faux dans les cas clairs, mais il ne sera ni clairement vrai ni clairement faux dans les cas limites. Il en résulte que « pour les énoncés vagues, la seule signification que l'on puisse donner au mot « vrai » est « clairement vrai » ». (...) Il y a des disjonctions d'énoncés vagues qui sont clairement vraies bien qu'aucun de ses membres ne soit clairement vrai »⁶⁵. Dans les cas limites, dès lors que vrai = clairement vrai, les membres de la disjonction ne sont ni vrais ni faux.

L'approche supervaluationniste se présente comme un développement de cette solution. Kit Fine maintient que le problème posé par les prédicats vagues est d'ordre sémantique et non épistémique⁶⁶ : les énoncés vagues (les énoncés mobilisant un prédicat vague) au sujet des cas-limites ne sont ni vrais ni faux. Ce qui distingue cependant les prédicats vagues d'autres cas de « lacune de valeur de vérité » (*truth-value gaps*) est qu'il est possible d'y remédier en établissant une limite arbitraire entre leur anti-extension et leur extension. On peut appeler « précification » l'établissement d'une telle limite. Cette limite ne peut être entièrement arbitraire, dans la mesure où elle ne saurait admettre un individu ayant 2 cheveux dans l'anti-extension de « chauve ». En revanche, les cas borderline sont ceux où la limite pourrait être placée n'importe où. Un concept vague est susceptible de plusieurs précifications : si n grains forment un cas borderline de tas, alors la limite peut être placée *ad libitum* à $n-1$, n , $n+1$, etc. Un concept non-vague, par contraste, n'est susceptible que d'une seule précification, celle qui correspond à la limite réelle de son extension.

Il faut donc distinguer la signification réelle (*actual meaning*) du prédicat, qui permet uniquement de distinguer les cas qui appartiennent à son extension et son anti-extension et sa signification potentielle qui consiste dans toutes les possibilités de précification⁶⁷. Selon la signification réelle du prédicat, les cas-limites ne sont aucunement réglés ; ils sont réglés dans chacune des précifications du concept. Si n grains forment un tas dans une précification, il n'est pas certains qu'ils en formeront toujours un dans une autre précification. Il en résulte une présentation du vague

64 La différence entre le principe de bivalence et le principe du tiers exclu ne peut être explicitée dans le langage de la logique propositionnelle classique, où les expressions « $p \vee \sim p$ » ou « $\sim(p \wedge \sim p)$ » sont équivalentes. Elle peut être explicitée au moyen de l'introduction dans le langage objet d'un opérateur de vérité « T » signifiant « il est vrai que » – « F » signifiant « il est faux que ». Le principe de bivalence s'écrit : « $TpvFp$ » ; le principe du tiers exclu s'écrit « $T(pv\sim p)$ » (voir Campbell, 1974, p. 178-180). Or l'idée selon laquelle le principe de bivalence n'est pas équivalent au principe du tiers exclu suppose soit que « T » n'est pas distribuable, soit que « $T\sim p$ » n'est pas équivalent à « Fp ». La seconde hypothèse étant sémantiquement absurde, il faut retenir la première, ce que s'attache à montrer la solution supervaluationniste.

65 Dummett, 1978, 256.

66 « Le vague est une déficience de la signification » (Fine, 1975, p. 265).

67 Fine, 1975, p. 277.

des prédicats comme une forme d'hyper-ambiguïté lexicale : ce sont des prédicats qui signifient potentiellement plusieurs concepts précis possibles, qui sont intensionnellement quasi identiques, mais dont la limite entre l'extension et l'anti-extension diverge imperceptiblement.

Toute précification arbitraire est admissible dès lors qu'elle situe la limite « au milieu » des cas-limites ; une précification qui trace la ligne au milieu des cas clairs, de telle sorte que « tas » s'applique positivement à un membre de son anti-extension n'est pas admissible. On peut donc définir les cas-limites comme ceux pour lesquels toute précification possible du concept est admissible. Une proposition vague (i.e employant des prédicats vagues) sera vraie en deux sens : elle sera vraie pour *une* précision admissible ou bien pour *toutes* les précisions admissibles. Une proposition non-vague (employant des prédicats non-vagues) sera vraie dans les deux sens, puisque les concepts que ces prédicats signifient n'admettent qu'une seule précification.

Une proposition vraie pour toutes les précifications admissibles du prédicat qu'elle contient est *supervraie* (et si elle est fausse pour toutes les précifications admissibles, elle est *superfausse*). Ainsi la proposition « pour tout x , x est un tas ou x n'est pas un tas » est vraie dans toute les précifications admissibles de tas ; quel que soit l'endroit où l'on trace la limite, le principe du tiers exclu s'applique. Cette proposition est donc supervraie⁶⁸. En revanche « pour tout n , si n grains forment un tas, $n-1$ grains forment également un tas » – c'est-à-dire le principe de tolérance – est fausse pour toutes les précifications, elle est donc superfausse. Est supervraie la proposition : « pour *quelque* n (=il existe un nombre n tel que), si n grains forment un tas, $n-1$ grains forment un tas » : cette version faible du principe de tolérance exclut la transitivité des différences imperceptibles, tout en admettant une marge de tolérance pour les cas clairs. Le paradoxe sorite est ainsi résolu : de ce que, pour toutes les précifications possibles de « tas », il soit possible d'enlever un grain sans modifier l'applicabilité du concept, il ne saurait suivre que les différences imperceptibles (de n à $n-1$) soient transitives : l'existence d'une limite possible suppose que pour quelque n si n grains forment un tas, $n-1$ grains ne forment pas un tas.

La position supervaluationniste consiste alors à affirmer que *la supervérité est la vérité*⁶⁹. Une proposition qui n'est ni supervraie, ni superfausse n'est ni vraie ni fausse. Qu'en est-il de la proposition « x est un tas » ? Si x appartient clairement à l'extension ou à l'anti-extension de « tas », elle est supervraie ou superfausse, elle est donc dotée d'une valeur de vérité. En revanche, si x appartient à la classe des cas-limites, la proposition sera vraie pour certaines précifications, et fausse pour d'autres : elle n'est alors ni vraie ni fausse (puisque la vérité est la supervérité). On retrouve donc le postulat selon lequel le principe du tiers exclu et le principe de bivalence ne sont pas

68 Fine, 1975, p. 278 et p. 284-286.

69 Fine, 1975, p. 273 ; Keefe, 2000, p. 202 *sq.*

équivalents et qu'il est possible d'accepter le premier et de rejeter le second⁷⁰. Le principe de contradiction, par voie de conséquence, est également maintenu⁷¹.

Le supervaluationnisme a reçu de nombreuses critiques, la plus importante étant celle pointant son incapacité à prendre en charge le vague d'ordre supérieur⁷². Dans la version simplifiée qu'on en a donnée, il apparaît en effet que le supervaluationniste admet trois classes de cas : des cas appartenant à l'extension du concept, ceux appartenant à son anti-extension et les cas-limites. Si F est un prédicat vague, alors il apparaît que si on suit le supervaluationnisme, il existe une règle (métalinguistique) précise pour l'application (supervraie, superfausse, ou ni vraie ni fausse) de F . Si « x est un tas » est vague, alors « x est clairement un tas » ne l'est pas (puisque, dans les cas clairs, les propositions sont supervraies). A supposer qu'on admette que « x est clairement un tas » est vague », alors il faut que « x est clairement clairement un tas » ne soit pas vague (puisque dans les cas clairement clairs, les propositions sont super-supervraies). Et ainsi de suite. Dès lors que l'on admet que la limite entre les cas clairs et les cas limites est elle-même floue, il faut admettre que les termes du métalangage employé, en particulier « précification admissible » sont eux même vagues : une « précification admissible » s'entend dès lors qu'on l'établit « au milieu » (pour ainsi dire) des cas-limites, mais non à la limite entre les cas limites et les cas clairs, *i.e.* dans les cas-limites des cas-limites. Il y a donc des cas-limites de « précification admissible », qui seront eux-mêmes (espère-t-on) susceptibles de recevoir des « précifications admissibles » – et ainsi de suite jusqu'à un degré de n ordre de vague.

La réponse classique de Fine à ce sujet consiste à affirmer qu'un métalangage de degré n doit toujours être précis, même s'il est impossible de préciser à quel degré de vague d'ordre supérieur ce métalangage intervient : « tout ce qui ressemble à (*smacks off*) un cas limite est traité comme un cas clairement limite. Les métalangages deviennent précis à un certain niveau ordinal qui ne peut être assigné à l'avance »⁷³. De même, Rosanna Keefe admet que le langage par lequel le supervaluationniste traite le vague est lui-même susceptible d'être vague, mais indique que cela ne constitue pas une objection à l'approche supervaluationniste : « la description sémantique est en effet faite *dans* un langage vague, mais la tâche est accomplie non simplement *par le fait que*

70 Fine, 1975, p. 284. Certains supervaluationnistes rejettent également le principe du tiers exclu en l'état, pour en proposer une version renforcée ne valant que pour les propositions non vagues : « $Fx \vee \sim Fx$ » est (super-)vrai si et seulement Fx est (super-)vrai ou $\sim Fx$ est (super-)vrai. Si F est vague, dans les cas-limites de F , « $Fx \wedge \sim Fx$ » est faux (voir Burgess et Humberstone, 1987, p. 214-215).

71 Une alternative au supervaluationnisme, le subvaluationnisme, rejette le principe de contradiction : une proposition est vraie si elle est vraie pour au moins une précification du concept ; elle est fausse si elle n'est vraie pour aucune précification. Si F est un prédicat vague, alors, dans les cas-limites, Fx est vrai pour au moins une précification, et il en va de même de non $\sim Fx$. Par conséquent, les cas vagues sont ceux où Fx et $\sim Fx$ sont également vrais. Le vague correspond non pas à une lacune de valeur de vérité (*truth-value gap*) mais à un excès de valeur de vérité (*truth-value glut*) – ce qui entraîne le recours à une logique paraconsistante (Voir Hyde, 1997, p. 641 *sq.* Pour une critique, Keefe, 2000, p. 197-200 ; Beall and Colyvan, 2001, p. 404-408).

72 Voir Williamson, 1994, p. 157.

73 Fine, 1975, p. 197.

ce langage est vague, mais par sa référence aux précifications »⁷⁴. En effet, la tâche du supervaluationniste est d'indiquer les conditions de vérité des énoncés vagues (ils sont vrais dès lors qu'ils sont vrais pour toutes les précifications possibles). Ces conditions de vérité peuvent être décrites dans termes vagues : « précification admissible » est vague, et sera donc lui-même susceptible de précifications admissibles, et ainsi de suite. Mais à quelque degré n de métalangage que l'on soit il sera toujours possible d'admettre des précifications admissibles dans le langage de degré $n-1$ (qui sera lui-même le métalangage du langage de degré $n-2$ etc.), c'est-à-dire d'appliquer la méthode supervaluationniste. « A ce stage, nous aurons déjà donné un traitement du vague qui puisse être appliqué à n'importe quel langage en le traitant comme un langage-objet (même s'il est lui-même le métalangage d'un autre langage). Il n'y a pas de régression vicieuse à l'infini ici : il y a juste que le vague n'est pas réductible au non-vague »⁷⁵.

b. Le contextualisme (variante S. Soames)

L'alternative classique au supervaluationnisme est le *contextualisme*, dont les représentants les plus éminents sont Hans Kamp, Diana Raffman, Scott Soames et Stewart Shapiro. On désigne en réalité sous cette appellation un certain nombre de théories relativement diverses, qui ont en commun de faire appel à la dépendance du langage au contexte, mais souvent dans des visées théoriques différentes, et souvent en réaction aux théories établies. Selon que le modèle pris pour cible est épistémiciste (comme c'est le cas chez Shapiro⁷⁶), supervaluationniste (chez Kamp⁷⁷) ou incohérentiste à la Dummett (chez Raffman⁷⁸), l'enjeu de l'import du contexte au sein de l'analyse est susceptible de considérables variations. Le point commun à l'ensemble de ces théories est néanmoins le suivant : la valeur de vérité des énoncés employant des prédicats vagues – c'est-à-dire l'appartenance d'un cas à l'extension ou à l'anti-extension d'un concept vague – varie selon le contexte.

Pour les besoins de l'analyse on va se concentrer ici quasi exclusivement sur la théorie présentée par Soames dans *Understanding Truth*, qui est de loin la plus accessible. L'analyse du vague prend place dans une investigation beaucoup plus large sur ce que Soames appelle les prédicats partiellement définis. L'application d'un prédicat à

74 Keefe, 2000, p. 206.

75 Keefe, 2000, p. 208.

76 Shapiro réinterprète l'ensemble des théories existantes comme des variantes d'un méta-épistémicisme analysant le vague à l'aune de la notion d'ignorance : « la plupart des auteurs affirment que le vague implique l'ignorance (...). Les théories concurrentes du vague se disputent sur ce en quoi cette ignorance consiste » (Shapiro, 2006, p. 2). Le recours à l'ignorance est évident pour l'épistémicisme, mais il en va de même pour le supervaluationnisme, selon lequel nous sommes ignorants quant à savoir si un cas appartient ou non à l'extension du concept parce que l'énoncé qui prédique celui-ci de celui-là n'a pas de valeur de vérité, etc. Pour Shapiro, le contextualiste, au contraire, ne suppose pas que l'ignorance soit fondamentale pour l'analyse du vague : nous ne sommes pas (toujours) ignorants des valeurs de vérités des énoncés portant sur des cas limites (*borderline statements*) ; seulement les valeurs de vérité des énoncés en question varient en fonction du contexte (Shapiro, 2006, p. 3).

77 Voir pour le chemin de Damas de Kamp du supervaluationnisme au contextualisme, Kamp, 1981, p. 237.

78 Voir Raffman, 1994.

un cas quelconque est régi par des règles qui prévoient des conditions suffisantes pour son application (si x est H_2O alors x est de l'eau), des conditions suffisantes pour sa non application (si x est quoi que ce soit d'autre que H_2O , alors x n'est pas de l'eau). Dans le cas des prédicats partiellement définis, ces conditions sont mutuellement exclusives, mais ne sont pas conjointement exhaustives, de sorte que les conditions d'application (ou de non-application) du prédicat ne sont ni individuellement suffisantes, ni conjointement nécessaires. Il y a des cas pour lesquels l'application ou non du prédicat n'est pas régulé par la règle linguistique correspondante. Il existe au moins un objet x tel qu'il n'y a aucune condition d'application permettant de manière décisive d'affirmer que x est P ou que x n'est pas P et tel ; si aucune des conditions de l'ensemble $\{C_1 \dots C_n\}$ n'est individuellement suffisante pour que l'on puisse affirmer Px , alors les conditions de l'ensemble $\{\sim C_1 \dots \sim C_n\}$ ne sont pas conjointement nécessaires pour que $\sim Px$ – et vice-versa⁷⁹. Un prédicat est partiellement défini dès lors qu'il existe des conditions suffisantes d'application et de non-application, mais aucun ensemble de conditions nécessaires *et* suffisantes⁸⁰. Une proposition employant un prédicat partiellement défini sera vraie (ou fausse) dans les cas où les conditions suffisantes d'application (ou de non-application) sont réunies, mais dans les cas où l'application ou la non-application n'est pas régulée, la proposition comme sa négation ne pourront être ni vraies ni fausses – ce qui suppose un rejet du principe de bivalence. Cependant si Px comme $\sim Px$ ne sont ni vrais ni faux, alors il en va de même à la fois de $Px \vee \sim Px$ et de $\sim(Px \vee \sim Px)$, ce qui suppose également un rejet de la négation du principe de bivalence⁸¹.

Les prédicats vagues sont des exemples massifs de prédicats partiellement définis⁸². Les règles d'application de ces prédicats supposent bien en effet que des cas appartiennent à leur extension et à leur anti-extension, mais ne fournissent aucun ensemble de conditions individuellement suffisantes et conjointement nécessaires pour leur application : il y a des cas pour lesquels ni « Px » ni « $\sim Px$ » ne sont *a priori* susceptibles de recevoir une valeur de vérité (P étant un prédicat vague quelconque). Cependant, « il y a plus en jeu (...) dans le vague que la seule partialité »⁸³. Si un prédicat vague était seulement un prédicat défini, alors il serait toujours incorrect de prédiquer P d'un cas intermédiaire : lorsqu'intervient un cas x tel qu'un prédicat P partiellement

79 Pour le dire de manière plus synthétique, $(\sim\{C_1 \vee C_2 \dots \vee C_n\} \rightarrow Px) \leftrightarrow (\sim\{\sim C_1 \wedge \sim C_2 \dots \wedge \sim C_n\} \leftarrow \sim Px)$ et $(\sim\{C_1 \vee C_2 \dots \vee C_n\} \rightarrow \sim Px) \leftrightarrow (\sim\{\sim C_1 \wedge \sim C_2 \dots \wedge \sim C_n\} \leftarrow Px)$.

80 Soames, 1999, p. 163. L'idée de prédicat partiellement défini ressemble à l'idée développée par H.L.A. Hart (dans Hart, 1948, voir chapitre 3) de concepts (juridiques) défaisables, qui ne peuvent être définis par un ensemble de conditions suffisantes et nécessaires d'application. Cette ressemblance est cependant trompeuse. Un prédicat est partiellement défini (au sens de Soames) dès lors que les conditions d'application ne sont ni individuellement suffisantes ni conjointement nécessaires. Les concepts défaisables présentent la situation inverse, où les conditions d'application ne sont ni individuellement nécessaires ni conjointement suffisantes. La réunion de l'ensemble des conditions d'application suffit normalement à l'application du concept, mais l'intervention d'une exception suffit à bloquer (« défaire ») cette application. Et Hart soutient que l'absence d'exception n'est pas une condition nécessaire à l'applicabilité du concept.

81 Ainsi, le prédicat « vrai » est partiellement défini, ce qui explique, selon Soames, qu'il n'y ait aucune réponse possible au paradoxe du menteur.

82 Soames, 1999, p. 206-207.

83 Soames, 1999, p. 207.

défini ne peut ni lui être appliqué, ni ne pas lui être appliqué, nous devrions à la fois rejeter Px et $\sim Px$. Or les prédicats vagues ne fonctionnent pas ainsi. Il y a des circonstances très fréquentes dans lesquelles nous appliquons bien (ou n'appliquons pas) le prédicat vague à un cas appartenant à la classe des cas-limites, c'est-à-dire des cas intermédiaires entre l'extension et l'anti-extension du concept signifié par le prédicat. La raison en est que pour tout prédicat vague P , l'admissibilité de Px ou $\sim Px$ relativement à un cas-limite dépend du contexte⁸⁴.

Prenons le prédicat « chauve ». Il ne s'agit pas d'un prédicat naturel (dénotant un *natural kind*), mais c'est un prédicat par lequel nous catégorisons une certaine classe d'objets (en l'occurrence de crânes) à partir de certains cas paradigmatiques : nous avons un échantillon d'individus ayant globalement beaucoup de cheveux sur la tête, et un échantillon d'individus ayant globalement peu ou pas du tout de cheveux sur la tête. Nous ne comptons pas ces cheveux, mais nous nous contentons de fixer une estimation à la louche du nombre de cheveux suffisants pour que l'on puisse parler de non-chauve (ou de chevelu). Et même lorsque nous disposons de moyens de dénombrement (par exemple pour le prédicat « riche », que nous ne pouvons appliquer sans connaître le montant de la fortune de l'individu), il demeure que nous n'avons pas besoin de placer une limite numérique pour appliquer le prédicat (c'est d'ailleurs la raison pour laquelle il se prête à un paradoxe sorite). Nous appliquons le prédicat parce qu'il y a entre le cas présent et le cas paradigmatique une certaine *relation* (qui est celle, par exemple, de l'indiscernabilité perceptuelle).

Si notre inclusion du cas dans l'extension (ou l'anti-extension) concept est acceptée par les participants à la conversation, alors cela crée un standard me permettant d'appliquer le prédicat aux autres objets ayant la même relation. Par conséquent, lorsque l'on sort de la classe des cas paradigmatiques, le locuteur a une certaine marge de discrétion, dès lors que l'application ou la non-application du prédicat sont admises par les participants à la conversation. Cette marge de discrétion est absente pour les cas clairs, dans la mesure où l'application ou la non-application du prédicat dépend exclusivement des conventions sémantiques. En revanche, l'admissibilité de l'application ou de la non-application du prédicat à des cas-limites varie selon les contextes, et dépend de la relation que ces cas entretiennent avec les cas clairs. Prenons le prédicat vague « paraît vert ». Supposons une expérience où on montre à un individu deux séries de taches de couleurs. La première tache de la première série paraît clairement verte. La seconde tache, qui paraît indiscernable de la première, elle paraît verte également. On retire la première tache, et on laisse la seconde ; la troisième tache est indiscernable de la seconde, elle paraît verte ; on retire la seconde tache, et ainsi de suite. La première tache de la deuxième série, en revanche, paraît clairement non-verte. La seconde tache de la deuxième série, qui paraît indiscernable de la première, paraît clairement non-verte. On retire la première tache... et ainsi de suite. A un certain point la *m*-ième tache de la première série, qui paraîtra verte et la *n*-ième tache de la seconde série,

84 Soames, 1999, p. 209.

qui paraîtra non-verte, seront identiques ; pourtant l'individu aura indiqué que l'une paraît verte, et l'autre pas⁸⁵.

Selon Soames, il n'y a rien de paradoxal là-dedans : dans la première série l'attribution à la *m-ième* tache du prédicat « paraît vert » est contextuellement justifiée ; et il en va de même dans le cas de la *n-ième* tache de la seconde série, à laquelle l'attribution du prédicat « paraît non-vert » est contextuellement justifiée. Le standard conversationnel – les règles conversationnelles d'admissibilité de la prédication – qui est à l'œuvre dans le premier cas, est différent de celui qui est à l'œuvre dans le second, puisque l'individu s'est fondé sur une *relation* différente⁸⁶. Dans le premier contexte conversationnel, il est permis de prédiquer « paraît vert » d'une tache que, dans un autre contexte conversationnel, il ne serait pas possible de qualifier de telle manière. Ce contexte est en partie constitué par le contenu de la conversation qui a eu lieu avant que l'on dise : « la *m-ième* tache paraît verte » ; étant donné ce qu'on a dit au sujet des taches précédentes, il devient difficile de ne pas affirmer que la *m-ième* tache paraît verte⁸⁷.

Les frontières entre l'extension et l'anti-extension des concepts vagues sont donc nécessairement instables dans la mesure où, en fonction du contexte d'énonciation (et en particulier du contexte de détermination de la relation pertinente entre le cas limite et les cas paradigmatiques), l'admissibilité de l'application du prédicat variera. On obtient donc, paradoxalement, un résultat assez proche de Williamson : les concepts vagues ont des limites définies, mais instables⁸⁸ : seulement l'instabilité ne provient pas d'une déficience épistémique mais uniquement du caractère variable de l'extension ou de l'anti-extension du prédicat en fonction du contexte. La source de l'instabilité n'est pas épistémique mais sémantique, précisément parce que les prédicats vagues sont partiellement définis.

Selon Soames, les prédicats vagues fonctionnent comme des indexicaux (tels que : « moi », « ici », « hier »,...), dont la signification demeure identique, mais dont la référence (la dénotation, ou encore, « le contenu sémantique »⁸⁹) varie nécessairement selon le contexte. L'application des indexicaux est contrainte par leur signification (« hier » ne peut être prédiqué d'une portion d'espace ; « lui » ne peut être prédiqué d'une femme, etc.), mais varie le contexte d'énonciation. La signification du prédicat elle-même est insensible au contexte, mais sa dénotation, en revanche, est éminemment sensible au contexte : il en va de même, selon Soames, des prédicats vagues. Le problème est qu'une telle interprétation indexicaliste de la dépendance au contexte des prédicats vagues est que de nombreux indexicaux ne sont pas partiellement définis :

85 Soames, 1999, p. 212-213.

86 Soames, 1999, p. 213.

87 C'est une idée sur laquelle Stewart Shapiro insiste également, qu'il développe au moyen de la notion de « score conversationnel » qu'il emprunte à David Lewis. (Shapiro, 2006, p. 12).

88 Soames, 1999, p. 216.

89 Soames, 2002, p. 445.

« hier »⁹⁰ est complètement défini (il signifie la portion de temps de vingt-quatre heures s'étant achevée au dernier coup de minuit précédant la profération de l'adverbe) ; il n'y a pas de cas-limites de hier, sauf peut-être en cas de passage à l'heure d'été (ou d'hiver), ou de changement de fuseau horaire⁹¹. Par ailleurs certains indexicaux sont vagues (« ici » en est un exemple classique), et, par conséquent, partiellement définis : mais le caractère vague de ces indexicaux ne peut précisément pas s'expliquer par le fait qu'ils sont des indexicaux (*i.e.* que leur dénotation varie selon le contexte) : l'*explanans* cesse d'être utile s'il partage des traits de l'*explanandum*. La valeur heuristique de l'analogie entre les prédicats vagues et les indexicaux est par conséquent loin d'être démontrée.

II. LA TEXTURE OUVERTE DES CONCEPTS

A. La notion de texture ouverte

La notion de « texture ouverte » a été introduite par Friedrich Waismann dans un article de 1945⁹² avant d'être reprise (avec des modifications significatives) par Hart au VII^e chapitre du *Concept de droit*. Le propos de Waismann ne porte pas directement sur des questions de philosophie du langage : l'enjeu principal est de montrer les limites du principe vérificationniste selon lequel « la signification d'un énoncé est la méthode de sa vérification » – formule dont il est d'ailleurs vraisemblablement l'auteur, même si c'est Moritz Schlick qui l'a rendue célèbre⁹³. Le principe en lui-même n'est pas remis en question⁹⁴, mais c'est la nature de la « méthode de vérification » qui pose problème. Classiquement, un énoncé est vérifié dès lors qu'il est possible d'établir au moyen d'une règle d'inférence une connexion entre cet énoncé et un énoncé de *sense-data*, c'est-à-dire un énoncé relatant une expérience perceptive. L'énoncé « il y a un chat dans la pièce d'à côté » est vérifié par la série d'énoncés $s_1 \dots s_n$ décrivant un certain nombre de données de l'expérience (j'ouvre la porte, je vois un chat, etc). Or Waismann soutient qu'aucun énoncé portant sur un objet matériel ne peut être traduit (et par conséquent intégralement vérifié) par une série d'énoncés de *sense-data*. La raison n'en est pas la pauvreté du vocabulaire des langages naturels, ni l'inépuisabilité de la description, mais la texture ouverte de nos concepts empiriques.

Waismann ne donne pas de définition de la texture ouverte mais procède par exemples. La série d'énoncés de *sense-data* « *X* a la forme d'un chat », « au toucher, *X* a

90 A vrai dire, « hier » est ambigu : il signifie à la fois le jour précédant celui formant le contexte d'énonciation, mais également « il n'y a pas longtemps » (« je ne suis pas né d'hier »).

91 Si je traverse le détroit de Bering de Sibérie vers l'Alaska, alors je passe d'aujourd'hui à hier – mais cela ne découle pas de la signification du mot « hier », mais de la convention qui veut que la ligne de changement de date soit tracée à cet endroit.

92 Waismann, 2004, p. 327.

93 Schlick, 1936, p. 341.

94 En ce sens, la démarche de Waismann n'est pas analogue à celle de Quine – pour qui le *motto* vérificationniste constitue le second « dogme » de l'empirisme (voir Quine, 2003, p. 70 *sq.*).

la texture d'un chat », « j'entends *X* ronronner » etc. me permet semble-t-il d'affirmer que l'énoncé : « *X* est un chat » est vérifié. Or si ultérieurement le chat se met à grandir jusqu'à atteindre une taille gigantesque, ou à renaître de ses cendres, nous ne savons plus quoi dire, nous ne savons plus si notre énoncé est vérifié ou non : s'agit-il d'une nouvelle espèce de chat ? serait-ce le cas que tous les chats, ou à tout le moins quelques espèces de chats, ont en réalité la propriété de grandir exponentiellement ou de renaître après crémation ? ou bien ai-je été victime d'hallucination ? et ainsi de suite. Dans de telles circonstances, il nous est impossible de déterminer si *X* est réellement un chat ou non⁹⁵. Il en résulte qu'aucun énoncé empirique, c'est-à-dire aucun énoncé relatif à un objet matériel⁹⁶, n'est susceptible d'être vérifié de manière concluante : la définition des termes qui y figurent est nécessairement non-exhaustive : nous ne « saurions prévoir complètement toutes les circonstances possibles dans lesquelles l'énoncé est vrai et celles dans lesquelles il est faux »⁹⁷.

La texture ouverte est donc analogue à une forme d'incomplétude de la définition (« l'incomplétude de nos vérifications est ancrée dans l'incomplétude de la définition des termes impliqués »⁹⁸). Lorsque survient un cas imprévu, nous sommes dans l'impossibilité de savoir si « *X* est *P* » est vrai ou faux. Si nous ne savons pas si notre « chat » gigantesque est un chat ou non, c'est parce que notre définition de « chat » est incomplète. Comme le note Stewart Shapiro, il en résulte que lorsque survient un cas atypique, nous pouvons aller dans un sens comme dans l'autre, appliquer le concept ou non, sans violer les règles du langage ni décrire de manière erronée les faits non-linguistiques qui constituent le cas en question⁹⁹. Si, en raison du caractère atypique ou exceptionnel de l'occurrence d'un tel objet, nous décidons de lui refuser l'appellation « chat », alors nous complétons la définition, mais nous prenons pour ce faire une décision ; mais nous pourrions très bien prendre la décision inverse, et décider de reconnaître une nouvelle espèce (extrêmement rare) de chat dotée de propriétés d'auto-agrandissement.

On a coutume de rapprocher la notion d'*open texture* de Waismann d'autres théories sur l'incomplétude du langage, en particulier du §80 des *Recherches*

95 Waismann, 2004, p. 328. Voir aussi Waismann, 1946, p. 224.

96 La thèse de Waismann ne porte que sur les énoncés empiriques. Waismann maintient que certains concepts non-empiriques (par exemple les concepts mathématiques) sont dotés de texture fermée (Waismann, 2004, p. 333-334).

97 Waismann, 2004, p. 330.

98 Waismann, 2004, p. 332-333.

99 Shapiro, 2006, p. 10. Shapiro note que Waismann, dans « La vérifiabilité » ne soutient pas explicitement cette thèse de la marge de discrétion laissée au locuteur par la survenance d'un cas-limite, mais elle découle de la définition même de la texture ouverte comme « incomplétude de la définition ». D'ailleurs Waismann soutient explicitement la thèse de la discrétion dans *The Principles of Linguistic Philosophy* : « nous nous demandons si l'assertion selon laquelle il y a une balle sur la table peut être vérifiée de manière définitive. La réponse est que cela peut être décidé par une détermination arbitraire de notre part. L'expérience peut être d'un certain secours en suggérant certaines déterminations, mais, à la fin, nous devons toujours décider par nous-mêmes » (Waismann, 1965, p. 74).

*philosophiques*¹⁰⁰ de Wittgenstein. Dans ce passage, Wittgenstein évoque la perplexité provoquée par la disparition soudaine d'un objet dont on venait de dire : « là bas il y a un fauteuil » : « que dirons-nous alors ? Disposes-tu de règles pour ce genre de cas – des règles qui disent si l'on peut encore nommer « fauteuil » quelque chose de tel ? »¹⁰¹. Et Wittgenstein semble même placer la même pierre que Waismann dans le jardin vérificationniste lorsqu'il écrit quelques lignes plus bas : « Devons-nous dire que nous n'attachons à proprement parler aucune signification à ce mot, parce que nous ne disposons pas de règles pour toutes les possibilités de son application ? » : l'absence de règles pour certaines application des mots empêche que les énoncés *puissent* toujours être vérifiés (qu'il y ait toujours une méthode pour leur vérification), mais cela n'obère nullement le fait que ces énoncés sont dotés de signification, dès lors qu'il existe au moins une règle pour leur application. Ce point est réaffirmé au §142 selon lequel « l'emploi des mots ne nous est clairement prescrit que dans les cas normaux. (...) Plus le cas s'écarte de la normale, plus ce que nous avons à dire devient douteux »¹⁰².

De prime abord, la différence entre Waismann et Wittgenstein semble résider dans le fait que « fauteuil » dénote un artefact, alors que les exemples pris par Waismann (le chat exponentiel, mais aussi le morceau de métal ayant toutes les propriétés chimiques de l'or, mais émettant une nouvelle radiation, etc.) sont des termes naturels, dénotant des *natural-kinds*. Mais ce point semble secondaire, d'autant plus que Wittgenstein semble généraliser sa thèse de l'incomplétude des règles d'application des termes aux définitions scientifiques¹⁰³ et que Waismann lui-même fait à l'occasion mention de termes dénotant des artefacts. Ainsi on trouve dans *The Principles of Linguistic Philosophy*, que Waismann conçoit comme un *compendium* de la pensée de Wittgenstein, une reprise explicite du §80 (moyennant modification de l'article d'ameublement mentionné) : « Je dis : « il y a une table ici ». Que se passe-t-il si je tends ma main et, au moment d'agripper la table, je la referme sur un espace vide ? (...) Que devrions-nous dire dans de telles circonstances ? Avons-nous des règles prêtes pour toutes les possibilités imaginables ? »¹⁰⁴.

100 Wittgenstein, 2004, p. 72. Sur le rapprochement Waismann/Wittgenstein, voir Hart, 1983, p. 275 ; Bix, 1993, p. 14 *sq.* ; Bix, 2012a, p. 149-150 ; Bix, 2012b, p. 194-195. D'autres rapprochements ont été effectués, en particulier avec Austin et l'exemple du chardonneret explosif (Austin, 1961, p. 56 ; sur le rapprochement Austin/Waismann, voir voir Schauer, 1991b, p. 36-37 ; Schauer, 2008, 1127) : je peux m'assurer que l'oiseau que je vois est un chardonneret, et dans les cas ordinaires, on n'a pas besoin de se poser la question de savoir si cet oiseau est *réellement* un chardonneret. Cependant, si cet oiseau dont je crois savoir que c'est un chardonneret se met à exploser ou à réciter du Virginia Woolf, les mots me manquent et je ne sais plus quoi dire (pour un commentaire éclairant sur les difficultés du modèle épistémique sous-jacent au propos d'Austin, voir Kaplan, 2011, p. 53, *sq.*). L'exemple d'Austin a été rapproché de Wittgenstein par Cavell, 1979, p. 65 *sq.* et Katz, 2004, p. 105-106. – Enfin, François Recanati a proposé un rapprochement éclairant entre la notion de texture ouverte chez Waismann et l'idée d'arrière-plan (*background*) de Searle, voir Recanati, 2004, p. 141 *sq.* On reviendra sur cette notion dans le prochain chapitre.

101 Wittgenstein, 2004, p. 72.

102 Wittgenstein, 2004, p. 85.

103 Voir la fin du § 79 (Wittgenstein, 2004, p. 72).

104 Waismann, 1965, p. 222-223.

Gordon Baker et Peter Hacker ont toutefois mis en garde contre le caractère trompeur de ce rapprochement de surface. Ainsi, dans la première édition de leur œuvre maîtresse *Wittgenstein. Understanding and Meaning*, l'exégèse du §80 est en partie consacrée à différencier l'argument de Wittgenstein de celui de Waismann¹⁰⁵. Selon Baker et Hacker, Waismann reste prisonnier du cadre conceptuel vérificationniste y compris et surtout dans sa tentative de remettre en cause celui-ci. En effet, l'idée de texture ouverte a, selon eux, pour arrière-plan l'idée selon laquelle les énoncés empiriques (relatifs à des objets matériels) constituent des *hypothèses*, qui, en tant que telles, peuvent être rendues plus ou moins probables par l'expérience, mais ne peuvent jamais être vérifiées de manière conclusive. La notion d'hypothèse a été développée par Wittgenstein dans les *Remarques Philosophiques*¹⁰⁶ à une époque de transition¹⁰⁷, où il semble adhérer pleinement au cadre de pensée vérificationniste. Il écrit ainsi au paragraphe 166 : « La vérification n'est pas *un* indice de la vérité, mais *le* sens de la proposition »¹⁰⁸. C'est sur cet arrière-plan que se détache la théorie des hypothèses. Le principe vérificationniste se heurte classiquement au constat qu'aucune proposition n'est susceptible d'une vérification complète. Comme l'explique Jacques Bouveresse¹⁰⁹, la proposition « il y a un livre sur la table » implique bien logiquement l'énoncé de *sense-data* « pour tout observateur *x* placé dans telles ou telles conditions aura telles ou telles sensations visuelles, tactiles, etc. », mais elle n'est impliquée par aucun énoncé du type : « tel ou tel observateur a ou a eu telle ou telle sensation etc. ». La raison en est non seulement la possibilité d'erreur ou d'illusion, mais plus généralement le fait que ce que Wittgenstein appelle la « description phénoménologique », c'est-à-dire la classe d'énoncés de *sense data* relative à un phénomène quelconque est si complexe que nous ne pouvons jamais la formuler de manière exhaustive¹¹⁰. La signification d'une proposition ne peut donc pas être (la méthode de) sa vérification, puisqu'aucune classe d'énoncés de *sense data* ne permet de la vérifier complètement.

105 Baker et Hacker, 1980, p. 432. Dans la seconde édition (elle-même scindée en deux tomes), l'examen des idées de Waismann en matière de vérificationnisme est rejeté à l'exégèse du §130 (voir Baker et Hacker, 2005, p. 276). Cependant, il est assez ironique qu'alors que Baker et Hacker entendent (dans chacune des éditions, encore qu'à des endroits différents) différencier Wittgenstein de Waismann, la seconde édition d'*Understanding and Meaning* commente le §80 des *Investigations* dans des termes très proches de la définition waismannienne de la texture ouverte. Ainsi indiquent-ils que ce que Wittgenstein a en tête au §80 n'est pas le vague, mais la « possibilité du vague » (Baker et Hacker, 2005, p. 178-179), expression par laquelle Waismann caractérise, de manière célèbre encore qu'obscur (cf. *infra*), la texture ouverte (Waismann, 2004, p. 330).

106 A partir du § 225.

107 Ainsi, la première définition de l'hypothèse que donne Wittgenstein dans les *Remarques philosophiques* demeure tributaire de l'isomorphie monde-langage propre au *Tractatus* : « la proposition, l'hypothèse, est couplée avec la réalité et cela de plus ou moins près. Dans le cas extrême, il n'y a plus du tout liaison, la réalité peut faire ce qu'elle veut sans entrer en conflit avec la proposition ; alors la proposition, l'hypothèse n'a pas de sens ! » (Wittgenstein, 1984, p. 269). Il va de soi que l'idée selon laquelle l'isomorphie est susceptible de degrés, qui est nécessaire à la définition d'une hypothèse, est profondément étrangère au cadre conceptuel du *Tractatus*.

108 Wittgenstein, 1984, p. 191.

109 Bouveresse, 1987, p. 344 *sq.*

110 Wittgenstein, 1984, p. 273 (§230).

C'est pourquoi il est possible d'affirmer que les énoncés de *sense-data* (que Bouveresse, suivant Wittgenstein lui-même, appelle « énoncés phénoménologiques »¹¹¹) ne font que corroborer les propositions au sujet des objets physiques (y compris les propositions physicalistes du langage ordinaire), mais ne peuvent jamais les vérifier de manière conclusive. En ce sens, les énoncés phénoménologiques sont vérifiables (dans la mesure où ils ne décrivent qu'un fragment de la réalité), mais pas les hypothèses, qui, ne pouvant jamais être vérifiées, sont *invérifiables* : « si je dis qu'une hypothèse n'est pas vérifiable de façon définitive, l'idée *n'est pas* qu'il existe pour elle une vérification dont on peut toujours approcher davantage sans jamais l'atteindre. C'est un non-sens. (...) Une hypothèse entretient précisément avec la réalité une relation formelle autre que celle qu'entretient la vérification »¹¹². Comme l'écrivent Baker et Hacker : « en ce sens le contenu empirique d'une hypothèse transcende toute expérience possible »¹¹³. Une hypothèse peut être confirmée, mais jamais vérifiée, et c'est la possibilité d'une telle confirmation qui confère à la proposition une signification. Cruciale est ici la notion d'attente, que Wittgenstein introduit au §228 des *Remarques philosophiques* : l'hypothèse produit une attente qui n'est jamais achevée¹¹⁴. Or, comme il l'écrit au paragraphe suivant : « l'attente doit *dès maintenant* avoir un sens »¹¹⁵. Mon hypothèse prend sens non pas quand elle est vérifiée ou qu'une méthode pour sa vérification a été apportée, mais dès qu'on la compare avec « l'état actuel des choses »¹¹⁶ : cela permet d'expliquer pourquoi elle peut être dotée de signification bien qu'elle puisse être non-confirmée – une hypothèse ne pouvant être falsifiée, puisqu'elle ne peut être vérifiée.

Il semble bien que la notion de texture ouverte, telle que développée par Waismann, suppose un cadre conceptuel proche de celui-ci. Or ce cadre a été nettement abandonné par Wittgenstein dans sa dernière philosophie : la distinction des énoncés phénoménologiques, susceptibles de vérification, et des hypothèses, entendues comme propositions empiriques, ne fait plus aucun sens dans le schéma des *Recherches philosophiques* dès lors que la totalité des énoncés ne reçoivent leur signification qu'au sein des jeux de langage auxquels ils appartiennent¹¹⁷ : de surcroît, l'abandon complet de l'analyse des termes conceptuels en termes de conditions nécessaires et suffisantes rend obsolète le vocabulaire de la détermination et de l'indétermination du langage. De fait, il semble bien qu'en abordant la texture ouverte du langage à l'aune du statut non complètement vérifiable des énoncés empiriques, Waismann interprète ceux-ci

111 Bouveresse, 1987, p. 347.

112 Wittgenstein, 1984, 272.

113 Baker et Hacker, 1980, p. 432. Voir aussi Hacker, 1996, p. 165.

114 Wittgenstein, 1984, p. 272.

115 Wittgenstein, 1984, p. 273. Voir sur ce point Kenny, 2006, p. 104 *sq.*

116 *Ibid.*

117 Selon Anthony Kenny, le dernier Wittgenstein abandonne moins les hypothèses qu'il les réévalue et en fait d'authentiques propositions – ce qui suppose l'abandon pur et simple du vérificationnisme. « Par la suite, Wittgenstein en est venu à penser que ce sont les propositions du langage ordinaire qu'il appelle ici hypothèses qui étaient les véritables propositions », et non plus les énoncés phénoménologiques (Kenny, 2006, p. 106). Pour Baker et Hacker, au contraire, l'abandon du vérificationnisme suppose l'abandon des hypothèses.

de la même manière que Wittgenstein interprétait les hypothèses dans sa période de transition : des énoncés non complètement vérifiables. Et dans certains passages de « La vérifiabilité », Waismann traite effectivement les énoncés empiriques comme des hypothèses¹¹⁸.

Pour cette raison, la ressemblance avec le §80 des *Recherches philosophiques* s'avère trompeuse. La texture ouverte apparaît comme une forme de nécessité matérielle, rendue inévitable par l'incapacité de prévoir l'ensemble des applications futures des concepts ; à la limite, un sujet omniscient serait à même de formuler des définitions répondant au même idéal de complétude que les définitions des concepts mathématiques. L'idée d'un concept complètement défini n'est donc pas dénuée de sens, mais elle est utopique¹¹⁹. Or ce que le §80 entend montrer n'est rien d'autre que le caractère dénué de sens de tout idéal de complétude : « La conclusion de Wittgenstein n'est pas que toute expression est plus ou moins vague, ni même que toute expression est dotée de texture ouverte. S'il n'y a rien de tel qu'un sens déterminé (*determinacy of sense*), il n'y a rien de tel que l'absence d'un sens déterminé »¹²⁰. Il n'a donc rien de tel qu'une *propriété* telle que la texture ouverte qui serait le propre de certains concepts, étant donné qu'il n'y a rien de tel qu'une texture fermée¹²¹.

Au sujet de la confrontation dressée par Baker et Hacker entre Waismann et Wittgenstein, Brian Bix écrit : « Waismann s'accorde avec Wittgenstein pour dire que nos concepts ne sont pas complètement définis/délimités/vérifiables (...). Le problème avec la position de Waismann est qu'elle n'effectue pas la continuation propre à Wittgenstein : s'il ne fait pas de sens de parler d'un ensemble *complet* de règles définissant et délimitant les concepts, alors on ne devrait pas caractériser les concepts comme étant « *incomplets* » ou « *indéterminés* ». (...) J'ai tendance à voir dans cette dispute une affaire de style philosophique »¹²². On pourrait dire que bien que Waismann et Wittgenstein ne partagent pas (ou plus) le même diagnostic, leur description des symptômes est à peu près similaire : confrontés à certains cas, nous ne disposons plus de règles nous permettant d'appliquer nos concepts – et nous ne savons plus que dire.

118 C'est très clair dans le passage suivant : « Je suppose de dire que les énoncés de sense-data $s_1, s_2, \dots, s_n$ soutiennent la proposition p ou la mettent en doute, qu'elles la renforcent ou l'affaiblissent, ce qui ne signifie pas qu'elles la prouvent ou l'infirmement strictement » (Waismann, 2004, p. 336).

119 Baker et Hacker, 1980, p. 433.

120 Baker et Hacker, 1980, p. 383.

121 En ce sens il en va de même de l'indétermination du langage et de son incomplétude : il ne fait aucun sens de reprocher à un langage composé uniquement d'ordres d'être incomplet, dans la mesure où aucun langage ne peut être complet (voir le §18, Wittgenstein, 2004, p. 34). Comme l'écrit Max Black, il s'agit « d'une mise en garde contre la tentation d'imposer sur les phénomènes linguistiques une conception *a priori* de ce que le langage doit être » (Black, 1970, p. 262). Selon Baker et Hacker, « le fait qu'un langage puisse recevoir de nouvelles extensions ne montre pas qu'il était incomplet avant de les recevoir. Si la possibilité d'étendre un langage prouvait que celui-ci était incomplet, il n'y aurait rien de tel qu'un langage qui ne soit pas incomplet, et par conséquent l'expression « langage incomplet » serait dénuée de sens » (Hacker et Baker, 2005, p. 72).

122 Bix, 1993, p. 16.

B. Texture ouverte et vague

Dans un passage célèbre de « La vérifiabilité », Waismann distingue la texture ouverte du vague :

Le *vague* doit être distingué de la *texture ouverte*. D'un mot qui est effectivement utilisé de façon fluctuante (comme « tas » ou « [de couleur] rose »), on dit qu'il est vague. Un terme comme « or », bien que son usage effectif puisse ne pas être vague, est non-exhaustif, ou a une texture ouverte, dans la mesure où nous ne pouvons jamais combler tous les espaces possibles par lesquels le doute pourrait s'infiltrer. La texture ouverte est donc quelque chose comme la *possibilité du vague*. On peut remédier au vague en donnant des règles plus rigoureuses ; cela est impossible pour la texture ouverte¹²³.

Si la distinction entre vague et texture ouverte est essentielle, elle est cependant très faiblement caractérisée dans ces lignes. Deux points semblent en effet difficiles dans l'analyse de Waismann.

Le premier point difficile est l'idée selon laquelle on pourrait « remédier au vague en donnant des règles plus rigoureuses » ; quelle que soit l'approche du vague que l'on mobilise, on a des raisons de douter qu'une telle entreprise fasse sens. Par exemple, un nihiliste ou un incohérentiste niera qu'il *fasse sens* de vouloir préciser les prédicats vagues. Ou encore, un épistémiciste tel que Williamson (mais pas Sorensen) arguera peut-être qu'il est *conceptuellement* possible (à un locuteur omniscient) de préciser l'extension des concepts vagues, mais que cela est *matériellement* impossible en raison de la survenance (minimale, mais réelle) de l'usage sur la signification. Pour un supervalutionniste, un concept vague se caractérise par *plusieurs* précisions admissibles, de sorte qu'il y a un grand nombre de « règles rigoureuses possibles » ; indiquer qu'il est possible (autrement qu'arbitrairement) de ne retenir qu'une seule précification admissible revient à faire de l'ensemble des énoncés vagues des énoncés supervrais – ce qui est contradictoire avec les prémisses du supervalutionnisme, dans la mesure où cela rend inutile la distinction entre vérité et supervérité. Enfin, la notion de prédicat partiellement défini (et ses analogues dans les autres théories contextualistes) rend illusoire toute tentative de définir complètement les concepts vagues : c'est d'ailleurs la raison pour laquelle Stewart Shapiro fait de la notion de texture ouverte, réduite à l'idée de discrétion contrainte par le contexte – le locuteur pouvant choisir d'appliquer ou ne pas appliquer le concept en fonction du contexte d'énonciation – la clé de l'analyse contextualiste du vague.

Le second point difficile est l'idée selon laquelle la texture ouverte est la possibilité du vague. Cette affirmation peut vouloir dire deux choses bien différentes, et également irrecevables : la texture ouverte est la possibilité pour un prédicat non-vague de devenir vague ; la texture ouverte est la possibilité pour un prédicat (même complètement défini) de recevoir des cas limites. Selon la première affirmation, un prédicat tel que « chat » ou « or » deviendrait susceptible de donner lieu à un paradoxe sorite,

123 Waismann, 2004, p. 329-330.

ce qui est absurde : il n'y a pas une série indéfinie de cas intermédiaires entre « chat » et « non-chat » qui seraient régis par le principe d'ignorance propre aux sorites. Et l'on ne peut s'en sortir en disant que Waismann emploie « vague » selon une notion plus large que celle évoquée ici, puisque c'est bien de la *notion étroite* de vague (« tas », « de couleur rose », etc., en sont des exemples massifs) que Waismann entend distinguer la texture ouverte. C'est pourquoi il semble tentant de soutenir que la texture ouverte se caractérise, contrairement au vague, comme la possibilité de *cas-limites*. Mais comme le rappelle Timothy Endicott, le vague lui-même se définit ainsi¹²⁴. Dans un monde peuplé d'individus ayant tous soit le crâne aussi luisant que Sir Ben Kingsley soit la chevelure aussi fournie que Sir Simon Rattle, « chauve » *demeurerait* vague¹²⁵. Le vague d'un concept se mesure donc non pas à l'occurrence, mais à la *possibilité* des cas-limites.

De nombreux auteurs¹²⁶ cependant ont tenté de faire sens de la distinction de Waismann, même si, dans la plupart des cas, l'expression « possibilité du vague » n'est pas interrogée. La solution la plus élégante a été fournie par Williamson¹²⁷, qui interprète le premier point difficile de manière déflationniste : par « remédier au vague en donnant des règles plus rigoureuses », Waismann entend simplement que l'on peut remédier au vague par stipulation, ce qui revient à dire que l'on peut retenir arbitrairement *une* précification du concept. C'est sans doute ce que voulait dire Waismann, mais c'est d'une faible valeur heuristique, dans la mesure où l'on peut très bien, de manière tout aussi arbitraire, résoudre à l'avance toute forme de texture ouverte en indiquant que les cas-limites (par exemple un chat gigantesque) devront être traités comme des cas n'appartenant pas à l'extension du concept. Il est donc difficile de voir ce qui sépare le vague de la texture ouverte à cet égard. Quant au second point difficile, Williamson le résout en niant la thèse soutenue par Endicott selon laquelle est vague un concept pour tous les cas-limites *possibles* ; par contraste « le vague peut être éliminé au moyen de stipulations, car il ne leur faut couvrir que les cas réels (*actual cases*) »¹²⁸, tandis que de telles stipulations sont impossibles en matière de texture ouverte, puisqu'elles ne sauraient couvrir des cas seulement possibles dont on n'a aucune idée. Par « possibilité du vague » Waismann entend donc selon Williamson « possibilité de cas-limites non régulables à l'avance par stipulation ». Mais précisément, on a vu qu'il était possible, à l'avance, de réguler par stipulation l'ensemble des cas-limites des concepts dotés de texture ouverte, de telle manière qu'à chaque fois que survient un cas-limite de « chat », on puisse dire simplement : « ceci n'est pas un chat ». Certes, cette stipulation est arbitraire, mais il en va de même de la stipulation qui permet prétendument d'évacuer le vague.

124 Endicott, 2000, p. 38.

125 *Contra*, voir Fine, 1975, p. 267.

126 Voir Scheffler, 1979, p. 50-51 ; Moore, 1981, p. 201 ; Schauer, 1985, p. 421 ; Barberis, 1990, p. 269 ; Schauer, 1991b, p. 35 ; Schauer, 2008, p. 1126 ; Waldron, 1994, p. 523 ; Brozek, 2004, p. 38 ; Marmor, 2005, p. 101-102 ; Charnock, 2013, p. 132.

127 Williamson, 1994, p. 90.

128 *Ibid.*

Kit Fine a suggéré qu'il fallait distinguer entre le vague extensionnel (le vague *stricto sensu*) et le vague intensionnel, qui, comme son nom l'indique, affecte non pas l'extension mais l'intension des prédicats¹²⁹. Ainsi, dans un monde peuplé de chauves et/ou de non chauves, « chauve » est intensionnellement vague dès lors qu'il pourrait être extensionnellement vague – mais ne l'est pas dans le monde en question ; dans notre monde, chauve est extensionnellement vague, parce qu'il y a réellement des cas-limites de « chauve ». Pour Fine, la texture ouverte correspond donc à une forme de vague intensionnel (où l'intension du concept est indéterminée sans que cela affecte son extension)¹³⁰ : la distinction entre « chauve » et « chat » tient à ce qu'il y a des cas-limites de chauve dans le monde, mais qu'il n'y a pas de cas-limites de chat.

La distinction entre vague intensionnel et extensionnel est-elle utile pour expliquer l'idée de texture ouverte ? Il semble assez difficile de faire de « chauve » dans un monde de chauves et de chevelus et de « chat » dans notre monde deux spécimens du même type d'indétermination sémantique. En effet l'intension de « chauve » n'est pas modifiée dans lorsque survient pour la première fois un cas limite de chauve, de la même manière que l'intension de licorne est strictement identique dans notre monde et dans un monde où les licornes existent. C'est parce que le prédicat « chauve » a l'intension qu'il a qu'il donne naissance à un paradoxe sorite – y compris dans un monde peuplé uniquement de chauves et de non chauves : l'extension possible d'un terme fait partie de son extension. En ce sens, on peut dire que « chat » (qui est doté de texture ouverte) est « intensionnellement vague » dans la mesure où un cas-limite modifie potentiellement l'intension du concept de chat : la texture ouverte s'explique par le caractère indéterminé de l'intension du concept de chat.

Lorsque survient un cas-limite, notre incapacité à appliquer ou à ne pas appliquer ces concepts ne s'explique donc pas de la même manière que lorsque l'on a affaire à des prédicats vagues. Comme on l'a vu, les termes « chat », « or », etc., qui dénotent des espèces naturelles, des *natural kinds*, ne sont pas extensionnellement vagues, dans la mesure où ils ne donnent pas lieu à un paradoxe sorite¹³¹. Intuitivement, un prédicat vague fonctionne par paire : riche/pauvre, chauve/chevelu, etc, à chaque membre de laquelle correspond l'extension et l'anti-extension du concept. Bien entendu cette intuition est fautive dans la mesure où elle cherche à faire passer des contraires pour des contradictoires. À l'anti-extension de « riche » correspond le prédicat « non-riche » ; « pauvre » et « non-riche » ne sont pas strictement synonymes, puisque « pauvre » dénote seulement une certaine sous-extension de « non-riche » : un individu pauvre est

129 Fine, 1975, p. 266. Voir Hyde, 2008, p. 3 ; Asgeirsson, 2013, p. 353.

130 Fine, 1975, p. 266-267.

131 Notons qu'un concept peut être à la fois vague et doté de texture ouverte, ce qui n'obère nullement la distinction conceptuelle entre les deux phénomènes. Ainsi, « chauve » est vague dans la mesure où il existe des cas-limites situés entre l'extension et l'anti-extension du concept « chauve », mais on peut également supposer qu'il est doté de texture ouverte : je vois un individu n'ayant aucun cheveu sur la tête : je m'appête à dire de lui : « il est chauve », quand soudain des cheveux se mettent à pousser, puis à disparaître, etc. Dans ce cas, je me trouve dans une situation de texture ouverte, où je suis incapable de dire si l'individu est chauve ou non, mais cela n'a rien à voir avec le fait que le concept, par ailleurs, est vague.

quelqu'un de clairement non-riche, et un miséreux est quelqu'un de clairement pauvre, c'est-à-dire de clairement-clairement non-riche et ainsi de suite. D'autre part, certains prédicats vagues ne semblent pas fonctionner par paire, puisqu'il n'existe dans notre langue aucun terme permettant de dénoter les non-tas.

L'intuition des « prédicats par paires » a néanmoins ceci de fructueux qu'elle pointe l'existence, pour chaque concept vague, d'une *extension* et d'une *anti-extension* définie. Il est possible ici de réactiver la distinction kantienne entre jugements négatifs et jugements infinis¹³² : « x n'est pas chauve » n'est pas équivalent à « x est non chauve ». Si par « non chauve » on entend l'expression qui dénote l'anti-extension du concept chauve, alors il ne fait sens de prédiquer « chauve » que d'une certaine classe d'objets (des crânes). Ainsi, alors que je puis dire qu'un camion n'est pas chauve, je ne puis en tirer la conclusion que le camion fait partie de l'anti-extension du concept « chauve ». Par contraste, non seulement Sir Simon Rattle n'est pas chauve, mais il est clairement non-chauve (voire chevelu, si par chevelu on entend « clairement non-chauve », voire hirsute, si par hirsute on entend « clairement clairement non-chauve », etc.). « Tas » semble être plus problématique, dans la mesure où on peut faire des tas de toutes sortes d'objets matériels (il peut y avoir des tas de camions) ; mais typiquement on ne prédique « non-tas » que dans un contexte où il ferait sens de parler de tas. En voyant passer un camion dans la rue, je puis dire : « ce n'est pas un tas », de la même manière que je puis dire « ce n'est pas une banane », mais je ne peux dire « c'est un non tas » ; en revanche, si je me rends dans une casse automobile où les camions sont entassés les uns sur les autres, le retrait un à un des camions entraînera l'assertibilité de mon affirmation « ceci est non tas » – on peut donc généraliser en disant qu'appartiennent à l'extension et à l'anti-extension de tas toutes sortes d'objets matériels *en tant qu'ils peuvent être entassés*, c'est-à-dire dans un contexte d'entassement possible.

Or des concepts tels que « chat » ne possèdent pas d'anti-extension¹³³. Il n'y a rien de tel qu'un non-chat ; soit x est un chat, soit x n'est pas un chat. S'il faut reconnaître quelque chose comme une « anti-extension » de « chat », elle comprend l'ensemble des « choses » qui ne sont pas des chats (un camion, un livre, un éléphant... *ad libitum*). Il ne fait donc aucun sens de distinguer, comme on l'a fait pour « tas » ou « chauve », entre l'anti-extension de « chat » et l'ensemble des choses qui ne sont pas des chats, c'est-à-dire entre la classe des individus dont on prédiquer non-chat et celle dont on ne peut pas prédiquer chat. C'est précisément pour cette raison que « chat » n'est pas un concept sorite (*i.e.* vague *stricto sensu*) : il ne peut y avoir de *continuum* de cas intermédiaire entre l'extension et l'anti-extension de « chat », puisqu'il n'y a pas d'anti-extension de « chat » : il y a seulement d'un côté des chats, et de l'autre le reste du monde.

C'est pourquoi, alors qu'il fait sens de parler de vague d'ordre supérieur, il ne fait aucun sens de parler de « texture ouverte d'ordre supérieur ». Le concept

132 Kant, 2001, p. 158.

133 C'est ce qu'a souligné (au sujet de la texture ouverte hartienne et non waismanienne) David Duarte (Duarte, 2011, p. 127-128).

métalinguistique « texture ouverte » n'est lui-même pas doté de texture ouverte : il n'y a pas de cas de texture dont on ne sait pas s'il s'agit d'un cas-limite ou non. Certes, si j'ai consommé une drogue hallucinatoire, je puis ne pas savoir si j'ai vraiment affaire à un cas de chat gigantesque ou bien s'il s'agit d'une hallucination, l'individu en face de moi se révélant être un chat tout à fait ordinaire. Mais la seule chose qui importe du point de vue la théorie de Waismann est que l'énoncé de *sense-data* que je formule ne permette ni de vérifier ni de falsifier l'énoncé empirique « ceci est un chat ». En ce sens, j'ai bien affaire à un cas limite, même si l'objet lui-même se révèle être un chat ordinaire. Il est certes préférable qu'un locuteur ait ses capacités épistémiques intactes – mais même si c'est le cas, des cas limites peuvent intervenir. C'est pourquoi l'analyse de Waismann n'a en fin de compte que peu à voir avec l'argument sceptique classique selon lequel nos capacités épistémiques ne seraient jamais intactes.

On pourrait dire les concepts dotés de texture ouverte sont partiellement définis au sens de Soames, mais qu'ils fonctionnent *comme s'ils* étaient complètement définis jusqu'à ce qu'un cas-limite intervienne¹³⁴. En ce sens, Fine a raison d'indiquer que la texture ouverte correspond à une forme de vague intensionnel mais non (encore) extensionnel. Mais il n'en va pas de même de « chat » dans notre monde et de « chauve » dans un monde peuplé uniquement de clairement chauves et de clairement chevelus. La possibilité pour un prédicat vague de recevoir des cas-limites est *ab initio* comprise dans sa définition : c'est pourquoi Waismann écrit, dans le passage cité ci-dessus que les prédicats vagues sont « *effectivement utilisé[s]* de manière fluctuante »¹³⁵, tandis que « *l'usage effectif*¹³⁶ » du prédicat « or » n'est pas fluctuant. Le caractère effectif (*versus* possible) n'affecte pas l'existence des cas-limites, mais l'usage véri-fonctionnel des prédicats : un prédicat vague est toujours nécessairement utilisé de manière fluctuante, car il est toujours possible que l'on puisse appliquer à X tantôt « rose », tantôt « non-rose » – autrement dit, la théorie du vague sous-jacente est proto-contextualiste. En revanche, notre usage d'un terme conceptuel doté de texture ouverte n'est *effectivement* pas fluctuant : nous n'appliquons pas à un même X tantôt « or » et tantôt non-or – ce qu'indique Waismann lorsqu'il écrit, de manière quelque peu métaphorique, que « nous introduisons un concept et nous le limitons dans *certaines* directions »¹³⁷. Pour le dire autrement, un cas clair, ou central d'« or » est un cas central *jusqu'à* ce que survienne un cas-limite, qui fait jeter un doute sur la centralité des cas préalablement définis comme clairs ou centraux. Cependant, l'existence de cas-limites d'application d'un prédicat vague n'affecte nullement (ou marginalement, comme le suggère le problème du vague d'ordre supérieur) la centralité des cas clairs de « vague ».

134 Selon Avishai Margalit, la différence entre texture et vague réside dans une différence entre indétermination et indécision. Un concept est doté de texture ouverte s'il est indéterminé dans au moins un monde possible (Margalit, 1979, p. 142) ; en revanche un concept est vague si son application est indécise pour des raisons pragmatiques. La distinction entre indétermination (sémantique) et indécision (pragmatique) n'est hélas pas poussée plus avant par Margalit.

135 Waismann, 2004, p. 329. C'est moi qui souligne.

136 Waismann, 2004, p. 330.

137 Waismann, 2004, p. 329.

C. Hart et la texture ouverte du droit

1. Noyau et pénombre

C'est à Hart que l'on doit l'introduction dans le vocabulaire de la théorie du droit de l'expression « texture ouverte », qu'il emprunte explicitement à Waismann¹³⁸. Curieusement, elle n'y figure pas dans l'article de 1958 « Positivism and the Separation of Law and Morals » qui constitue son premier essai de voie médiane entre le « formalisme » et le « scepticisme de la règle ». Hart parle alors de « caractère ouvert du langage »¹³⁹. C'est au chapitre VII.1 du *Concept de droit* que l'expression « texture ouverte » est pour la première fois explicitement employée et développée par Hart¹⁴⁰, moyennant des modifications substantielles de la théorie de Waismann. C'est pourquoi on distinguera ci-après la texture ouverte_H (i.e. texture ouverte de Hart) et la texture ouverte_W (i.e. texture ouverte de Waismann).

L'enjeu de l'introduction de la notion de texture ouverte_H est bien connu : il s'agit de faire échec à deux défauts symétriques de la pensée juridique : d'un côté le « formalisme » selon lequel le droit fournit toujours une et une seule réponse correcte aux litiges ; de l'autre, le « scepticisme de la règle » selon lequel les règles juridiques ne déterminent jamais l'issue des litiges. Il faut cependant insister sur le rôle doublement limité que joue la texture ouverte_H de ce point de vue : en premier lieu, elle constitue avant tout une réponse au formalisme, en ce qu'elle tend à montrer qu'il n'y a pas de critère d'application en tout point uniforme et mécanisme des règles de droit – le réponse au scepticisme, telle qu'elle intervient dans les sections 2 et 3 du chapitre VII¹⁴¹, ne repose pas essentiellement sur la notion de texture ouverte_H. Ensuite, ce que l'argument tiré de la texture ouverte_H tend à montrer, c'est que les *règles* juridiques (étant exprimées par des formulations générales) sont dotées de texture ouverte, et par conséquent, ne permettent pas, tout au moins *prima facie*, de trancher le cas. Un « formaliste » peut répliquer que la réponse que le *droit* apporte aux litiges (aux cas auxquels le juge est confronté) excède la réponse que les *règles de droit* apportent ; c'est ainsi que le premier Dworkin, au moyen de la distinction entre règles et principes, peut à la fois reconnaître la validité de l'argument de la texture ouverte_H et rejeter la thèse du pouvoir discrétionnaire du juge¹⁴². La réponse au formalisme doit donc nécessairement faire fond sur d'autres arguments que ceux tirés de la texture ouverte_H des règles de droit¹⁴³.

138 Voir au sujet de la reconnaissance de paternité de l'expression Hart, 2005, p. 313 ; Hart, 1983, p. 274.

139 Hart, 1958, p. 609.

140 Hart, 2005, p. 143-154.

141 Hart, 2005, p. 155-166.

142 Dworkin, 1977, p. 80 *sq.* Voir également Dworkin, 1985, p. 128 *sq.*

143 Cette réponse se trouve dans Hart, 1983, p. 139-144 ; Hart, 2005, p. 290-293.

Au premier abord, la notion de texture ouverte_H semble confuse. En premier lieu, Hart emploie souvent la disjonction « le vague ou la texture ouverte »¹⁴⁴ du langage/des règles, etc., sans préciser si cette disjonction est inclusive (*velou* exclusive. Ensuite, le principal exemple apporté à l'appui de la thèse de la texture ouverte_H (la fameuse règle, déjà mentionnée, sur les véhicules dans le parc) n'est pas un exemple de texture ouverte_w. Une skateboard est bien un cas-limite de « véhicule », mais « véhicule » n'est ni vague ni doté de texture ouverte_w. La raison pour laquelle « véhicule » n'est pas vague est relativement triviale : ce prédicat ne donne pas lieu à un paradoxe sorite. La raison pour laquelle « véhicule » n'est pas doté de texture ouverte_w – ou, plus précisément, la raison pour laquelle, si « véhicule » est doté de texture ouverte, « skateboard » n'est pas un cas-limite *au titre* de la texture ouverte_w de « véhicule » – est que « véhicule » est un terme générique, voire un terme défini par une « ressemblance de famille »¹⁴⁵, ou encore un « *cluster concept* »¹⁴⁶, destiné à subsumer sous lui un nombre important de classes d'artefacts aux propriétés fort diverses d'une classe à l'autre¹⁴⁷. Les propriétés pertinentes pour déterminer si un objet instancie le concept de véhicule ne sont pas fixées dans le langage (*e.g.* usuellement, on suppose qu'un véhicule doit avoir des roues ; mais il serait intuitivement possible d'appeler véhicule une automobile dépourvue de roues se déplaçant sur un coussin d'air à 5 cm du sol). Ce qui pose problème dans « véhicule » est que la détermination des propriétés pertinentes dépend assez largement d'éléments tirés du contexte. En ce sens, « véhicule » n'est pas un prédicat partiellement défini au sens de Soames, dès lors que le caractère partiellement défini d'un prédicat (tel que *chauve*) affecte sa *dénotation* (sa *référence*) et non sa *signification* : la signification de « tas » ne varie pas selon le contexte, en revanche la classe des « tas » (ou des non-tas) peut croître ou diminuer selon le contexte. Par

144 Hart, 1958, p. 609 ; Hart, 1983, p. 193 ; Hart, 2005, p. 142 – traduction modifiée, M. van de Kerchove rendant malheureusement « *vagueness* » par « imprécision », voir Hart, 1994, p. 123. Voir sur la confusion (supposée) de Hart entre texture ouverte et vague, Schauer, 2008, p. 1126.

145 David Boersema a récemment défendu l'idée que la notion de ressemblance de famille chez Wittgenstein n'est pas équivalente à la notion de *cluster concepts* (Boersema, 2009, p. 50 *sq.*). Boersema se fonde sur une notion étroite de *cluster concept* destinée à étayer une théorie descriptiviste des noms propres – en particulier celle de Searle, 1969, p. 162-174, qui n'est pas sans ressemblances formelles avec le §79 des *Recherches Philosophiques* (il n'est cependant pas certain que ce dernier doive être analysé à l'aune de la notion de ressemblance de famille telle qu'introduite au §67). Or Boersema indique que ce qui distingue la ressemblance de famille du *cluster concept* searlien est que la liste des conjonctions de propriétés (ni nécessaires ni suffisantes) n'est pas close, c'est-à-dire... leur texture ouverte ! (Boersema, 2009, p. 50 – on passe sur le caractère difficile de l'application à Wittgenstein de la notion de texture ouverte, qui est de toute façon prise en un sens très large par Boersema). On retient ici une notion de « *cluster concept* » relativement large, et, pour les besoins de l'analyse, tenue pour analogue sinon identique à la notion wittgensteinienne de ressemblance de famille, qui nous semble à l'arrière-plan de la notion de texture ouverte_H.

146 Hypothèse proposée par Bruce Miller (voir Miller, 1972, p. 163 *sq.*). Voir aussi Bayles, 1992, p. 86. Sur le fait que l'exemple de Hart s'apparente à une ressemblance de famille, et sur le fait que cette dernière soit un problème de généralité et non de vague, voir Sorensen, 2001, p. 407.

147 Certaines théories envisagent les espèces naturelles comme des clusters de propriétés (Boyd, 1991 ; Hacking, 1991 ; Milikan, 1999) ; mais il semble évident que pour Waismann, la texture ouverte des concepts d'espèces naturelles ne provient pas du fait qu'il s'agit de *cluster concepts*. En revanche, la texture ouverte hartienne s'explique avant tout par le fait que les concepts auxquels elle s'applique sont des *cluster concepts*.

contraste, la signification de « véhicule » est modifiée en fonction du contexte, c'est pourquoi la définition que l'on en trouve dans un dictionnaire, par exemple le *Petit Robert*, repose très largement sur des exemples¹⁴⁸. La raison pour laquelle un cas-limite est inévitable tient précisément au caractère indéterminé des propriétés pertinentes pour qu'un item compte comme véhicule. C'est pourquoi il est inévitable que, comme l'écrit Bix, « Hart utilise un mélange d'approche paradigmatique et critériologique de la signification »¹⁴⁹.

Or la raison pour laquelle « chat » est doté de texture ouverte_w ne réside pas dans une telle indétermination *ab initio* de la signification de chat. Nous savons quelles sont les propriétés pertinentes pour qu'un item compte normalement comme chat, selon l'acception courante, non scientifique, de « chat » – il va de soi que pour un zoologiste, il n'y a rien de tel qu'un « chat », qui est un terme ambigu regroupant arbitrairement plusieurs genres de félinés. Les cas limites interviennent dès lors qu'une *nouvelle* propriété se fait jour, dont on ne sait pas si elle est pertinente ou non pour l'application du concept. Mais le fait de ne pas savoir si une propriété nouvelle est pertinente ou non n'empêche pas que l'ensemble des propriétés reconnues comme pertinentes dans les cas normaux de chats soient entièrement spécifiables à l'avance : seulement, cette spécification ne peut garantir que l'énoncé « ceci est un chat » soit jamais conclusivement vérifié. Le problème que pose un chat gigantesque n'est pas, *prima facie*, de savoir si j'ai affaire à une nouvelle espèce de chat (encore que ce soit une des questions qui puissent se poser selon Waismann¹⁵⁰ ; mais elle ne se pose pas pour « or »), mais seulement de savoir si je peux prédiquer « chat » de cette chose – étant entendu par ailleurs que la capacité de croître exponentiellement ou de renaître de ses cendres n'est pas un critère de classification zoologique. Par contraste, le problème que pose un « skateboard » est de savoir s'il s'agit d'une espèce du genre véhicule – et ce problème ne peut se poser que si la signification de « véhicule » est, *dès le départ*, indéterminée¹⁵¹. Pour reprendre et modifier l'expression de Fine évoquée plus haut, la texture ouverte_w correspond à un vague intensionnel *potentiel*, tandis que la texture ouverte_H correspond à un vague intensionnel *réel*.

L'impression de confusion que laisse de prime abord la notion de texture ouverte_H doit être levée. En premier lieu il faut noter que Hart, en dépit d'expressions

148 « Engin à roue(s) ou à moyen de propulsion, servant à transporter des personnes ou des marchandises (ex. autobus, autocar, autochenille, automobile, automotrice ...) tracteur, train, tramway, voiture, wagon » (*Petit Robert 2012*).

149 Bix, 1993, p. 9. Il est impossible d'avoir une approche purement critériologique de termes tels que « véhicule », même si Hart donne une définition de véhicule au moyen de quelques propriétés pertinentes : voir Hart, 1958, p. 611.

150 Waismann, 2004, p. 328 (« Dirai-je qu'une nouvelle espèce de chat est apparue ? Ou dirai-je que c'était un chat aux propriétés extraordinaires ? »).

151 D'ailleurs, la question de savoir si « ce truc » est un chat se pose dès que nous en faisons l'expérience. En revanche, je puis avoir l'expérience perceptuelle d'un skateboard sans me demander si c'est un véhicule, de la même manière qu'en voyant un chat, je me dis rarement « ah, voici un féliné ». La question de savoir si un skateboard est un véhicule ne se pose que lorsqu'il est contextuellement requis que je me la pose : par exemple si une règle me fait obligation, en ma qualité de gardien du parc, d'empêcher les véhicules de pénétrer dans le parc.

malheureuses, ne confond pas la texture ouverte et le vague (même s'il n'emploie pas nécessairement le terme technique « vague » pour désigner cette dernière). Ainsi, dans le premier chapitre du *Concept de droit*, après avoir introduit l'idée selon laquelle la plupart des termes du langage sont dotés de « cas types clairs et de cas limites discutables »¹⁵², il distingue deux types de cas limites. Les premiers sont ceux où la différence avec le cas clair est une « question de degré » et ici, Hart prend l'exemple du chauve. Dans le second type, « la différence par rapport au cas type consiste en réalité en un ensemble de d'éléments normalement concomitants, mais distincts, dont un ou plusieurs peuvent être absents dans les cas qui prêtent à discussion. Un hydravion est-il un "vaisseau" ? »¹⁵³. La première série de cas correspond naturellement à ce qui est appelé « vague » dans la littérature technique¹⁵⁴ ; la seconde série de cas correspond à ce que Hart appelle texture ouverte, même s'il va probablement un peu vite en caractérisant les « éléments » (*i.e.* ce qu'on a appelé « propriétés ») de manière statique, comme s'il était possible d'assigner à *tous* les cas normaux n « éléments » et aux les cas limites $n-1$ « éléments », alors que les propriétés pertinentes varient généralement d'un cas clair à l'autre¹⁵⁵.

Ensuite, il est certain que ce la notion de texture ouverte_H est beaucoup plus large que celle de texture ouverte_w¹⁵⁶. La raison en est simple : si Hart ne retenait que

152 Hart, 2005, p. 22.

153 *Ibid.*

154 Hart emploie d'ailleurs parfois « vague » en son sens technique. Par exemple, au sujet de la notion austinienne d'habitude générale d'obéissance (nécessaire pour l'identification du souverain), Hart remarque qu'il « s'agit d'une notion essentiellement vague ou imprécise. La question de savoir combien de personnes doivent obéir à combien d'ordres généraux pendant combien de temps, pour qu'il y ait du droit, n'admet pas davantage de réponse précise que la question de savoir à partir de quelle quantité de cheveux un homme cesse d'être chauve » (Hart, 2005, p. 43).

155 Curieusement, Hart ne reprend pas la distinction des deux types de cas limites lorsqu'il distingue, au chapitre VII, les règles dotées de texture ouverte_H des standards variables (voir Hart, 2005, p. 150-152). Typiquement un standard du type « les automobilistes doivent rouler à une vitesse raisonnable » est vague, dans la mesure où « raisonnable », comme de nombreux termes évaluatifs, donne lieu à un paradoxe sorite (sur le « vague de l'évaluation », voir Endicott, 2000, p. 126-131 ; Endicott, 2003, p. 111), même s'il est plus complexe que les paradoxes sorites standard. Rouler à 160 km/h dans Paris est déraisonnable ; rouler à 40 km/h est raisonnable. Entre ces deux cas, il est possible de construire un paradoxe sorite. Mais rouler à 5 km/h à Paris est également déraisonnable ! D'où une configuration suivante de la dénotation de « raisonnable » : $\text{antiextension}_{\max} - \text{cas limites} - \text{extension} - \text{cas limites} - \text{antiextension}_{\min}$ (on retrouve le modèle de la médiété aristotélicienne). A ceci s'ajoute que « raisonnable » se prête de manière évidente à une analyse contextuelle : rouler à 50 km/h n'est pas raisonnable sur une autoroute, mais est raisonnable en centre-ville ; rouler à 90 km/h est raisonnable sur une autoroute, mais déraisonnable sur une route de campagne en terre battue.

156 Selon Ross Charnock, la conception hartienne de la texture ouverte est contradictoire avec celle de Waismann : « [Waismann] jette le doute non pas sur les usages périphériques, mais sur notre compréhension du concept central lui-même... [Hart, au contraire] suppose l'existence d'une signification centrale non controversée » (Charnock, 2013, p. 133 ; voir aussi Charnock, 2005, p. 52). Il est vrai que chez Waismann, l'attribution « certaine » du prédicat « ceci est un chat » est toujours provisoire, dans la mesure où ce que l'on croit être un chat pourrait révéler des propriétés inconnues ; tandis que chez Hart, une fois que l'on sait que X est une voiture, on sait que X est un véhicule, et il n'y a pas à aller chercher plus loin. Cependant, cette observation passe à côté du fait que les cas-limites ont chez Hart une fonction différente de celle qu'ils ont chez Waismann : contrairement à ce qu'affirme Charnock, ce dernier n'exclut pas l'existence de cas clairs, mais indique qu'ils ne sont

le concept de texture ouverte_W, son importation en théorie du droit serait d'une utilité douteuse. Comme l'explique Brian Bix : « Ce qui distingue les deux concepts est le type d'imprévisibilité (...) que l'on considère. Les exemples de Waismann étaient bien plus extrêmes : il parlait de chat croissant jusqu'à être gigantesques, d'individus disparaissant soudainement (...). Comparons cela avec les législateurs de Hart, dont il se trouve qu'en promulguant leur règle sur les véhicules dans le parc, ils avaient en tête des voitures, mais, certainement, *auraient pu* imaginer la possibilité de skateboards »¹⁵⁷. La texture ouverte_W fait référence à des cas très rares et franchement extravagants ; s'ils le sont, c'est précisément parce que les exemples mobilisés sont des espèces naturelles, *natural kinds*, celles précisément dont la vérifiabilité semble, de manière trompeuse, la plus évidemment conclusive. Hart élargit donc la notion de texture ouverte, pour désigner tout type de cas-limite rendu inévitable par la *généralité* des termes employés : « L'existence de toute règle nous amène à identifier ou à qualifier des cas particuliers en les considérant comme des cas d'application de termes généraux (...) et d'autres cas pour lesquels il existe des raisons aussi bien d'affirmer que de nier qu'elle s'y applique »¹⁵⁸. Il y a donc texture ouverte_H dès lors que l'application d'un concept quelconque est susceptible d'un *noyau* de cas clairs et d'une *pénombre* de cas-limites, sauf lorsque ce noyau et cette pénombre sont dus au vague *stricto sensu* – qui constitue une catégorie à part de sources de cas-limites, encore que la différence entre les cas-limites dus au vague et ceux dus à la texture ouverte_H ne soit pas pertinente. En empruntant à Russell la métaphore du « noyau » et de la « pénombre »¹⁵⁹, Hart propose un critère très large de « texture ouverte » ; et de même que Russell, en dépit de ses propres mises en gardes¹⁶⁰, peine à distinguer le vague et la généralité (ou l'imprécision)¹⁶¹, Hart reprend la dualité noyau/pénombre pour englober, sous l'appellation de « texture ouverte », une série de phénomènes d'indétermination du langage qui ne sont pas strictement identiques.

En un sens, la texture ouverte_H est une notion intermédiaire entre la notion de vague et celle de texture ouverte_W. « Véhicule » n'est pas vague, dans la mesure où il ne donne pas lieu à un paradoxe sorite¹⁶² ; certes on peut, comme le fait Soames, suggérer

clairs que sur fond d'indétermination, de sorte que tous cas difficile est de nature à jeter un doute sur la nature claire du cas : l'énoncé est vérifié de manière probable jusqu'à ce que survienne un cas limite, qui ne falsifie pas l'énoncé, mais soulève un doute sur sa vérifiabilité. On ne peut reprocher à Hart d'analyser la texture ouverte de manière contradictoire avec la conception de Waismann, mais seulement d'utiliser un autre concept de texture ouverte que lui. Deux énoncés comportant un terme ambigu ne peuvent être tenus pour contradictoires, dès lors que chacun porte sur une signification différente du terme.

157 Bix, 1993, p. 17.

158 Hart, 2005, p. 141. Voir aussi p. 143-145 et Hart, 1958, p. 607.

159 Hart, 2005, p. 142 ; Hart, 1958, p. 607.

160 Russell, 1923, p. 88.

161 Voir Black, 1937, p. 430 ; Williamson, 1994, p. 59-60. Sur la différence entre vague et généralité, voir Sorensen, 2001, p. 406-407.

162 Il faut souligner que l'identification des prédicats vagues à des prédicats sorites n'implique nullement une conception purement quantitative des cas-limites (comme c'est le cas, par exemple, pour « chauve » ou « tas ») ; les cas-limites qualitatifs (qui sont occasionnés par l'emploi de prédicats de couleurs, par exemple) sont également dus à un paradoxe sorite.

que « véhicule » est vague, et que certains concepts vagues ne sont pas susceptibles de paradoxe sorite¹⁶³ ; mais le problème est que Soames n'indique pas ce que « véhicule » partage avec « chauve » – si ce n'est la possibilité de cas limites, et un certain « caractère embrouillé » (*messiness*)¹⁶⁴. En revanche, les cas-limites chez Hart ont une fonction différente de celles qu'ils occupent chez Waismann, dans la mesure où la texture ouverte_w fait qu'un cas n'est central que *jusqu'à* ce qu'il devienne un cas limite – la possibilité d'un cas limite jetant le doute sur le fait que l'on puisse vérifier de manière conclusive *tout* énoncé empirique, et par conséquent qu'un cas clair soit un cas *définitivement* clair. Chez Hart au contraire l'occurrence de cas limites n'empêche nullement qu'il y ait des cas clairs et que leur statut ne soit pas remis en cause. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il n'y a qu'une différence de degré entre les règles dotées de texture ouverte_H et les « standards variables »¹⁶⁵, c'est-à-dire les règles employant des termes évaluatifs vagues tels que « raisonnable » : la différence est qu'il est assez aisé de prévoir à l'avance des cas clairs, paradigmatiques, de « véhicule », tandis que la définition des cas clairs de « raisonnable » – qui existent – est très largement conditionnée à une série d'éléments contextuels ou pragmatiques qui ne peuvent être déterminés à l'avance¹⁶⁶.

2. Ignorance de fait, indétermination des fins

On a traité jusqu'ici de la texture ouverte_H comme d'un phénomène purement linguistique : Hart lui-même écrit que « les *langages naturels* (...) possèdent irréductiblement une texture ouverte »¹⁶⁷. Cependant, il semble que Hart glisse, tout au long de la première section du chapitre VII d'une conception *linguistique* à une conception *normative* de la texture ouverte_H.

Immédiatement après avoir introduit ce concept, Hart indique qu'il révèle deux handicaps de la « condition humaine »¹⁶⁸ : notre ignorance de fait et notre indétermination au niveau des fins. La première est définie ainsi : « si le monde dans lequel nous vivons ne se caractérisait que par un nombre limité d'éléments et que ces éléments, ainsi que tous leurs modes de combinaisons possibles, nous fussent connus, il serait alors possible de résoudre d'avance chaque possibilité »¹⁶⁹. C'est cette ignorance de fait qui explique que le langage ne puisse régler à l'avance chaque situation : « les situations de fait ne se présentent pas à nous de manière soigneusement étiquetées »¹⁷⁰.

163 Soames, 1999, p. 218.

164 Soames, 1999, p. 224.

165 Il y a néanmoins une distinction conceptuelle entre la texture ouverte et le vague évaluatif. « Raisonnable » n'est pas un terme doté de texture ouverte (Hart l'affirme explicitement dans Hart, 2005, p. 152) – pour un contresens à ce sujet, voir Waluchow, 2007, p. 196 et p. 259 ; Endicott, 2011b, p. 25).

166 Hart, 2005, p. 150-152. Voir là-dessus, Lyons, 1999, p. 306.

167 Hart, 2005, p. 147.

168 Hart, 2005, *Ibid.* – Expression à prendre un en sens quasi existentialiste (« condition » traduit l'anglais *predicament*, voir Hart, 1994, p. 128).

169 Hart, 2005, p. 147.

170 Hart, 1958, p. 607.

Hart ajoute cependant : « cette incapacité d'anticiper s'accompagne d'une certaine indétermination au niveau des fins »¹⁷¹. Lorsque nous légiférons relativement aux véhicules dans les parcs, nous le faisons eu égard à une certaine finalité (par exemple la tranquillité publique), en ayant en tête un certain nombre de paradigmes de véhicule. Cependant nous n'avons pas pensé à la petite voiture électrique téléguidée par un enfant. Dès lors, « nous n'avons pas résolu, parce que nous ne l'avons pas prévu, la question que soulèvera le cas imprévu lorsqu'il surviendra : doit-on sacrifier jusqu'à un certain point la paix dans le parc au plaisir ou à l'intérêt qu'éprouvent les enfants à utiliser ces objets ? »¹⁷². Le législateur n'ayant pas envisagé cette hypothèse, il semble que le cas soit difficile précisément en ce qu'il soulève un conflit de finalités. La texture ouverte_H correspondrait alors non plus à une forme d'indétermination linguistique (entraînant une indétermination normative), mais à une indétermination purement normative instanciée par un conflit de finalités.

Or ce n'est pas la thèse de Hart. Hart n'indique nullement qu'un cas difficile (*i.e.* un cas pénombral) intervient *à chaque fois* qu'un conflit intervient entre la finalité poursuivie par la règle et une autre finalité raisonnable. Hart écrit ainsi : « *lorsque* le cas imprévu survient, nous confrontons les finalités en jeu »¹⁷³. En effet c'est le propre d'une règle de fournir un guide à l'action sans que l'on ait besoin « de mettre de nouveau en balance les différentes finalités sociales »¹⁷⁴ qui figurent à l'arrière-plan de l'adoption de la règle. Autrement dit, il ne peut y avoir un cas difficile à chaque fois que survient un conflit de finalités, car alors l'utilité d'avoir une règle devient douteuse. Lorsque l'on a affaire à un cas clair de véhicule, si l'on est déterminé à prendre la règle comme modèle pour son action, alors, en principe, on ne mettra pas dans la balance les finalités d'arrière-plan¹⁷⁵. En revanche, lorsqu'on a affaire à un cas-limite, appartenant à la pénombre du *concept*, il faut prendre une décision : et, ce faisant, le juge est obligé de se mettre à la place du législateur, et de peser, comme ce dernier, les finalités plaidant pour l'inclusion ou non du cas dans le scope de la règle¹⁷⁶. Les deux handicaps sont donc liés : l'indétermination au niveau des fins procède de la texture ouverte du langage.

Hart toutefois semble brusquement changer son fusil d'épaule. Après avoir indiqué que la texture ouverte était un trait inéliminable et inéluctable du langage, il indique l'*intérêt* et la *désirabilité* que des règles dotées de texture ouverte_H (par opposition à des règles supposément dotées de texture fermée ?) représentent pour les systèmes juridiques. Pour Fernando Atria, c'est la preuve que la notion de texture

171 Hart, 2005, p. 147.

172 Hart, 2005, p. 148.

173 Hart, *Ibid.* C'est moi qui souligne.

174 Hart, 2005, p. 149.

175 Hart n'indique nullement qu'on ne met *jamais* en balance ces finalités dans les cas clairs (il peut y avoir des exceptions à la règle), mais une telle mise en balance ne correspond pas à un cas de *texture ouverte_{IF}*. C'est la raison pour laquelle je soutiendrai plus bas que la texture ouverte doit être conceptuellement distinguée de la défaisabilité.

176 Voir Bix, 1996, p. 22-23 ; Bayles, 1992, p. 87-88.

ouverte_H est soit incohérente, soit un réquisit *normatif*.¹⁷⁷ En effet, Hart souligne que les « systèmes juridiques adoptent un compromis entre deux besoins sociaux »¹⁷⁸ : d'un côté le besoin d'avoir des règles s'appliquant de manière à éviter l'éternelle balance des finalités ; de l'autre le besoin de laisser certains cas non-résolus, afin que le droit évolue avec la société. En ce sens, la texture ouverte *permet* au législateur de réguler une classe assez large de cas, tout en laissant au juge un pouvoir discrétionnaire limité pour un certain nombre de cas difficiles. Or, en affirmant cela, Hart semble souscrire à l'idée que des règles d'application mécanique uniforme sont possibles, mais non souhaitables : il serait ainsi possible de « figer (*freeze*) la signification de la règle de telle façon que les termes généraux possèdent nécessairement la même signification dans toutes les situations où il est question de l'appliquer (...) Nous serons forcés en recourant à cette technique d'inclure dans le champ d'application d'une règle des situations que nous souhaiterions exclure pour pouvoir répondre à des finalités sociales raisonnables »¹⁷⁹. Or ces propos semblent en contradiction totale avec l'idée selon laquelle la texture ouverte est un trait *inéliminable* du langage¹⁸⁰, puisqu'ils impliquent que la texture ouverte est une affaire de choix. Comme l'écrit Atria :

Si nous pouvons éliminer l'incertitude dans les cas limites, alors il est simplement incorrect de dire que la raison pour laquelle le droit est incertain est parce que l'incertitude dans les cas limites ne peut être éliminée. La raison pour laquelle le droit est incertain dans les cas difficile n'est pas le trait inévitable des termes généraux classificateurs des langages naturels, mais le fait, bien différent, qu'il est déraisonnable d'essayer de résoudre à l'avance, mais aussi dans l'obscurité, des problèmes que nous ne pouvons encore identifier¹⁸¹.

Il en résulte, selon Atria, que la texture ouverte est la conséquence d'une décision normative¹⁸² consistant à laisser délibérément un certain nombre de questions non résolues. Le formaliste n'est donc pas tant idéaliste (quant aux pouvoirs du langage) que déraisonnable (quant au caractère approprié de la régulation juridique *ex ante*).

Selon Atria, le caractère « déraisonnable » du formaliste implique que toute règle, pourvu que le législateur décide de lui « conférer une texture ouverte », est ouverte à révision en cas de conflit de finalités, y compris lorsque le cas tombe dans l'extension des termes conceptuels employés dans sa formulation. En effet, « un cas sera difficile non en raison d'une classification des cas particuliers du monde, mais parce que *ce* cas a été laissé ouvert pour une résolution ultérieure »¹⁸³. Certains cas sont laissés non-régulés par le législateur dès lors qu'ils entrent en conflit avec (ou ne

177 Atria, 1999, p. 539 *sq.* Voir aussi Atria, 2006 p. 73-74.

178 Hart, 2005, p. 149.

179 Hart, 2005, p. 148-149.

180 De même, dans « Positivism and the Separation of Law and Morals », Hart écrit « la décision intelligente à prendre dans les cas pénombraux est faite non pas mécaniquement, mais eu égard à des buts, finalités, etc. » (Hart, 1958, p. 614). Or le propre des cas pénombraux, pour la thèse de l'irréductibilité de la texture ouverte, est de n'être pas susceptible d'application mécanique de la règle.

181 Atria, 1999, p. 540. Voir aussi Atria, 2001, p. 90-91.

182 Atria, 1999, p. 541.

183 Atria, 2001, p. 92.

servent pas à remplir) la finalité que le législateur assigne à la règle : pour déterminer si un cas est clair ou difficile, il faudra se fonder sur des considérations évaluatives ou téléologiques.

Or, d'un point de vue hartien, c'est inacceptable, dans la mesure où cela revient à concéder à Lon L. Fuller qu'il n'est possible d'appliquer une règle que si on a, auparavant, compris le but dans lequel elle a été adoptée¹⁸⁴. Dans sa controverse avec Hart¹⁸⁵, Fuller avait en effet soulevé l'exemple d'un monument dressé au milieu du parc sur lequel figurerait un camion militaire en parfait état de marche ; pour Fuller, bien que le camion militaire soit un cas standard de « véhicule », la finalité de la règle sur les véhicules dans le parc excluait qu'un cas aussi absurde puisse être réputé entrer dans son champ d'application, et par la même, dans la signification même du terme « véhicule ». Il est par conséquent impossible de déterminer si un cas tombe ou non sous la règle sans avoir au préalable établi la finalité, le but (*purpose*) de cette dernière.

La lecture de Hart par Atria est cependant erronée. En premier lieu, Atria a certes raison de soutenir que Hart affirme que le législateur peut, s'il le souhaite, laisser certains cas non-régulés, c'est-à-dire que la texture ouverte peut dépendre du souhait du législateur ; mais celui-ci ne peut laisser ces cas non-régulés *qu'au moyen* du langage, *i.e.* d'un langage doté de texture ouverte. Autrement dit, le législateur peut décider d'utiliser un langage doté de texture ouverte (par opposition à un hypothétique langage doté de « texture fermée », sur lequel on reviendra plus loin) dans le but que des cas difficiles interviennent, et que par conséquent le juge puisse opérer une forme de législation interstitielle. Mais nulle part Hart n'indique – ce point est de la plus haute importance – que les cas que le législateur laisse non-régulés ne correspondent pas à un problème « classification des cas particuliers du monde » (pour reprendre l'expression d'Atria). Une question ne peut être laissée ouverte ou non-résolue pour Hart qu'au moyen du *langage* et les cas difficiles le sont pour des raisons *linguistiques*. Autrement dit, si Atria a raison de soulever une tension (résorbable, comme on le verra plus loin) entre inévitabilité et désirabilité de la texture ouverte, il ne peut en tirer la conséquence qu'en cas de « texture ouverte désirée ou désirable », les cas non-résolus sont identifiés sur la base de considérations normatives (tirées du but, etc.) et non de considérations purement linguistiques d'indétermination sémantique.

De surcroît, Hart n'entend nullement proposer une théorie de l'interprétation juridique selon laquelle le « sens littéral » primerait sur le « but », c'est pourquoi la critique de Fuller manque son but – et par conséquent, Hart ne peut être dit concéder quoi que ce soit à Fuller, puisqu'il parle d'autre chose. De fait, Hart se garde bien de proposer une théorie développée de la signification. Les concepts dotés de texture

184 Comme on l'a noté dans le chapitre précédent, la thèse que soutient Atria est que la considération du but est nécessaire pour appliquer la règle, et non pour *identifier* ce que requiert la règle. Selon Atria, Fuller se rend coupable d'une confusion entre ces deux thèses. En tout état cause, l'une comme l'autre sont inacceptables aux yeux de Hart.

185 Fuller, 1958, p. 661-669 ; Fuller, 1969, p. 81-91. Le problème des véhicules dans le parc est un point tout à fait incident de la controverse Hart-Fuller, dont les enjeux principaux sont trop éloignés des buts de la présente analyse pour qu'on les développe ici.

ouverte sont des *clusters concepts*, c'est-à-dire des concepts définis par une série de propriétés dont aucune n'est nécessaire et suffisante pour que l'application du concept soit recevable. Aussi bien la détermination des cas clairs n'est pas une simple affaire de compréhension du sens littéral des termes, mais dépend nécessairement de l'existence d'un certain contexte au sein duquel l'énonciation de la règle prend place¹⁸⁶. Comme le note Brian Bix, la notion de « signification » retenue par Hart est à mi-chemin entre la signification des termes (leur sens littéral) et la signification que le locuteur entend leur conférer (ces deux significations correspondant à la distinction gricéenne entre *literal meaning* et *utterer's meaning*)¹⁸⁷. Par conséquent, il va de soi que la détermination des cas clairs n'est pas une pure affaire lexicographique. Comme l'écrit Bix, lorsque le cas est clair, « le but poursuivi par les auteurs de la règle est, pour Hart, incorporé dans le langage¹⁸⁸ ». La règle prend place dans un certain contexte d'énonciation, où, si les cas sont réputés *clairs*, c'est précisément parce qu'il ne fait *aucun doute* qu'ils sont régulés par la règle, et non pas parce qu'ils correspondent à la définition que l'on a été chercher dans le dictionnaire : si on ouvre le besoin d'aller ouvrir le dictionnaire, c'est que le cas n'était pas clair au départ. C'est la raison pour laquelle l'exemple de Fuller (le camion militaire dans le parc) est non pas un cas clair, mais un cas-limite¹⁸⁹ : on ne sait pas si le camion figurant sur le monument est un véhicule *aux termes de la règle*. On ne sait pas si la propriété de se *mouvoir effectivement* fait partie de la signification de l'expression « véhicule pénétrant dans le parc » telle que la règle l'emploie. En effet, le cas paradigmatique tombant sous la règle, n'est pas un objet (*e.g.* une voiture), mais un état de chose : une voiture franchissant les grilles du parc et s'engageant à l'intérieur de ce dernier¹⁹⁰. Si le camion militaire est hélitreuillé pour être déposé sur son piédestal, il n'est pas certain que l'on ait là un cas de « véhicule pénétrant dans le parc » – ça le sera sous certaines descriptions et pas dans d'autres. – Il va de soi que pour *résoudre* ce cas, on peut faire usage de la finalité de la règle ; cela ne veut pas dire que pour *identifier* le cas *comme difficile*, il fallait faire preuve *ab initio* de considération évaluatives ou axiologiques.

186 Voir Iglesias Vila, 2001, p. 46.

187 Bix, 1996, p. 22. Sur la distinction de Grice (sur laquelle on reviendra dans la suite de ce travail), voir Grice, 1989, p. 86 *sq.*

188 Bix, 1996, *ibid.*

189 Pour Schauer, le problème posé par l'exemple de Fuller est une affaire d'exceptions – faut-il faire une exception pour le camion militaire ? (Schauer, 2008, p. 1128). Cette lecture me semble erronée et confondre le problème des cas de texture ouverte et celui des exceptions en raison d'un attachement incorrect à l'idée selon laquelle, pour Hart, la signification d'un énoncé est entièrement déterminé par le sens littéral des termes qui y figurent. Des éléments contextuels figurent nécessairement dans la signification *juridique* de « véhicule », comme impliquant un certain nombre de propriétés : en l'espèce, on ne sait pas si un véhicule en parfait état de marche, hélitreuillé jusqu'à son piédestal, constitue un « véhicule pénétrant dans le parc » aux termes de la règle (*for the purpose of the rule*). Dès lors que l'on ne *sait pas*, on obtient un cas difficile de texture ouverte. En revanche, l'exception suppose, comme on va le voir, que le cas soit un exemple paradigmatique de cas régulé par la règle (par exemple une ambulance pénétrant dans le parc), mais qu'une raison supplémentaire vient bloquer l'applicabilité de la règle.

190 Voir Soames, 2009, p. 417.

Dans cette perspective, comment expliquer que Hart parle de la désirabilité de la texture ouverte et de la possibilité de « figer » ou de « geler » (*freeze*) le sens de l'énoncé de la règle ? La raison en est que la texture ouverte, comme le vague¹⁹¹, est une affaire de degré. Lorsque Hart parle de « figer » le sens de la règle (ou plutôt, de l'énoncé de la règle), il indique que cela assure « un *certain degré* de certitude »¹⁹². En quoi consiste ce « gel » ? Il consiste à effectuer, par avance, une stipulation en spécifiant un certain nombre de conditions *suffisantes*¹⁹³ d'application. Par exemple : « les véhicules sont interdits dans le parc : tout engin doté de roues est un véhicule aux termes de cette loi ». Un tel énoncé inclut dans le scope de la règle des cas que le seul énoncé « les véhicules sont interdits dans le parc » laisserait incertains (des bicyclettes ; des skateboards, etc.) ; le cas-limite de Fuller devient ici un cas central : le camion militaire ne peut être admis dans le parc, même si c'est pour figurer sur un monument, puisqu'il est bien doté de roues. Mais la texture ouverte en elle-même n'est pas *éliminée* – il *peut* toujours survenir des cas limites. Le fait est cependant qu'une telle règle est *absurde* si on la compare à la règle plus souple interdisant aux véhicules (sans plus de précisions), et elle n'est assurément pas *désirable*. Par conséquent, le fait qu'une règle puisse donner lieu à des cas limites est à la fois inévitable, mais aussi jusqu'à un certain point désirable. Et, en fonction de l'effet recherché (« gel » de la règle plus ou moins rigoureux ou désir de laisser certains aspects non régulés), le langage permet d'augmenter ou de diminuer la classe des cas-limites appartenant à la pénombre de la règle. C'est la raison pour laquelle, comme on l'a souligné plus haut, il n'y a qu'une différence de degré entre les règles dotées de texture ouverte et les « standards » essentiellement vagues (« les véhicules doivent rouler à une vitesse raisonnable ») : la différence est que les cas difficiles sont beaucoup plus nombreux dans le second type de normes que dans le premier. Le législateur peut laisser au juge une *plus ou moins* grande marge de discrétion, selon les besoins : typiquement, le principe de légalité en droit pénal exige que les règles déterminent le plus grand nombre de cas possibles. C'est cela que Hart a en tête lorsqu'il évoque le caractère désirable de la non-résolution de tous les cas. Mais cela ne veut nullement dire que Hart renonce à l'idée selon laquelle la texture ouverte est un trait inévitable du langage – et par conséquent du langage du droit.

Selon Wil Waluchow, Hart a néanmoins considérablement évolué entre le *Concept de droit* et ses écrits ultérieurs. Selon lui, « le changement le plus important est le remplacement de la notion de texture ouverte par celle "d'indétermination relative" »¹⁹⁴. Factuellement, c'est faux : si Hart, en effet, n'emploie pas la notion dans

191 « Riche » est vague ; « extrêmement riche » est également vague, mais moins que « riche », car il y aura moins de cas-limites : si je gagne 10 000 euros par mois, je suis un cas-limite de « riche », mais j'appartiens clairement à l'anti-extension d'« extrêmement riche ».

192 Hart, 2005, p. 148.

193 Hart note qu'il s'agit de conditions nécessaires et suffisantes (Hart, *Ibid*). C'est une erreur : les conditions n'ont pas besoin d'être nécessaires (puisque, si tel est le cas, l'exemple ci-dessus exclut les voitures opérant sur coussin d'air). Hart, en évoquant de nouveau ce « gel » dans son article sur Jhering de 1970 indique bien qu'il s'agit de conditions suffisantes (Hart, 1983, p. 270).

194 Waluchow, 1985, p. 68.

l'article « Problems of the Philosophy of Law » (1967)¹⁹⁵, que Waluchow cite de manière privilégiée, le terme « texture ouverte » figure bien dans son article de 1970 sur Jhering¹⁹⁶. Cependant, pour Waluchow, Hart, dans ses écrits tardifs, en particulier « Problems... », est amené à faire une concession de taille à Fuller, en reconnaissant que le but peut être utilisé pour déterminer « si un cas tombe clairement dans le scope de la règle »¹⁹⁷. Ce point semble être reconnu par Hart lui-même lorsqu'il écrit, dans l'introduction aux *Essays in Jurisprudence and Philosophy*¹⁹⁸ (où « Problems... » est repris) : « le but évident ou sur lequel il y a accord général peut être utilisée pour rendre déterminée une règle dont l'application est laissée ouverte par les conventions du langage (...). Comme le professeur Fuller l'a soutenu, le fait de n'avoir pas pris cela en compte aboutit à une théorie défectueuse de l'interprétation, que je tente de corriger dans [« Problems of the Philosophy of Law »...] »¹⁹⁹. Et dans « Problems... », Hart indique bien que les cas clairs ne sont pas dus seulement au fait que l'accord général sur les cas clairs est dû aux conventions linguistiques, ce qui serait une « simplification »²⁰⁰, pour deux raisons : la première est qu'un certain nombre de termes du langage courant reçoivent une définition strictement juridique distincte de leur sens ordinaire (« meurtre », « contrat », etc.) et que certains termes de jargon (« subrogation », « forclusion », « *affectio societatis* », etc.) n'ont pas ou plus de signification en dehors du droit. La seconde raison est qu'il convient de prendre en considération « la manière par laquelle la signification des mots peut être clairement contrôlée par référence au but (*purpose*) de la loi qui, lui-même, peut être soit explicitement énoncé, soit faire l'objet d'un accord général »²⁰¹.

Pour Waluchow, cette citation, que l'on va appeler CITATION A, est la preuve que Hart se range à l'idée selon laquelle il y a indétermination du droit lorsque « appliquer une règle à tous les cas relevant du sens ordinaire des termes (*plain meaning cases*) mène à un résultat absurde. Cette possibilité semble créer des problèmes pour la vue originelle de Hart qui lie le scope des règles aux cas dépendant du sens ordinaire »²⁰². Par conséquent, pour Waluchow, « tous les cas où le droit détermine un résultat incontestable ne sont pas des cas relevant du sens ordinaire »²⁰³.

Waluchow prend à l'appui de son propos le passage suivant de « Problems... », sur lequel on reviendra plus loin : « dans certains cas, une seule de ces considérations [tirées de buts, principes, finalités, etc.] est pertinente, et elle peut déterminer la décision de manière aussi peu ambiguë qu'une règle juridique déterminée »²⁰⁴ – citation

195 Repris dans Hart, 1983, pp. 88-119. Ci-après « Problems... ».

196 « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence » in Hart, 1983, p. 266-277 (voir p. 275 pour l'occurrence de « texture ouverte »).

197 Waluchow, 1985, p. 68.

198 Ci-après *Essays*.

199 Hart, 1983, p. 8.

200 Hart, 1983, p. 106.

201 Hart, *ibid.*

202 Waluchow, 1985, p. 69.

203 Waluchow, 1994, p. 271.

204 Hart, 1983, p. 107.

que l'on va appeler CITATION B. Selon Waluchow, une considération tirée des fins peut donc déterminer une décision, même si le cas est par ailleurs sémantiquement régulé par une règle quelconque.

Hélas, cette lecture est également erronée. Hart, dans l'introduction aux *Essays*, reconnaît que « Problems... » constitue un progrès et une évolution de ses vues, non pas par rapport aux thèses développées dans le *Concept de droit*, mais par rapport à l'esquisse bien incomplète qui a en avait été proposée dans « Positivism and the Separation of Law and Morals », lui aussi repris dans les *Essays*. C'est ce dernier article qui avait entraîné la réponse de Fuller. Or, comme on va tenter de le montrer, la doctrine de la texture ouverte demeure globalement inchangée après le *Concept de droit*, sauf sur des points mineurs.

Waluchow, en effet, part du postulat incorrect selon lequel Hart, dans cet ouvrage, identifie « cas clairs d'application de la règle » et « cas régulés par le sens ordinaire de la règle ». Les concepts que Hart envisage sont des *clusters concepts*, dont l'extension est nécessairement vouée à varier selon le contexte : et c'est précisément pour cette raison que ces concepts peuvent entraîner des cas difficiles. Par conséquent, il est évident que les cas clairs ne sont pas seulement ceux qui sont « régulés par le sens ordinaire²⁰⁵ de la règle » (qui, de toute façon, est mouvant), à savoir les cas analogues aux cas paradigmatiques que tout le monde s'accorde à reconnaître comme appartenant au noyau d'application du concept ; les cas clairs sont aussi déterminés par des considérations contextuelles permettant d'établir le type d'analogie avec les cas paradigmatiques qui est acceptable pour les locuteurs du groupe linguistique (ou du sous-groupe des juristes)²⁰⁶. Cela veut dire que les considérations de but permettent d'étendre la classe des cas faciles au-delà de la classe *de toute façon instable* des cas tombant sous le sens sémantique des termes de l'énoncé de la règle.

Dans « Problems... » Hart distingue explicitement *deux situations* différentes, distinction que Waluchow échoue à prendre en considération. La première situation est celle dans laquelle la considération du but *explicite* ou *évident* fait que le cas est *clair* indépendamment de toute considération strictement sémantique. Ce cas de figure est certes plus clairement mis en valeur dans « Problems... » que dans le *Concept de droit*, mais il découle du fait que l'intension, et par conséquent l'extension, des *clusters concepts* est en partie déterminée par le contexte. C'est ce type de situation que décrit la CITATION A ci-dessus, où la considération du but évident de la règle permet de déterminer de manière conclusive la solution – Hart y indique bien que la considération tirée du but permet de déterminer la « *signification* des mots ». La considération tirée du but fait partie de la détermination plus large du contexte d'énonciation, dont

205 Comme on le verra dans le prochain chapitre, « sens ordinaire » est un terme ambigu, que l'on prend ici pour synonyme de « sens littéral », même si, dans les écrits du textualisme contemporain, on entend par sens ordinaire le sens littéral *plus* le contexte (voir par exemple Scalia, 1997, p. 24). En ce sens, Hart est un « textualiste », mais uniquement en ce qui concerne les cas clairs.

206 Cette interprétation a également été défendue par Giovanni Battista Ratti (Ratti, 2008, p. 265), même si celui-ci exagère quelque peu les conséquences du caractère conventionnel de la signification de l'énoncé de la règle.

on ne peut faire l'économie pour *comprendre* un énoncé²⁰⁷. Un exemple évident ici serait un cas d'ambiguïté lexicale ou d'homophonie : on peut, à partir de l'examen sommaire du contexte, déterminer si la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques a pour objet les individus chargés de défendre et conseiller les justiciables dans les affaires et litiges les concernant ou le fruit de l'avocatier. De même, la règle « les chiens ne sont pas admis dans le restaurant²⁰⁸ » ne s'applique évidemment pas au chien en peluche que ma fille tient à emmener partout avec elle : il n'y a là pas de cas pénombral de texture ouverte_H, et pas d'avantage d'exception en faveur du chien en peluche²⁰⁹.

La seconde situation est différente, dans la mesure où elle correspond aux « décisions qui doivent être rendues dans les cas qui ne peuvent faire l'objet d'une déduction à partir d'une règle déterminée »²¹⁰ – c'est-à-dire des cas difficiles proprement dits, *où il n'est pas possible de déterminer ce que la règle requiert*. Et c'est précisément sur ces cas que porte la CITATION B ci-dessus. Dans certains de ces cas, il est exact que la considération d'une finalité raisonnable fournit la seule bonne réponse au litige. C'est ce que du reste Hart reconnaît pleinement dans le *Concept de droit* : « la texture ouverte réserve un vaste champ à l'activité créatrices des [juges] : leur choix est très souvent guidé par le présupposé selon lequel le but assigné aux règles est raisonnable »²¹¹. Or, immédiatement après la CITATION B, Hart ajoute : « mais très souvent il n'en va pas ainsi et les juges invoquent à l'appui de leur décision une pluralité de considérations (...) [qui], bien souvent, entrent en conflit »²¹². Dans les cas difficiles, le juge ne trouve pas la solution en tirant à pile ou face ; cette décision peut être guidée par des considérations de

207 Cela ne veut pas dire que Hart soit un contextualiste, si par ce terme on désigne une théorie selon laquelle « une phrase n'exprime un contenu déterminé que dans le contexte d'un acte de langage » (Recanati, 2004, p. 3), théorie que Recanati oppose au « littéralisme » pour lequel le sens littéral existe et est compréhensible en deçà des considérations pragmatiques qui viennent en enrichir le sens (voir aussi Recanati, p. 11-12). La thèse de Hart est clairement littéraliste, dans la mesure où Hart soutient que *dans certains cas* la compréhension d'un énoncé est impossible indépendamment de toute considération pragmatique (tirée, par exemple, du but évident que le locuteur essaie de réaliser au moyen de l'assertion). On reviendra sur la théorie de Recanati dans le prochain chapitre.

208 L'exemple est de Schauer (1991b, p. 29 sq.)

209 On objectera que le chien en peluche n'est pas un *chien*. C'est exact, mais cela passe sous silence les traits pragmatiques de l'assertion « c'est un chien », qui dépendent du contexte d'énonciation. Supposons que ma fille vous montre sa peluche et que vous lui disiez : « il est bien beau, ton chat » (vous avez la vue basse) ; ma fille vous répondra : « mais non, c'est un chien ! ». Il serait incongru d'objecter à ma fille qu'il ne s'agit pas d'un chien, mais d'un jouet. Ma fille a en effet effectué une implicature conversationnelle ; ce qu'elle *veut dire* est : « cet objet ressemble à un chien et non à un chat (ou davantage à un chien qu'à un chat) ». Dans le cas de la règle : « les chiens sont interdits », le contexte d'énonciation rend incongru d'appliquer la règle aux chiens en peluche ; c'est la raison pour laquelle le cas est clair. – En revanche, si le chien en peluche de ma fille se met tout à coup à aboyer, lever la patte pour uriner, dévorer un os qui traîne (cas de texture ouverte_w), le cas devient difficile.

210 Hart, 1983, p. 106.

211 Hart, 2005, p. 222. Hart écrit également : « [dans les cas difficiles] les critères de pertinence et de ressemblance dépendent de nombreux facteurs complexes inhérents au système juridique tout entier et des buts ou de la finalité que l'on peut attribuer à la règle » (Hart, 2005, p. 122).

212 Hart, 1983, 107.

finalités, qui, souvent, restreignent le scope des options possibles, mais ne permettent que rarement d'en isoler une seule de manière non-controversée²¹³.

Ainsi, alors que la CITATION A traduit certes une clarification des thèses du *Concept de droit* en rejetant une approche trop exclusivement sémantique des cas clairs, la CITATION B, au contraire, reste dans la droite ligne de la théorie initiale de Hart : contrairement à la CITATION A, elle concerne exclusivement des *cas-limites*, qui peuvent certes parfois être réglés de manière conclusive par des considérations tirées de principes ou de finalités raisonnables, mais qui souvent restent non régulés sur le fondement de ces dernières. Il est donc impossible de tirer de CITATION B (que Waluchow sépare d'ailleurs artificiellement de la phrase qui la suit immédiatement) l'idée selon laquelle les considérations de finalité *seules* permettent de rendre un cas clair. C'est toujours la règle, y compris dans la mesure où sa finalité explicite permet parfois d'en préciser la *signification*, qui détermine les cas clairs (c'est ce que dit la CITATION A).

La distinction de ces deux situations permet d'expliquer pourquoi Hart concède (si tant est qu'il y ait là une concession véritable) à Fuller que dans certains cas, potentiellement nombreux, des considérations évaluatives soient indispensables à la compréhension de l'énoncé de la règle, et par conséquent, que l'existence de *cas clairs* dépend de considérations évaluatives et plus généralement pragmatiques – *et en même temps* pourquoi il maintient dans le même temps que les cas-limites (qui sont limites à la fois d'un point de vue sémantique et d'un point de vue pragmatique) sont insolubles précisément parce qu'ils donnent lieu à une compréhension sémantique incertaine et, par suite, à des considérations évaluatives conflictuelles. Un cas incertain sémantiquement peut demeurer un cas clair s'il est pragmatiquement clair, mais dès lors qu'il est pragmatiquement non-résolu, c'est-à-dire que des considérations pragmatiques et évaluatives conflictuelles sont possibles, alors le cas est difficile.

213 Le fait qu'une seule considération de but soit raisonnable dans un cas difficile ne fait pas du cas un cas facile. Dans une affaire où se posait la question de savoir si une locomotive est un véhicule, le président de la Cour suprême israélienne, Aharon Barak, célèbre pour ses interprétations « purposives », reconnaît que la locomotive appartient bien à la pénombre de « véhicule » tel que le terme est défini dans la loi d'indemnisation des victimes d'accident de la route (et il se réfère explicitement à la notion hartienne de pénombre) ; cependant, il indique qu'aucune considération évaluative légitime n'autorise à exclure la locomotive du scope des véhicules (affaire citée par Azar, 2007, p. 130). Il est à noter que la loi française équivalente *exclut* du scope de la règle les « chemins de fer et les tramways circulant sur des voies qui leur sont propres » (loi du 5 juillet 1985, art. 1) ; de son côté l'article 110-1, al. 1, du Code de la route définit « véhicule à moteur » comme « tout véhicule terrestre pourvu d'un moteur de propulsion, y compris les trolleybus, et circulant sur route par des moyens propres, à l'exception des véhicules qui se déplacent sur les rails ». De fait, la Cour de cassation a considéré qu'un accident dans lequel est impliqué un trolleybus est bien régulé par la loi du 5 juillet 1985 (Cass. 2^e civ. 12 mai 1993), mais qu'un train ne relève pas de cette loi, y compris dans un accident survenu à un passage à niveau (Cass. 2^e civ., 19 mars 1997). En revanche, la Cour a estimé qu'un tramway traversant une intersection ouverte à d'autres usagers relève bien de la loi du 5 juillet, car il ne circule pas sur une voie propre (Cass. 2^e Civ., 16 juin 2011).

SECTION 2. EXCEPTIONS ET CAS-LIMITES

I. CAS-LIMITES : UN BILAN

A. Cas-limites et variations contextuelles

On a jusqu'ici envisagé trois sources possibles de cas-limites : le vague des énoncés, la texture ouverte_w des concepts (que l'on va laisser de côté ci-après étant donné le rôle limité qu'elle joue en droit), et la texture ouverte_H. Ces sources peuvent se combiner. Ainsi d'une règle qui interdit aux conducteurs chauves d'entrer avec leur véhicule dans le parc. Un individu appartenant à la classe des cas-limites de « chauve » et entrant avec sa grosse cylindrée ; un individu clairement chevelu entrant avec un skateboard ; et un individu étant un cas limite de chauve et entrant avec un skateboard seront des cas difficiles à des titres divers.

Il convient d'insister sur le fait que la détermination du caractère limite d'un cas n'est ni univoque ni automatique. Ainsi la détermination de ce qu'est un cas limite de « chauve » dépend au moins partiellement du contexte : le jeune Valéry Giscard d'Estaing est un cas-limite de chauve, même si, mis à côté de Jean-Louis Borloo, on s'accordera à dire qu'il est plutôt chauve. Une théorie contextualiste n'est pas nécessaire pour fournir une explication à cet accord. Comme l'affirme Stewart Shapiro, cette dépendance au contexte (« Valéry Giscard d'Estaing est chauve comparé à Jean-Louis Borloo » ; ou encore : « 40 km/h est une vitesse déraisonnable sur une autoroute ») est reconnue par tout théoricien du vague, mais ne saurait être prise pour indicative d'une théorie contextualiste du vague proprement dit, dans la mesure où le prédicat « chauve comparé à Jean-Louis Borloo » est lui-même susceptible de donner lieu à un paradoxe sorite²¹⁴ – or c'est précisément le paradoxe sorite que la théorie contextualiste essaie de résoudre. Par conséquent, cette dépendance minimale des prédicats vagues (ou de certains d'entre eux)²¹⁵ au contexte n'implique nullement de recourir à une théorie du vague (contextualiste) plutôt qu'une autre – le présent travail demeurant agnostique quant au choix d'une théorie. Selon une théorie contextualiste du vague, un concept est vague si, pour les cas n'appartenant clairement ni à son extension ni à son anti-extension, le choix de l'application du prédicat est laissé à la discrétion du locuteur mais contraint par le contexte d'énonciation. Mais cela n'a rien à voir avec la dépendance au contexte que l'on vient d'évoquer, qui implique qu'un même cas sera tantôt un cas limite (pour lequel une explication épistémique basée sur la marge d'erreur est tout aussi possible qu'une explication contextualiste), tantôt un cas clair – et dans ce cas, il n'y a pas de discrétion possible pour le contextualiste. Valéry Giscard d'Estaing n'est certes pas clairement chauve, mais il est clairement chauve par rapport à Jean-

214 Shapiro, 2013, p. 308.

215 « Tas » n'est pas particulièrement concerné par cette dépendance au contexte ; mais il est vrai qu'on dit assez rarement : « ceci est un cas limite de tas ».

Louis Borloo – l’assertion contraire ne serait pas admissible. Le « contexte » mobilisé par la théorie contextualiste est par conséquent différent (ou plus large) que la simple occurrence d’un cas au sein d’une classe de comparaison : même pour « chauve comparé à Jean-Louis Borloo » on peut trouver des cas-limites.

Il en va de même pour la texture ouverte_H. Il serait abusif de prêter à Hart la thèse selon laquelle la détermination des cas clairs et des cas-limites est automatique ou univoque. Il se peut que, dans certains contextes, une voiture téléguidée compte comme un cas clair de « véhicule » : supposons que ma fille reçoive comme cadeau un jouet assez volumineux, une maquette de ville comportant un parc ; si, en sa qualité de maire autoproclamée de la ville, elle interdit aux véhicules de pénétrer dans le parc, elle interdira vraisemblablement de faire entrer la voiture téléguidée dans le parc en application de la règle. Non seulement la question de savoir si un cas est clair ou limite dépend du contexte, mais elle est compliquée par le fait qu’en raison des aspects rhétoriques de l’argumentation juridique, il y demeure une part inéliminable de mauvaise foi acceptable, et cette part est beaucoup plus grande que dans des contextes d’énonciation plus ordinaires. Dans certains cas, il sera possible de transformer un cas clair en un cas difficile et vice-versa : l’existence d’un cas clair dépend d’un certain accord, ou d’une certaine convergence de vues au sein d’un groupe considéré²¹⁶. On peut prendre un exemple tiré du droit anglais : le *Road Traffic Act* britannique, promulgué en 1930, rend obligatoire pour tout véhicule l’emploi de roues munies de pneus. M. Burr, un fermier souhaitant transporter son poulailler, avait doté celui-ci de roues en métal et l’avait remorqué à son tracteur. Il fut acquitté en première instance au motif que le poulailler en question n’est pas un véhicule. Dans *Garner v. Burr*²¹⁷ la cour d’appel (en l’occurrence la King’s Bench Division de la High Court of England and Wales), par la voix de Lord Chief Justice Goddard, a annulé le jugement de première instance, en arguant du but évident de la loi, qui est de prévenir l’endommagement des routes²¹⁸. Selon Robyn Carston, c’était la seule décision raisonnable possible : « c’est un cas où les suppositions contextuelles pertinentes sont disponibles pour tous les citoyens ordinaires mentalement capables, et seraient immédiatement activées par le texte lui-même »²¹⁹. En ce sens le cas est *relativement* facile, dans la mesure où, en raison du contexte d’énonciation, il est relativement aisé de s’apercevoir que ce genre de cas est bien régulé par la règle. Cependant, le simple fait qu’il faille *justifier* cette solution montre que ce cas n’est pas un cas *paradigmatiquement* central de « véhicule », ni même de « véhicule aux termes (*for the purposes of*) du *Road Traffic Act* » : on pourrait argu-

216 Voir là-dessus Bix, 1992, p. 64 ; Alexy, 1898, p. 8.

217 [1951] 1 KB 51. Cet exemple est discuté par Charnock, 2005, p. 51 ; Charnock, 2013, p. 131 ; Carston, 2013, p. 30 ; Marmor, 2013a, p. 10 ; Marmor, 2013b, p. 10-11.

218 Notons que d’autres voies argumentatives étaient possibles à Lord Chief Justice Goddard. En effet, celui-ci envisage des arguments sémantiques relatifs à la classification du poulailler sous la catégorie véhicule – par exemple il concède qu’un véhicule est principalement destiné à transporter quelque chose (or le poulailler était vide) : voir [1951] 1 KB 53. Mais il aurait pu arguer de ce que le statut (provisoire) de remorque du poulailler en faisait *ipso facto* une excroissance du véhicule lui-même (le tracteur) – une sorte de « véhicule par destination ». Il aurait donc pu se fonder sur des considérations exclusivement sémantiques pour régler le cas.

219 Carston, 2013, p. 30. Marmor est de la même opinion, voir Marmor, 2013a, p. 10.

menter pour en faire un cas difficile, et, selon le contexte, cette argumentation pourrait être tenue pour valable. Cependant, cette observation ne doit nullement mettre en doute l'idée selon laquelle il y a des cas clairs et des cas-limites, même si la ligne qui les sépare est fluctuante selon le contexte.

Il y a donc, dans le langage ordinaire, comme en droit, des cas clairs paradigmatiques et des cas-limites paradigmatiques et des cas non-paradigmatiquement clairs ou limites qui pourraient être l'un ou l'autre selon le contexte (et ceci davantage en matière de vague juridique comme on le verra plus bas). Parce que les énoncés normatifs, comme tout énoncé de tout langage, sont proferés dans un certain contexte et sont susceptibles d'enrichissement pragmatique, alors plus l'énoncé sera enrichi, plus il sera aisé d'arguer que l'on est en présence d'un cas difficile, et ceci davantage au fur et à mesure qu'on s'éloignera du contexte d'énonciation²²⁰. Un médecin qui dit à son patient, victime d'une importante blessure : « ne vous en faites pas, vous n'allez pas mourir »²²¹ veut évidemment affirmer au patient qu'il ne va pas mourir *maintenant* et qu'il ne va pas mourir de *cette blessure* et non qu'il est immortel²²². Ici, l'enrichissement pragmatique est assez limité, dans la mesure où une certaine variation contextuelle n'empêche pas d'interpréter correctement l'énoncé.

B. Conséquences pour la théorie du droit

Quel bilan en tirer pour la théorie du droit ? Si, comme on va le soutenir, l'ensemble des *cas difficiles* (ou, selon une terminologie leibnizienne, des *cas perplexes*) en droit ne sont pas des *cas-limites*, l'ensemble des *cas-limites* en droit sont, ou découlent, des *cas-limites* du langage – tel qu'il est utilisé, de manière parfois idiosyncratique, par les acteurs juridiques. Tant le vague que la texture ouverte posent aux règles juridiques un problème d'applicabilité conceptuelle : sur le fondement de ce que l'énoncé signifie – y compris après modulation selon le contexte – on ne sait pas si le cas est régulé par la règle ou non, et il est probable que celui a énoncé la règle ne le sait pas non plus. Si, au moyen d'un référé législatif, le juge renvoie l'affaire devant le législateur, celui-ci pourra certes décider d'inclure ou d'exclure le skateboard du scope de la règle, mais ce faisant il énoncera une nouvelle règle. Il ne pourra pas alléguer de ce que les skateboards étaient dès le départ régulés ou non-régulés par la règle – et cela a des conséquences pratiques importantes en matière de non-rétroactivité, par exemple. La situation du référé législatif trouve un équivalent dans les contextes conversationnels ordinaires qui ne sont pas *prima facie* normatifs. Si en me promenant dans le parc avec un ami quelques jours après que législateur a fait passer la règle sur les véhicules dans le parc, je me satisfais du changement d'environnement que l'entrée en vigueur de la règle entraîne : « il n'y a pas de véhicules dans le parc ; quel changement ! » et que mon ami me dise : « que

220 Voir Marmor, 2008, p. 428.

221 L'exemple est de Kent Bach, cité par Recanati, 2004, p. 8-9 ; Soames, 2009, p. 410.

222 Selon le contexte, l'énoncé « vous n'allez pas mourir » peut être utilisé pour impliquer d'autres choses. Par exemple, si le patient a seulement un ongle incarné, l'énoncé « vous n'allez pas mourir » prend, de surcroît, une valeur ironique.

fais-tu de ce skateboard ? », je répondrai : « ce n'est pas à ce genre d'objet que je faisais référence ». Cela ne veut pas dire que j'avais dès le départ exclu les skateboards de l'extension du concept de véhicule, mais simplement que je n'y avais pas pensé.

Cependant le droit ajoute aux cas-limites ordinaires des complications qui lui sont propres²²³. La situation conversationnelle ordinaire n'a pas d'équivalent dans la plupart des systèmes juridiques, où le référé législatif²²⁴ (qui est à la fois hautement impraticable et politiquement non souhaitable) n'existe pas. Ensuite – et pour cette même raison – les formulations normatives sont *canoniques* ; elles ne sont pas ouvertes à révision²²⁵ à chaque fois qu'un cas-limite survient : par conséquent, elles constituent le principal accès à la norme elle-même – dès lors que celle-ci est vague ou dotée de texture ouverte, sa formulation bloque cet accès, là où une situation conversationnelle standard permettrait, au moins dans certains cas, à l'énonciateur de préciser ce qu'il veut dire. Ces énoncés normatifs prennent place dans un certain contexte, qui enrichit pragmatiquement leur contenu sémantique, mais, contrairement à ce qui se passe dans les conversations ordinaires, l'interprète n'a que rarement accès à ce contexte, étant donné que la règle demeure en vigueur bien après que son énoncé ait été proféré par son auteur. Lorsque le juge français doit, pour appliquer l'article 1382 du Code civil (article qui a été promulgué en 1804), déterminer si X est un dommage, ou si Y est une faute, etc. il n'a pas accès au contexte d'énonciation original, mais au contexte beaucoup plus large formé par l'ensemble des précédents (parfois conflictuels) rendus au cours des 200 ans qui le séparent du contexte d'énonciation original²²⁶. De manière générale, le contexte en droit n'est pas assez riche pour qu'il soit *évident* que ce que le législateur ou le jurislateur dit (ou asserte) diffère du sens strictement littéral de son énoncé (contrairement à l'exemple du médecin disant : « vous n'allez pas mourir »)²²⁷ : sur la base du contexte tel qu'on y a accès, il est généralement difficile de dire si le jurislateur veut dire plus que ce que signifie le sens littéral de son énoncé, d'où la naissance de cas-limites relativement nombreux.

D'autre part, comme l'a noté Endicott, le vague en droit est souvent « extravagant »²²⁸. Ainsi, les cas typiques de vague (« tas », « chauve », « grand ») se retrouvent rarement en droit, et lorsqu'ils existent, le droit procède souvent par désambiguïsation ou par stipulation. Ainsi, « enfant » est toujours employé en droit pour signifier « pro-

223 David Duarte a noté que le droit présente par rapport aux contextes d'énonciation ordinaire des idiosyncrasies qui rend le contexte d'énonciation opaque (Duarte, 2011, p. 116 *sq.*) ; il en tire la conclusion que l'échec pragmatique (par exemple l'échec à reconnaître une implicature) est limité en droit, dès lors que le contexte n'est généralement pas pertinent, en raison même de son opacité.

224 On emploie ici référé législatif en un sens large dépassant le seul cadre législatif formel, pour inclure toute requête en interprétation authentique effectuée auprès de l'auteur de la règle (qu'il s'agisse du constituant, du législateur, d'une autorité administrative, etc.).

225 L'idée selon laquelle les *formulations normatives* ne sont pas ouvertes à révision n'emporte aucune conséquence sur la révisabilité des normes elles-mêmes.

226 Pour les besoins de l'analyse, on souscrit provisoirement à une vue un peu naïve du processus d'interprétation juridique, sur laquelle on reviendra dans le prochain chapitre.

227 Voir là-dessus Marmor, 2008, p. 451.

228 Endicott, 2011a, p. 174 *sq.* ; 2011b, p. 17.

duit de la filiation » et non « être humain de jeune âge » (voir par exemple l'art. 55 du Code civil) : le droit désambiguïse « enfant » et ne retient que le sens non vague (ou en tout cas non vague dans le contexte du droit, qui définit clairement les modalités de la filiation). Pour désigner « être humain de jeune âge », le droit français emploie le terme « mineur », qui est non-vague dans la mesure où il s'agit d'une abréviation de « mineur de 18 ans ». Le propre de ces termes vagues non-extravagants, selon Endicott, est que l'identification de ce qui constitue un cas-limite est contextuellement déterminée, par exemple par l'appartenance du cas à une certaine classe de comparaison – c'est le cas de figure « Giscard d'Estaing » évoqué ci-dessus –, mais la détermination elle-même fait l'objet d'un accord majoritaire²²⁹ : ainsi, on s'accordera pour dire qu'un individu d'1m90 est un cas clair de grand *simpliciter*, et on s'accordera également à dire que c'est un cas limite de « grand pour un basketteur » (la taille moyenne d'un basketteur de NBA étant d'environ 2 mètres)²³⁰.

Les prédicats vagues extravagants sont ceux où un tel accord sur l'identification d'un cas limite paradigmatique n'existe pas, ou est virtuellement très rare. Les termes de vague évaluatif (« raisonnable... »), sont généralement de ce type²³¹. Prenons deux exemples au hasard. L'article L420-2 al. 1 du Code de commerce prohibe l'abus de position dominante « sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci » : la question de savoir ce qu'est une partie substantielle du marché intérieur est par nature ouverte à la controverse. L'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui prévoit « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable » emploie deux termes (sur trois) extravagamment vagues – « publiquement » est non extravagamment vague, mais est vague quand même : si j'empêche une personne du public d'entrer dans la salle d'audience, je ne contreviens pas à la publicité des débats ; il en va de même si j'empêche une deuxième personne d'entrer dans la salle d'audience, etc. (le paradoxe sorite s'ensuit)²³². Les prédicats « substantiel », « équitable » ou « raisonnable » reçoivent bien des cas clairs : si l'accusé est bâillonné pendant le procès ou que le juge lise ostensiblement une bande dessinée pendant la plaidoirie de l'avocat de la défense, on aura affaire à un cas clair de procès inéquitable. Mais il est impossible de dire de manière non controversée que X est un cas-limite de procès équitable, dans la mesure où certains locuteurs y verront un cas-limite et d'autres un cas clair de procès équitable. Les prédicats vagues sont extravagants dès lors qu'il n'y a pas de cas limite paradigmatique.

229 Endicott, 2011a, p. 176.

230 Les dernières statistiques remontent, à ma connaissance, à la saison 2007-2008 (http://www.nba.com/news/survey_2007.html).

231 Endicott, 2011, p. 177. C'est un point que Hart a aperçu en filigrane dans son analyse du terme « raisonnable » (Hart, 2005, p. 150-152).

232 Il faut noter que l'article 6.1 de la Convention prévoit expressément des exceptions au principe de publicité : « L'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

Bien entendu, « extravagant » est lui-même vague : par conséquent il est possible que le vague d'un prédicat ne soit clairement ni extravagant ni non-extravagant. Cependant le vague d'un prédicat est clairement extravagant lorsque la classe des cas limites que reconnaîtrait un locuteur A de bonne foi ne chevauche même pas la classe des cas limites reconnue par un locuteur B également de bonne foi²³³. La raison en est que l'application de ces prédicats est déterminée par des facteurs incommensurables²³⁴ : le caractère raisonnable du délai (au sens de l'article 6.1. de la Convention) est déterminé non seulement par un laps de temps spécifique, mais varie en fonction du type de procès (civil, pénal, administratif, etc.), du niveau dans la hiérarchie juridictionnelle, ou encore selon que (dans l'hypothèse d'un procès pénal) l'accusé est ou non placé en détention provisoire²³⁵, selon que l'instruction est complexe, et ainsi de suite. Or il est difficile de dire si une instruction pénale qui dure 15 mois constitue un délai *plus raisonnable* qu'une audience civile s'ouvrant 13 mois après le dépôt de la requête introductive d'instance. Le vague extravagant caractérise donc des prédicats dont l'application est non seulement sujette à des variations contextuelles, mais est déterminée par des dimensions incommensurables. Comme l'écrit Soames au sujet des prédicats de ce type : « les jugements [au sujet de leur application] tendent à être holistiques, où la minoration d'une dimension est compensée par la majoration d'une autre »²³⁶.

Les cas-limites en droit interviennent donc non seulement en raison de traits inhérents au langage (son caractère vague ou doté de texture ouverte), mais également en raison de complications propres au droit : à savoir une situation conversationnelle non-ordinaire et contrainte institutionnellement et l'emploi fréquent d'un vague extravagant. Ces complications ne sont pas conceptuellement nécessaires ; elles ne relèvent pas de la nature du droit. Cependant, elles sont propres au contexte juridique. Une situation conversationnelle ordinaire est configurée de manière à ce que les locuteurs exercent le moins de discrétion possible quant à la détermination de ce que chacun d'entre eux veut dire par les énoncés qu'il profère. Cette discrétion est pour une bonne part inévitable, dans la mesure où le langage employé sera irrémédiablement vague ou doté de texture ouverte, mais elle est remédiable jusqu'à un certain point dès lors que

233 Endicott, 2011a, p. 176.

234 Selon Marmor, qui reprend d'Endicott la notion de vague extravagant, cette dernière se caractérise par le fait qu'un tel prédicat « désigne une évaluation *multidimensionnelle* dont les éléments constitutifs sont en partie *incommensurables* » (Marmor, 2013a, p. 4 ; italiques dans l'original). Il est à noter que l'incommensurabilité caractérise également, mais à un degré moindre, le vague non extravagant : ainsi typiquement, l'existence d'un tas dépend non seulement du nombre de grains mais de leur configuration (dix mille grains de blés répandus sur une surface plane ne font pas un tas) ; l'application de « chauve » sera modulée non seulement en fonction du nombre de cheveux, mais de leur répartition sur le crâne, etc.

235 La détention provisoire doit elle-même avoir une durée totale raisonnable, comme le prévoit l'article 1441-1 du Code de procédure pénale : « La détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité ». Le caractère raisonnable est modulé par les rédacteurs du Code en fonction de facteurs incommensurables.

236 Soames, 2011, p. 39. Selon Soames cependant, l'incommensurabilité est conceptuellement indépendante du vague des prédicats.

le contexte est suffisamment riche²³⁷. En revanche, la configuration institutionnelle particulière du droit et le recours à un vague extravagant rendent la discrétion non seulement inévitable, mais modérément non-résorbable ou non-remédiable. Outre Hart, certains auteurs, en particulier Timothy Endicott²³⁸, Scott Soames²³⁹, Jeremy Waldron²⁴⁰ et Hrafn Asgeirsson²⁴¹ ont soutenu (dans des proportions variables) que la discrétion ouverte par l'emploi de prédicats vagues était jusqu'à un certain point un trait désirable du droit – et non seulement un trait inévitable.

L'idée de discrétion qui est impliquée est la suivante. Un cas-limite intervient en droit lorsqu'il est impossible de dire à partir de la considération de l'énoncé de la règle et de la connaissance du contexte d'énonciation si le cas est ou non régulé par la règle. Il est impossible de dire si le cas possède les propriétés pertinentes du cas générique régulé par la règle, soit parce que l'on ne sait pas quelles propriétés sont pertinentes, soit parce que l'on ne sait pas si le cas instancie les propriétés que l'on sait par ailleurs être pertinentes.

II. LES EXCEPTIONS SONT-ELLES DUES À L'INDÉTERMINATION SÉMANTIQUE DES RÈGLES ?

A. « Les ambulances sont des véhicules... »

Les *cas-limites* représentent une sous-classe de *cas difficiles* dont l'existence est due à une indétermination *sémantique* : telle qu'elle est formulée, la règle elle-même est indéterminée, puisqu'on ne sait pas si elle s'applique ou non au cas. Dans certains cas de texture ouverte (ce par quoi on entend toujours la texture ouverte_H), une reformulation de la règle par le législateur permettrait de résoudre le cas au moyen de la spécification des propriétés pertinentes. En revanche, en matière de vague – y compris de vague extravagant – seule une stipulation (*i.e.* une définition arbitraire de l'extension du prédicat) peut permettre de résoudre le cas.

Les cas-limites, comme la plupart des cas difficiles, sont *exceptionnels*. Cette exceptionnalité se reflète jusqu'à un certain point dans les statistiques relatives à l'activité des juridictions, dans la mesure où la difficulté du cas est généralement proportionnelle au degré qu'il atteint dans la hiérarchie juridictionnelle²⁴². Dans un système

237 Marmor montre cependant que dans certains cas, le contexte, loin de résorber le vague, l'aggrave (phénomène qu'il appelle vague conversationnel) : une formulation sémantiquement précise est rendue pragmatiquement vague lorsqu'il devient douteux si l'énoncé s'applique ou non à son extension habituelle et sémantiquement déterminée (voir Marmor, 2013a, p. 22-23).

238 Endicott, 2011a, p. 177-190 ; Endicott, 2011b, p. 26-30.

239 Soames, 2011, 38-42.

240 Waldron, 1994, p. 534-540 ; Waldron, 2011b, *passim*.

241 Asgeirsson, 2013, p. 350 *sq.*

242 On peut prendre à titre d'exemple les décisions rendues en 2011 en matière pénale toutes juridictions confondues : sur 1 180 586 décisions rendues, plus d'un million ont été rendues par des juridictions

juridique normal, les cas faciles sont nettement plus courants que les cas difficiles, faute de quoi la division du travail juridictionnel serait profondément battue en brèche : si toutes les règles étaient formulées de telle manière que les cas-limites soient excessivement plus nombreux que les cas centraux d'application, alors non seulement les juridictions de degré inférieur rencontreraient constamment des problèmes importants de qualification juridique des faits et d'interprétation du droit existant. Dans la plupart des cas, les juges appliquent le droit sans se poser la question de savoir le cas individuel entre bien dans le scope de la règle.

Les cas limites sont, comme tous les cas difficiles, des cas exceptionnels – mais ce ne sont pas des exceptions à la règle dont ils sont cas-limites. C'est la thèse que l'on va défendre dans le reste de ce chapitre. Un cas constitue une exception à une règle pour des raisons autres que le fait que son occurrence est moins fréquente que celle des cas normalement régulés par la règle. On trouve cependant une certaine confusion dans la littérature entre les concepts de cas exceptionnels et le concept d'exception. En particulier, cela se traduit par plusieurs confusions partielles ou *in toto* entre diverses notions : entre les notions hartienne de défaisabilité et de texture ouverte²⁴³ ; entre l'analyse hartienne de l'exception au chapitre VII.2. et l'analyse de la texture ouverte au chapitre VII.1. du *Concept de droit* – l'analyse de l'exception du chapitre VII.2. étant elle-même différente de l'analyse de la défaisabilité dans les écrits antérieurs de Hart²⁴⁴. Chez certains auteurs, en particulier chez Frederick Schauer, cette confusion est partielle mais elle existe néanmoins : ainsi Schauer distingue entre une texture ouverte du langage et une texture ouverte du droit²⁴⁵, la dernière correspondant à la possibilité d'exceptions même lorsque la règle est clairement applicable. La confusion est renforcée par le fait que Schauer, comme on l'a vu, traite les exceptions comme résultant de contingences linguistiques²⁴⁶. Cependant Schauer distingue bien, conceptuellement, les cas où « un événement non anticipé était dans le scope linguistique de la règle » et les cas où « le nouvel événement n'est ni à l'intérieur ni à l'extérieur de la règle » – *i.e.* un cas de texture ouverte *stricto sensu*²⁴⁷.

D'autres auteurs cependant ont insisté sur la nécessité de distinguer la défaisabilité de la texture ouverte (ou plus largement des phénomènes d'indétermination

de première instance, environ 100 000 par les cours d'appel et un peu moins de 8000 par la Cour de cassation. (Les chiffres exacts se trouvent dans un document disponible sur le site du ministère de la justice : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/chiffres_cles_2012_20121108.pdf). Ces chiffres ne sont pris ici qu'à titre purement indicatifs, et ce d'autant plus que, ne couvrant que les décisions prises sur une année, ils ne couvrent pas les mêmes affaires.

243 Boonin, 1966, p. 375 ; Baker, 1977, p. 47 ; Barberis, 1990, p. 267 ; Stavropoulos, 1996, p. 65-69 ; Loui, 1997, p. 347 ; Walton, 2011, p. 386.

244 On va supposer que le problème de l'exception mentionné par Hart (2005, p. 158) suppose une défaisabilité des règles.

245 Schauer, 2008, p. 1128. On retrouve la même équivalence entre texture ouverte du droit (vs. du langage) et défaisabilité des règles juridiques dans Schauer, 2013b – De même John Zeleznikow fait de la défaisabilité un certain type de texture ouverte (voir Zeleznikow, 2004, p. 149 ; Stranieri et Zeleznikow, 2005, p. 16). Voir aussi Twining and Miers, 1999, p. 203-204 ; Prakken, 1997, p. 52-54.

246 Schauer, 1991a, p. 873 *sq.* ; Schauer, 1991b, p. 45.

247 Schauer, 1998, p. 234.

sémantique)²⁴⁸. La distinction que l'on va retenir provisoirement est la suivante. La défaisabilité désigne le problème des exceptions à la *règle* tandis que l'existence de cas-limites (de texture ouverte, vague, ou autre) est rattachable à des caractéristiques inévitables de la *formulation de la règle*. Les cas-limites supposent soit un problème d'interprétation – nous ne pouvons déterminer les propriétés pertinentes des cas conditionnant de manière suffisante l'applicabilité de la règle –, soit un problème de subsomption – nous ne savons pas si le cas possède bien ces propriétés ou non –, soit, comme dans la plupart des cas de texture ouverte, les deux. Dans tous les cas, lorsqu'un cas-limite intervient, nous ne savons pas si le cas est régulé ou non par la règle, parce que nous ne savons pas si les propriétés du cas sont suffisantes pour déclencher l'applicabilité de la règle. Cette ignorance n'appelle pas nécessairement une explication épistémique. On pourrait soutenir une version épistémique de la texture ouverte : tous les cas sont régulés, mais on ne sait pas lesquels – mais il est néanmoins plus sensible de ramener l'ignorance qui prévaut en cas de texture ouverte à un problème (partagé) de maîtrise sémantique et d'accès au contexte.

En revanche l'exception n'implique conceptuellement pas un problème d'interprétation ou de subsomption²⁴⁹, mais un problème d'applicabilité normative. Lorsque nous considérons la règle sur les véhicules dans le parc, le cas d'un skateboard ou d'une voiture téléguidée ne pose pas le même type de problème que le cas d'une ambulance ayant effectué un raccourci en traversant le parc. L'ambulance n'est pas un cas-limite de véhicule, et le problème que ce cas pose n'est pas un problème sémantique – ni même un problème *partiellement* sémantique et *partiellement* pragmatique. Ce n'est pas un problème d'applicabilité conceptuelle, mais d'applicabilité normative. Comme l'écrit Jeremy Waldron à ce sujet :

Clairement c'est un cas où l'on devrait souhaiter un peu de flexibilité [dans l'application de la règle], mais cela n'a rien à voir avec le vague. Une ambulance n'est pas un cas limite de véhicule ; s'il y a un cas paradigmatique de véhicule, c'est bien celui d'une ambulance. Nous appelons une ambulance précisément parce que nous avons besoin d'un *véhicule* pour transporter le patient²⁵⁰.

Il en va de même si on considère le cas paradigmatique de l'exception tel que Hart le discute au chapitre VII.2 du *Concept de droit* : « Nous promettons à un ami de lui rendre visite le lendemain. Lorsque le jour arrive il apparaît qu'en tenant la promesse,

248 Helm, 1968, p. 173-174 ; Bayón, 2001, p. 339 ; Rodriguez et Sucar, 2003, p. 129 ; Ferrer Beltran et Ratti, 2010, p. 615 (qui, curieusement, attribuent la confusion à Hart lui-même, et soulignent la nécessité de distinguer les deux questions) ; Holton, 2010, p. 373 ; Holton, 2011, p. 166-167 ; Duarte, 2011, p. 135 *sq.* ; Bix, 2012, p. 200.

249 Dans le prochain chapitre, on proposera d'expliquer la possibilité de la défaisabilité des règles *juridiques* par les aspects dynamiques de l'interprétation. Mais cela n'implique nullement que l'exception naisse d'un problème d'interprétation ni que les exceptions dans d'autres systèmes normatifs que le droit (en particulier ceux dont les règles ne sont pas dotés de formulation canonique) dépendent essentiellement d'un processus d'interprétation.

250 Waldron, 1994, p. 537. Italique dans l'original. Waldron cherche à distinguer l'exception du vague, mais son argument peut être élargi à la texture ouverte.

nous serions amenés à délaisser une personne dangereusement malade »²⁵¹. – Il va de soi que nous avons une bonne raison de ne pas tenir notre promesse. Mais cela ne veut pas dire que nous sommes dans le doute quant à la question de savoir s'il s'agit bien d'une « promesse » ou non, pour la bonne raison que nous avons affaire à une règle (qui enjoint de tenir les promesses) qui est, en l'espèce, une règle morale et qui par conséquent n'a pas de formulation canonique²⁵².

On pourrait penser cependant que Hart n'ait pas distingué avec assez de rigueur le problème de la texture ouverte et celui des exceptions. Ainsi il indique quelques lignes plus haut que « les règles (...) possèdent une texture ouverte *ou* comportent des exceptions qu'on ne peut préciser d'avance de manière exhaustive »²⁵³. Les apparences sont cependant trompeuses. La disjonction peut, dans cette citation, se prêter à de multiples interprétations, mais il y a des raisons de penser que Hart *ne confond pas* la texture ouverte et les exceptions.

En premier lieu, Hart introduit les exceptions au chapitre VII.1 lors de sa discussion du *précédent* comme type de règle différent de la législation et, de manière générale, de tout acte de promulgation à l'avance de règles générales. La *ratio decidendi* des cas, qui fait autorité dans les systèmes de droit précédentiel strict, ne connaît pas de formulation canonique (de « formulation qui fasse autorité » selon les termes de Hart²⁵⁴), bien qu'il y ait souvent accord *a posteriori* sur une formulation canonique. Il en résulte que, même pour les cas clairs, le scope de la règle n'est pas complètement fixé à l'avance, dans la mesure où le juge souhaitant ne pas appliquer un précédent peut opérer une « distinction » (*distinguishing*) et restreindre le champ d'application de la règle en question²⁵⁵. Le scope de la règle est fixé non pas *a priori* au moyen d'une formulation normative générale, mais au cours du processus jurisprudentiel lui-même. Une exception intervient, dès lors que, pour des raisons normatives, le juge isole, parmi les propriétés générales retenues par le juge antérieur dans le cas précédent, des propriétés plus spécifiques permettant d'inclure ou d'exclure le cas présent sous le scope de la règle. Mais la question qui se pose à lui n'est pas de savoir si l'on peut (matériellement) subsumer ou non le cas sous la règle telle qu'elle est formulée, puisque la règle s'écrit au fil des précédents. En revanche, lorsqu'une formulation canonique du précédent est retenue, alors ce dernier, comme toute règle formulée au moyen de termes généraux, est susceptible de

251 Hart, 2005, p. 158.

252 L'exception se distingue également du vague. Supposons qu'une loi prohibe aux véhicules de rouler à une vitesse déraisonnable. Si je roule à 200 km/h sur l'autoroute, je roule à une vitesse déraisonnable. Mais il peut y avoir une exception : par exemple, j'ai appris qu'un ami, qui n'a pas pu réaliser son rêve de devenir banquier, est sur le point de se suicider, et seule mon intervention est à même de l'empêcher de commettre cet acte regrettable, d'où mon dépassement de vitesse (*Seinfeld*, saison 4, épisode 4) ; mais de ce point de vue que la vitesse légale soit vague (« raisonnable ») ou précise (« 130 km/h ») ne fait aucune différence.

253 Hart, 2005, *Ibid.* C'est moi qui souligne.

254 Hart, 2005, p. 153.

255 On renvoie au chapitre précédent à ce sujet.

texture ouverte. C'est la raison pour laquelle la différence entre les règles législatives et les règles jurisprudentielles n'est qu'une différence de degré²⁵⁶.

Ensuite, l'introduction de la texture ouverte au chapitre VII.1 a pour objectif de réfuter le « formalisme », entendu comme théorie selon laquelle la régulation *ex ante* de tous les cas possibles serait possible et/ou désirable²⁵⁷. En revanche la discussion des exceptions au chapitre VII.2 intervient dans le cadre d'une discussion du « scepticisme de la règle » dont les représentants les plus éminents selon lui sont les Réalistes américains²⁵⁸. Ces derniers n'auraient aucune réticence à accepter la thèse de la texture ouverte – même s'ils estimeraient que la classe des « cas clairs » est beaucoup plus restreinte que ne le suppose Hart. Ce que le sceptique de la règle conteste c'est la capacité même des règles à guider le comportement : non seulement les règles sont dotées de texture ouverte, mais de surcroît des déviations de la règle sont sans cesse possibles (« le fait qu'une déviation par rapport aux règles n'attirera pas au juge une sanction physique »²⁵⁹). Comme l'écrit Hart « le sceptique est parfois un absolutiste déçu »²⁶⁰, qui ne conçoit les règles qu'à l'aune du modèle idéal mis en avant par le formaliste ; ce modèle n'étant pas réalisé dans le monde tel qu'il est, il en conclut à l'inexistence des règles, pour deux raisons : la première tient à l'impossible *identification* des cas tombant sous la règle ; la seconde à l'impossible *normativité* de la règle qui est toujours susceptible de déviations considérées comme acceptables. Hart a déjà pris en charge le problème de l'identification, en mettant en évidence l'existence de cas clairs très nombreux nonobstant la texture ouverte. En revanche, l'idée selon laquelle une règle est toujours susceptible d'exceptions *qu'on ne peut préciser à l'avance de manière exhaustive*²⁶¹ semble remettre en cause le modèle anti-prédictiviste défendu par Hart relativement à la normativité du droit²⁶² : au contraire Hart maintient que la présence d'exceptions n'a aucune incidence sur les règles elles-mêmes : « Du fait que de telles règles comportent des exceptions que l'on ne peut énoncer de manière exhaustive, il ne résulte pas que nous soyons abandonnés dans chaque situation à notre libre appréciation (...). Une règle qui se termine par le terme "sauf si..." est encore une règle »²⁶³ – on a d'ailleurs vu dans le chapitre précédent que cette assertion était assez problématique.

La défaisabilité des règles n'est donc pas due à la texture ouverte ou au vague de leur formulation, mais à un réquisit normatif relatif à l'applicabilité (normative) de la

256 Hart, 2005, p. 145.

257 Hart, 2005, p. 148.

258 A bien des égards le « sceptique » réfuté par Hart est un homme de paille. Il a souvent été reproché à Hart de caricaturer les Réalistes (en particulier Llewellyn) en leur prêtant des thèses qui, au mieux, peuvent être attribuées au seul Jerome Frank (voir Twining, 1973, p. 255 ; McCormick, 2008a, p. 162 ; Leiter, 2007, p. 73-79 ; Schauer, 2013a, p. 751). Hart lui-même a reconnu cette erreur (Hart, 1983, p. 128).

259 Hart, 2005, p. 158.

260 Hart, 2005, p. 157.

261 C'est l'inépuisabilité des exceptions possibles qui est importante ici, et non l'existence d'exceptions en tant que telles.

262 Voir notamment Hart, 2005, p. 58-59.

263 Hart, 2005, p. 158 – traduction modifiée.

norme. Il y a certes des cas où appliquer une exception-disposition (comme appliquer toute règle) peut soulever la question de son application conceptuelle. Ainsi la règle « les immeubles doivent être ravalés tous les dix ans, sauf les immeubles anciens » occasionnera des cas limites, non tant dans son application que dans l'application de l'exception (il y aura des cas-limites d'« ancien »), mais l'incertitude qui en résulte n'a rien à voir avec le fait qu'il s'agit d'une exception.

B. « ... ou bien n'en sont-elles pas ? »

La distinction conceptuelle entre cas-limites et exceptions doit donc être maintenue. Un cas limite intervient dès lors que l'on ne sait pas, à partir de la considération de l'énoncé de la règle et des faits non-linguistiques, si le cas est régulé ou non par la règle – c'est-à-dire si cette dernière est conceptuellement applicable. Une exception intervient lorsque l'on a une raison (normative) de ne pas appliquer la règle à un cas auquel elle est pourtant *clairement* applicable.

Or cette distinction est néanmoins susceptible de recevoir une objection tirée de la dépendance du contexte de l'existence des cas-limites et des idiosyncrasies de la situation conversationnelle instanciée par le droit – sur laquelle on a insisté plus haut. En effet, s'il est toujours possible, *dans une certaine limite*, de transformer un cas clair en un cas-limite, alors il est possible, dans la même limite, de faire passer la raison normative de ne pas appliquer la règle pour une contrainte sur l'identification du *sens* de l'énoncé de la règle. Ainsi, au lieu d'affirmer que le cas est bien subsumable sous le cas générique régulé par la règle, mais qu'il y a une raison de ne pas appliquer cette dernière, on affirme que, pour des raisons tenant au contexte d'énonciation de la règle, il est incertain si le cas doit être tenu pour régulé par la règle. Par exemple, en affirmant que le législateur ne pouvait pas avoir pour intention de réguler le cas en question ; ou encore que le but assigné à la règle empêche de considérer le cas comme un cas central d'application de la règle.

Ici il faut néanmoins opérer quelques distinctions. La première tient à distinguer le résultat absurde du résultat non souhaitable (car normativement insatisfaisant). La plupart des systèmes juridiques admettent qu'un énoncé normatif absurde ou entraînant des résultats absurdes doit être interprété de manière constructive. Un exemple célèbre en droit français est un arrêt de la Cour de cassation²⁶⁴ relativement à l'application de l'article 78 du décret du 11 novembre 1917 sur la police des voies ferrées, qui en son alinéa 5, faisait interdiction aux voyageurs « de monter ou descendre (...) lorsque le train est complètement arrêté », ce qui semblait avoir pour conséquence fâcheuse d'obliger les passagers à monter ou descendre alors que le train était en marche. Ce résultat est absurde dans la mesure où 1° il n'y a aucun contexte envisageable dans lequel une telle obligation générale ferait sens – il peut y avoir, dans certaines circonstances particulières, un sens à ordonner aux passagers de descendre du train en marche

264 Cass. crim., 8 mars 1930.

(par exemple le train va dérailler, entraînant la mort de nombreux passagers, qui peut être évitée si ceux-ci sautent à temps), mais il est absurde de proposer une obligation *générale* ; 2° le contexte même du texte réglementaire implique que ce dernier a pour but évident et manifeste d'accroître la sécurité des passagers. La notion d'absurde doit donc être ici entendue comme un résultat tellement non-souhaitable que le cas est *clair* et qu'il y a accord général sur la manière de le résoudre. On est ici clairement dans un cas analogue à celui décrit par Hart dans la CITATION A ci-dessus.

Il en va autrement des résultats normativement non-souhaitables, qui ne présentent certes qu'une différence de degré avec les résultats absurdes, mais qui ne doivent pas être traités de manière analogue. En effet, lorsque l'application d'une règle donne lieu (soit en général, soit relativement à un cas particulier) à un résultat non-souhaitable, il est possible de présenter le cas comme un cas-limite, mais pas comme un cas clair de *non-application* de la règle, comme c'est le cas pour les résultats absurdes. Ainsi, il peut y avoir un contexte dans lequel il est justifiable d'interdire aux ambulances l'accès du parc : le fait qu'il ne soit pas souhaitable d'interdire aux ambulances d'entrer dans le parc n'implique pas qu'il est absurde de le faire. Le juge, confronté au cas d'une ambulance ayant traversé le parc pour éviter les embouteillages, aura sans nul doute une bonne raison d'exclure l'ambulance du scope de la règle ; c'est la raison pour laquelle il aura tendance à traiter l'ambulance comme un skateboard, c'est-à-dire comme un cas-limite de « véhicule » : certes l'ambulance présente bien les propriétés habituellement prises comme caractéristiques des véhicules, mais il y a ici doute quant aux propriétés qui sont pertinentes pour l'application de la norme, dans la mesure où l'on ne sait pas si la propriété « ne pas être employé pour sauver des vies » est ou non pertinente pour la définition juridique de « véhicule » ; or l'impératif de santé publique surpasse celui de tranquillité dans le parc, et par conséquent c'est à tort qu'il a été reproché à l'ambulance d'avoir pénétré dans le parc.

Un exemple (fictif) intéressant est fourni par la controverse Fuller/Hart. Outre le cas du camion militaire hissé sur un piédestal, Fuller soumet à Hart le cas suivant. Une loi « fait interdiction de dormir dans les gares sous peine d'amende » ; en raison du retard important de son train, un voyageur s'assoupit pendant 5 minutes²⁶⁵. La loi s'applique-t-elle au cas d'espèce, étant donné que le but de son adoption est vraisemblablement d'empêcher que les clochards viennent se servir de la gare comme refuge pendant la nuit ? Une manière de présenter le cas est de le présenter comme un cas limite de « dormir » dans la mesure où l'on ne sait pas si par là le législateur entendait « dormir *simpliciter* » ou « passer la nuit ou toute période de temps étendue ». On transforme donc le cas en cas-limite de « dormir dans la gare ». Ici il y a une raison pour ne pas appliquer la règle, mais, contrairement à ce qu'indique Fuller il y a également une raison de l'appliquer : on ne va pas demander aux agents de police de distinguer les clochards des non-clochards, ni d'attendre qu'un certain laps de temps s'écoule avant de dresser ou non un procès-verbal d'infraction. Au lieu de reconnaître que l'on fait une exception pour le voyageur en question, on indique qu'il est douteux

265 Fuller, 1958, p. 664.

si le cas est ou non régulé par la règle, et on fait valoir une justification (le but de la loi) sur l'autre (l'uniformité d'application). Autrement dit on transforme le cas en une situation équivalente à celle décrite par la CITATION B de Hart.

Cet exemple suscite d'ailleurs des désaccords parmi les commentateurs. Scott Soames distingue entre les cas difficiles sémantiques et les cas difficiles authentiques²⁶⁶, distinction qui repose sur la distinction gricéenne entre ce qui est dit ou asserté par un énoncé ou un ensemble d'énoncés et le sens littéral de ces derniers. Un cas difficile sémantique est celui qui intervient lorsqu'il y a une contradiction entre le sens littéral d'un énoncé et les présuppositions d'arrière-plan que l'on peut raisonnablement inférer du contexte d'énonciation : ce ne sont des difficiles dès lors que l'on demeure arrimé à une conception purement littéraliste du contenu des énoncés normatifs. (L'exemple d'absurde envisagé ci-dessus en est une illustration). Un cas difficile authentique est celui où un résultat correct²⁶⁷ n'est pas déterminé par le contenu linguistique complet (y compris contextuellement enrichi). La question qui se pose est donc de savoir si l'exemple de Fuller est un cas difficile authentique ou un cas difficile sémantique.

Selon Soames ce n'est pas un cas difficile sémantique dans la mesure où l'on n'a pas affaire à un écart entre le contenu sémantique de l'énoncé (son sens littéral) et le contenu communiqué (ou, dans la terminologie de Soames, le contenu assertif) : on pourrait certes arguer que ce que le législateur a asserté au moyen de l'énoncé « il est interdit de dormir dans la gare » est « il est interdit d'utiliser la gare comme endroit pour dormir »²⁶⁸, mais une telle analyse est difficile, dès lors que le contexte de l'exemple est pauvre. Il faut donc distinguer ce que le législateur a voulu au moyen de l'énoncé et ce qu'il aurait voulu dire s'il avait considéré les choses de manière plus poussée. Le contenu communicationnel de la règle est ici relativement clair. Par conséquent, exclure le cas du voyageur du scope de la règle, c'est, ipso facto, changer le contenu de la règle. Cela ne veut pas dire que le juge, ce faisant, va à l'encontre de la règle, *i.e.* à l'encontre de ce qui est communiqué au moyen de l'énoncé de cette dernière. En l'espèce, « dormir » est suffisamment général pour laisser des aménagements possibles dans des circonstances particulières²⁶⁹.

Pour Robyn Carston au contraire, on a typiquement affaire à un cas où le contexte est suffisamment riche pour permettre de supposer que le contenu assertif de l'énoncé est à la fois plus étroit (il ne couvre pas le cas du voyageur mentionné plus haut) et plus large (il couvre le cas d'un individu, muni d'un oreiller et d'une couverture, s'allongeant sur un banc sans toutefois fermer les yeux) que le contenu

266 Soames, 2009, p. 415. Pour une critique d'inspiration fullérienne, voir Flanagan, 2011, p. 331 *sq.*

267 Ici, Soames pêche par imprécision dès lors qu'il ne précise pas la nature de cette incorrection. Soames écrit en effet qu'un cas est authentiquement difficile dès lorsque l'ensemble du contenu linguistique de l'énoncé normatif ne fournit pas une solution *juridiquement* correcte au cas. Il distingue cette incorrection de l'imperfection politique ou morale, et il indique qu'elle ne provient non plus pas d'un conflit de normes. Or on a du mal à voir en quoi un résultat est *juridiquement* incorrect.

268 Soames, 2009, p. 416. Voir Marmor, 2008, p. 429 ; Marmor ne concède cependant pas l'existence de cas difficiles sémantiques en droit.

269 Soames, 2009, p. 417.

sémantique de l'énoncé²⁷⁰. On a donc affaire à un cas sémantiquement difficile, mais aisément soluble sur le fondement de la considération du contexte.

Etant donné qu'il s'agit d'un exemple fictif, il n'y a pas de manière non-arbitraire de fournir une consistance au « contexte » en question. Le « but évident » de l'énoncé n'existe que parce que c'est celui que nous lui attribuerions si nous étions à la place de l'hypothétique législateur de l'exemple ; si au contraire nous nions l'existence de ce but, c'est que nous avons formulé l'exemple de manière à en appauvrir le contexte. Le problème est qu'en droit, l'accès au contexte est clairement sous-optimal, comme on l'a souligné plus haut. Le désaccord théorique entre Soames et Carston est à même de se retrouver à l'identique au sein de la pratique et du raisonnement juridiques à supposer qu'une loi de ce type existe réellement : s'agit-il d'une exception éventuellement justifiée (comme semble le penser Soames) ? s'agit-il d'une application pure et simple du contenu réel de l'énoncé normatif, qui exclut le cas en question du scope de la règle (comme l'indique Carston) ? *Dès lors qu'il y a désaccord sur les options possibles*, alors il devient objectivement impossible de savoir si le cas est ou non cas régulé par la règle. Le cas est ainsi transformé en cas limite²⁷¹.

S'il est toujours possible de transformer l'ambulance en un cas-limite de véhicule, pourquoi maintenir la distinction entre exceptions des cas-limites ? La première raison est que la distinction, même obscurcie par le discours ordinaire des juristes, est néanmoins une distinction conceptuelle massive, qui explique que l'on puisse parler d'exception y compris pour des règles non dotées de formulations canoniques, ni même dotées de formulations équivalentes faisant autorité. La seconde raison est que tous les systèmes juridiques n'ont pas la même approche de l'argumentation juridique. Les juges français sont assez peu enclins à des controverses sur le contenu sémantique des textes qu'ils ont à interpréter, parce que ces controverses requièrent une argumentation relativement complexe et théoriquement chargée, s'insérant mal dans le cadre étroit polysyllogisme judiciaire ; au contraire en droit américain, par exemple, la charge de l'argumentation qui incombe aux juges est médiée par le recours à des théories doctrinales (textualisme, intentionnalisme, purposivisme, « lecture morale », etc.), dont

270 Carston, 2013, p. 31.

271 Un exemple célèbre en droit américain est la décision de la Cour suprême *Chuch of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457 (1892) discuté notamment par Alchourrón, 1996b, p. 343 ; Sunstein, 1996 p. 126 ; Vermeule, 1998 ; Marmor, 2008, p. 427. Une loi de 1885 faisait interdiction de contracter avec des étrangers afin ceux-ci y effectuent un travail (*labor*) ou un service sur le sol des Etats-Unis. La loi comportait une liste d'exceptions (acteurs, artistes, conférenciers, etc.). La Cour, confrontée au cas de savoir si un pasteur étranger pouvait être engagé, préalablement à son immigration, pour diriger une église, a indiqué que le pasteur ne fournissait pas un « travail » aux termes de la loi. Plutôt que d'ajouter une exception à une liste présumée close, la Cour a préféré restreindre le terme de « travail » au « travail manuel », ce qui est rendu absurde par le fait que les exceptions énoncées par la règle elle-même ne concernent pas une forme de travail manuel : si les exceptions ne sont pas concernées, pourquoi les excepter ? (Voir là-dessus, Carston, 2013, p. 32). En réalité, la Cour a bien ajouté une exception, et le cas n'était pas un cas-limite (Sunstein, 1996, p. 126) ; du reste il était loisible à la Cour de faire du pasteur un « conférencier », et par conséquent de lui appliquer une exception déjà reconnue par la règle (Tribie, 1997, p. 92) – évidemment, « pasteur » est un cas-limite de « conférencier ».

l'adoption nécessite elle-même une justification : les arguments interprétatifs sont nécessairement construits, et c'est cette construction qui forme le gros-œuvre de l'argumentation elle-même. Encore qu'on constate une certaine tendance au développement d'argumentaires plus complexes, le discours juridictionnel en France a tendance à faire passer pour des évidences des assertions qui demanderaient ailleurs à être clairement justifiées. En ce sens, il devient plus facile de distinguer les exceptions des cas-limites.

On peut prendre pour exemple le célèbre arrêt « Roi des Gitans » de la Cour de cassation²⁷². L'une des questions qui se posait au juge était de savoir si un médecin, duquel on a obtenu, au moyen de la simulation de divers troubles, des certificats médicaux dont on s'est servi pour une arnaque à l'assurance, et qui est astreint à l'obligation (réputée absolue) du secret professionnel, peut demander la levée de celui-ci afin de prouver sa bonne foi – et d'éviter des poursuites pénales. La Cour ne se pose nullement la question de savoir si la relation entre ce médecin et l'arnaqueur est bien une relation de dépositaire à déposant (du secret) aux termes (*for the purposes*) de la loi, ni s'il y a bien là un cas ou non de « secret professionnel », mais répond à la question de la manière suivante. Considérant

que si stricte que soit l'obligation qui découle du secret professionnel, elle ne saurait interdire à un médecin que l'on a tenté d'associer à une escroquerie en provoquant de sa part, grâce à une mise en scène trompeuse, la délivrance d'un certificat attestant faussement l'existence de maladies ou infirmités, de justifier de sa bonne foi en témoignant, au cours d'une instance judiciaire relative à cette escroquerie, sur les manœuvres qui, faussant son examen et prenant en défaut son jugement, l'ont amené à délivrer ce certificat ; qu'il en est d'autant plus ainsi qu'aux termes de l'article 160 du code pénal [ancien], doit être puni des peines prévues à cet article, tout médecin qui, dans l'exercice de ses fonctions, et pour favoriser quelqu'un, certifie faussement l'existence de maladies ou infirmités, ou fournit des indications mensongères sur l'origine d'une maladie ou d'une infirmité

la Cour en conclut à la levée de l'obligation du secret professionnel. La justification de l'exception accordée par la Cour ne se trouve pas dans l'arrêt : celui-ci ne dit nullement pourquoi l'obligation du secret professionnel « ne saurait interdire » à un médecin etc. ; elle n'indique nullement pourquoi le fait que le médecin soit passible de poursuites est une raison « d'autant plus » impérieuse de lever le secret, et ainsi de suite. À l'arrière plan se trouvent des considérations d'équité et de raisonnable qui ne sont pas explicitement détaillées dans le texte. On a là un cas exemplaire d'exception que la Cour présente comme une conclusion évidente de la loi – ce qui est loin d'être le cas. Mais on n'a nullement un cas-limite de secret professionnel²⁷³ ; on a un cas clair de secret professionnel (*i.e.* de relation de dépositaire à déposant) auquel les règles qui y

272 Cass. crim., 20 décembre 1967 « Roi des Gitans ».

273 On peut comparer avec un arrêt récent de la Cour de la cassation qui dispose que les confidences faites par un avocat à un de ses associés ne sont pas couvertes par le secret professionnel (Cass. crim., 2 mars 2010) ; ici contrairement à l'espèce tranchée dans l'arrêt « Roi des gitans » on n'a pas affaire à un secret professionnel, dans la mesure où la relation entre les parties n'est pas une relation de déposant à dépositaire protégée par la loi.

sont normalement applicables ne trouvent pas à s'appliquer – selon le juge – dans le cas d'espèce. Autrement dit, on n'a pas affaire ici à un problème d'interprétation ou de qualification juridique, qui est le plus propre à fournir des cas-limites²⁷⁴, mais d'applicabilité normative des règles à la lumière de circonstances nouvelles.

SECTION 3. CONCLUSION ET TRANSITION

Contrairement aux cas-limites, l'exception ne présente pas un problème d'applicabilité *conceptuelle*, mais un problème d'applicabilité *normative*. Cette distinction doit être maintenue de manière relativement rigide, même si en droit, la frontière à tendance à être estompée en raison des traits particuliers du contexte juridique d'énonciation.

La confusion entre les cas-limites et les exceptions trouve en partie sa racine dans la controverse Hart/Fuller. Fuller entend opposer au modèle « littéraliste » de Hart une théorie de la signification telle que le *but* conféré à un énoncé normatif par son auteur – ou par un individu raisonnable – fait partie du contenu sémantique de l'énoncé lui-même. On a vu que dans la CITATION A ci-dessus, Hart faisait une concession minimale à Fuller en reconnaissant que, dans certains cas, il était, effectivement impossible de déterminer ce que le locuteur *voulait dire*, c'est-à-dire, dans des termes gricéens, le sens assertif de l'énoncé, sans avoir recours à la considération du but évident de l'énoncé. Cependant on a vu que dans la CITATION B, Hart maintient fermement que lorsque la question du but se pose, et prête à controverse, c'est que le cas est dès le départ est un cas-limite, c'est-à-dire un cas sémantiquement indéterminé.

De fait, la situation conversationnelle juridique, en particulier l'accès limité au contexte entraîne des contraintes particulières pour l'interprétation. Dans un contexte d'énonciation ordinaire, l'enrichissement pragmatique de l'énoncé n'est pas un obstacle à la compréhension de ce dernier ; dans le contexte juridique, il fait naître des doutes plus nombreux quant à l'applicabilité de la règle. C'est la raison pour laquelle il est souvent aisé de transformer un cas clair en cas-limite.

274 Les cas-limites dont la Cour de cassation discute sont parfois pittoresques. Parmi de très nombreux exemples récents : la Cour de cassation s'est penchée sur la question de savoir si transmettre des informations au sujet des proies au moyen de talkies-walkies est un acte de chasse aux termes de l'article L420-3 du Code de l'environnement (Cass. crim., 12 janvier 2012) ; si licencier un employé au motif qu'il refuse d'ôter une boucle d'oreille constitue une discrimination à raison du sexe et de l'apparence aux termes de l'article L1132-1 du Code du travail (Cass. soc., 11 janvier 2012) ; si le fait pour un avocat de copier-coller la requête qu'un confrère compte déposer devant le tribunal administratif (chacun représentant un client différent, mais attaquant le même acte) constitue une contrefaçon en vertu des articles L112-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle (Cass. crim., 16 juin 2009)... On laissera au lecteur le soin de découvrir les réponses apportées par la Cour à ces passionnantes questions.

L'idée selon laquelle le but que l'on souhaite réaliser au moyen de la profération de l'énoncé (et qui est un aspect pragmatique de cette profération) fait partie de la signification de l'énoncé implique donc que l'indétermination sémantique soit également une indétermination pragmatique. Certes chez Fuller, la considération du but permet de fournir la « bonne réponse » au litige, de sorte que le cas devient facile. Mais si on joint, à la thèse fullerienne de l'intégration de la finalité *au sein* de la signification, la thèse, défendue ici, de l'accès limité au contexte, alors on obtient les ingrédients de la confusion entre cas-limites et exceptions.

En effet, la question de savoir si la reconnaissance d'une exception « implicite » est justifiée se pose, entre autres, dans la situation suivante : la règle est semble-t-il applicable au cas, mais l'y appliquer serait contraire au but poursuivi par l'auteur de la règle²⁷⁵. Or ce but fait partie intégrante (par hypothèse) de la signification de l'énoncé de la règle. Par certains aspects (sémantiques *stricto sensu*), la règle est applicable au cas, par d'autres (pragmatiques) elle ne l'est pas. On obtient donc un cas limite, dans la mesure où l'on ne sait pas quelles sont les propriétés pertinentes que l'on doit retenir. Dans l'exemple classique de Pufendorf, on se demandera si le fait pour un chirurgien de pratiquer une opération en urgence dans la rue correspond à ce que le législateur entend par « répandre le sang », étant donné que l'acte pratiqué par le chirurgien a pour effet de réaliser le but (sauver des vies) poursuivi par le législateur. Certes, « techniquement », le chirurgien répand le sang dans la rue, mais il s'agit d'un cas-limite de « répandre le sang dans la rue » ; après quoi, on tranche en choisissant de privilégier la finalité de la règle. En incorporant cette finalité dans la signification de l'énoncé de la règle, on a transformé un cas clair d'application de la règle aux conséquences fâcheuses d'un point de vue normatif en un cas-limite d'application de la règle²⁷⁶.

On peut cependant remarquer que cette opération est beaucoup plus difficile à effectuer lorsque l'exception survient à l'occasion non pas d'un cas d'application apparente de la règle entrant en contradiction avec la finalité poursuivie par celle-ci mais d'un cas d'application apparente de la règle entrant en contradiction avec une autre finalité raisonnable que celle qui est sous-jacente à l'édiction de la règle. C'est le cas dans l'exemple de l'ambulance. Mettons que la finalité raisonnable à l'arrière-plan de la règle sur les véhicules dans le parc soit d'assurer la tranquillité publique. Même si on incorpore cette finalité dans la signification de véhicule, une ambulance demeure bien un véhicule aux termes de (*for the purposes of*) la loi, puisqu'une ambulance trouble tout autant, voire davantage, la tranquillité publique qu'une voiture ordinaire. En revanche, appliquer la règle aux ambulances (du moins en cas d'urgence vitale pour

275 C'est un point sur lequel Atria a, à juste titre insisté (Atria, 2001, p. 113) : comme on l'a vu dans le chapitre 6, Atria est globalement d'accord avec Fuller quant à l'idée selon laquelle l'*application* des règles suppose la détermination du but de celle-ci, et en tire la conclusion que les règles juridiques sont essentiellement défaisables. En revanche, Fuller a eu tort de faire de cette thèse sur l'application des règles une thèse sur la *signification* des règles (plus correctement des énoncés des règles).

276 On ne peut certes pas le transformer en cas clair de non-application de la règle. Le cas clair de non-application de la règle est celui où le chirurgien s'abstient de pratiquer l'opération. Il pourra certes être poursuivi pour non-assistance à personne en danger, mais on aura alors affaire à un cas typique de conflit partiel de normes (au sens d'Alf Ross).

le passer) serait contradictoire avec un autre but raisonnable, par exemple assurer la *santé publique*. Or il est impossible de faire entrer une finalité qui n'est pas poursuivie par la règle dans la signification de la formulation de cette dernière.

Dans le modèle hartien de la texture ouverte, le conflit de finalités *suppose* que le cas est un cas-limite au départ ; dans l'exception, c'est le conflit de finalités qui *entraîne* la difficulté du cas. Du reste, il s'agit moins d'un conflit de finalités que d'un conflit entre une finalité et la règle elle-même – ou plutôt l'application de cette dernière. La justification éventuelle de l'exception naît de ce conflit entre la règle et sa propre finalité ou une autre finalité tenue pour raisonnable par la communauté considérée. Il convient donc de maintenir la distinction conceptuelle entre cas-limites et exceptions : c'est précisément parce que ces dernières sont des cas clairs d'application conceptuelle de la règle que la question de leur applicabilité normative est soulevée. Autrement dit, quelle que soit la méthode (hartienne ou fullerienne) d'identification des cas clairs, l'exception suppose que le cas soit clair, c'est-à-dire ne soit pas un cas limite.

D'un point de vue conceptuel ou définitionnel, la question soulevée par la justification d'une exception implicite n'est pas un problème d'interprétation, *i.e.* de détermination du champ d'applicabilité conceptuelle de la règle, mais un problème d'applicabilité normative. Cependant, l'hypothèse qui sera étudiée et défendue dans le prochain chapitre est que la défaisabilité des *règles juridiques* est en grande partie due à des facteurs interprétatifs. Cette hypothèse ne repose pas sur un argument conceptuel ou définitionnel, mais sur une thèse de théorie du droit relative au processus d'application des règles juridiques. L'idée générale, qui n'implique nullement d'avoir recours à une incorporation fullerienne de la finalité au sein de la signification de l'énoncé, est la suivante : les règles juridiques ne sont pas *prima facie* défaisables, mais elles *peuvent* le devenir du fait des différentes *raisons* qui déterminent et justifient l'interprétation juridique dans un certain contexte. Et c'est précisément parce que, selon l'interprétation standard de l'énoncé normatif (qu'il reste à caractériser) le cas est clairement régulé par la règle qu'il est possible que des raisons divergentes m'inclinent à interpréter l'énoncé autrement.

Chapitre 8

Le rôle de l'interprétation dans la défaisabilité juridique

Dans ce chapitre on va tenter de proposer une théorie de la défaisabilité qui permette de rendre compte de l'existence, dans les systèmes juridiques, de seuils variables de défaite acceptable des règles. On a vu en effet dans le sixième chapitre que la conceptualisation de la défaisabilité était toujours ballotée entre deux extrêmes. D'un côté on se plaint de ce que si la « chasse aux règles est ouverte » (pour reprendre l'expression de Waluchow), c'est-à-dire que si le juge, à chaque fois que survient un cas pour lequel la règle est applicable, mais qui le chiffonne au regard de ses convictions axiologiques (morales, politiques, etc.), est à même d'écarter l'application de la règle, alors se pose la question de l'utilité d'avoir des règles au départ¹. D'un autre côté, le constat de la défaite effective des règles, et du fait que cela n'obère pas leur application « normale » dans les cas non exceptés suppose que les juges reconnaissent un seuil de défaite relativement élevé, en deçà duquel leur décision sera particulièrement difficile à justifier. Bien souvent cependant lorsque les règles sont défaits par l'irruption d'une circonstance exceptionnelle, le juge ne fait pas l'objet d'une réprobation de la communauté juridique, il faut donc supposer que l'exception est en quelque sorte justifiée en droit – et la doctrine invente d'ailleurs, comme on l'a vu, des catégories juridiques *ad hoc* telles qu'une décision ou une jurisprudence *praeter legem*, par laquelle on désigne souvent une lacune axiologique comme si elle était une lacune normative.

1 Derechef, la question ne porte pas sur ce que les juges *doivent* faire du point de vue du théoricien du droit, mais ce qu'ils doivent faire du point de vue du droit. Il va de soi que lorsque appliquer une règle entraînerait une monstruosité morale, les juges ont l'*obligation morale* de ne pas l'appliquer. Il ne s'agit pas non plus d'un problème d'*idéologie juridique*, par exemple d'un problème de déférence des juges à l'endroit du législateur. Le problème ici est celui de la défaisabilité des règles juridiques de *tous types* y compris des règles infra-législatives et des règles jurisprudentielles, par lesquelles on entend soit les règles explicitement fournies dans un arrêt fondateur, soit les règles tellement cristallisées au fil des précédents qu'un juriste de bonne foi ne peut avoir plus aucun doute relativement au scope d'applicabilité conceptuelle des règles.

L'hypothèse qui sera défendue, à défaut d'être vérifiée, dans ce chapitre, est que les règles juridiques *deviennent* (fortement) défaisables. Autrement dit une règle au moment t_1 de son adoption aura nécessairement un seuil très élevé de défaite – il faudrait vraiment que les circonstances soient exorbitantes pour qu'on estime qu'il soit justifié à défaire la règle. Cependant, ce seuil s'abaisse progressivement, et, du reste, assez rapidement ; autrement dit, ce qui va compter comme une circonstance exceptionnelle justifiant la défaite de la règle sera petit à petit moins strictement délimité. Une règle quasi indéfaisable en t_1 peut devenir défaisable en t_2 sous l'effet de l'évolution des raisons qui pèsent sur l'interprétation de la *formulation* de la règle – de sa formulation canonique ou des formulations équivalentes.

Il y a, semble-t-il, quelque chose de paradoxal à soutenir, comme on l'a fait, que les exceptions ne correspondent pas à un problème d'indétermination sémantique et à proposer un modèle interprétativiste de la défaisabilité. En effet, il semble bien que l'interprétation entre en jeu *précisément* lorsque survient un problème d'indétermination sémantique, c'est-à-dire lorsqu'il est impossible de déterminer si, sur le fondement de la règle *telle qu'elle est formulée*, le cas est régulé ou non par la règle.

L'air de paradoxe est levé, du moins provisoirement, si on s'aperçoit qu'une telle objection repose sur un concept étroit d'interprétation, défini stipulativement pour ne couvrir que les cas où surviennent des problèmes d'indétermination sémantique. Or si on a recours à un concept large d'interprétation (lui aussi utilisé pour des raisons purement instrumentales), alors l'objection ne tient pas. Si, par exemple, on définit l'interprétation comme l'attribution d'une signification à un énoncé normatif – on retiendra cependant une définition différente –, alors on ne peut appliquer une règle sans l'avoir interprétée, puisque l'on n'a accès à la règle qu'à travers sa formulation.

Cependant, il semble bien que l'on tombe ici de Charybde en Scylla. Le concept large d'interprétation est employé par les théories réalistes de l'interprétation contemporaines (Michel Troper et les Réalistes génois) afin d'appuyer la thèse selon laquelle il n'y a pas de signification normative (Troper) ou tout au moins pas *une* signification normative (Guastini) *avant* l'acte qui la confère à un texte². Cette position est une forme de scepticisme de la règle renouvelé. Or, dans un tel cadre, la question de la défaisabilité se pose avec une acuité bien moindre. Si l'interprète assigne de manière autoritaire, quoique contrainte, la signification de l'énoncé de la règle, si la règle est entièrement le produit de l'interprétation, alors l'applicabilité conceptuelle de cette dernière dépend du résultat de l'interprétation ; afin d'exclure des cas du scope de la règle, il suffit à l'interprète de retenir une autre interprétation de l'énoncé de la règle, puisque de toute façon la règle ne préexiste pas à l'acte d'interprétation.

C'est pourquoi la théorie de l'interprétation que l'on va retenir, bien que faisant fond sur un concept large d'interprétation, repose sur une théorie non-sceptique de la détermination juridique.

2 Cette présentation informelle ne prétend pas faire justice aux théories réalistes de l'interprétation, qui seront examinées avec plus de détail – et on espère plus de probité – dans la suite de ce chapitre.

SECTION 1. LA NOTION D'INTERPRÉTATION JURIDIQUE

I. DEUX CONCEPTS D'INTERPRÉTATION

De nombreuses controverses sur l'interprétation³ sont obscurcies par le fait qu'elles reposent sur l'emploi de concepts d'interprétations différents ; pour cette raison il apparaît souvent que le désaccord ne provient pas de descriptions conflictuelles d'un même objet, mais du fait que la discussion porte sur deux objets distincts. Une tâche de clarification conceptuelle s'impose. C'est pourquoi on va suivre ici certains auteurs⁴ qui distinguent deux concepts d'interprétation d'un *énoncé* normatif⁵ : un concept étroit et un concept large. Précisons tout de suite que ces deux concepts ne sont pas nécessairement mutuellement exclusifs, mais ils désignent deux aspects d'une même activité, ce qui entraîne des conséquences théoriques importantes. On va présenter ces deux concepts de manière purement analytique en tentant de s'abstraire des problèmes relatifs au contenu des *interpretanda*, que l'on abordera dans la prochaine section.

- 3 Il convient d'emblée de souligner une première ambiguïté, qui a son importance dans certains contextes, mais qui ici est secondaire : par interprétation on entend généralement soit le processus d'interprétation, soit le résultat de ce processus. Le sens retenu sera généralement clair selon le contexte, mais on désambiguïsera le cas échéant.
- 4 Voir Wroblewski, 1985, p. 243 ; Wroblewski, 1992, chap. 7 ; McCormick, 2005, p. 121 ; Guastini, 1993, p. 325-332 ; R. Guastini, 2004, p. 5 ; Marmor, 2005, p. 9 ; Villa, 2010, p. 97.
- 5 Pour des besoins de place on doit passer sous silence d'autres concepts d'interprétation qui ont aussi un certain rôle dans les controverses de philosophie du droit. Ainsi, on ne mentionnera pas ce que Wroblewski appelle l'interprétation entendue en un sens très large (Wroblewski, 1992, p. 87) ou *sensu largissimo*, à savoir « la compréhension de tout objet de culture à travers l'attribution d'une signification, d'un sens, d'une valeur » (Dascal et Wroblewski, 1988, p. 203). On va ainsi passer sous silence les concepts *herméneutiques* d'interprétation, qui ne portent pas sur l'attribution de sens à des *énoncés*, mais sur la manière de comprendre des *textes* pris comme totalité signifiante. Certes en droit, l'interprétation d'un énoncé (au sens large ou étroit ci-dessus) ne pourra pas sans doute pas faire l'économie de la considération du texte, mais il demeure que l'*interpretandum* est l'énoncé et non pas le texte lui-même, c'est pourquoi le problème posé par le cercle herméneutique se pose à un degré moindre. C'est la raison pour laquelle on n'évoquera pas ici les controverses propres au courant *Droit et littérature* ; en effet il me semble qu'interpréter un énoncé normatif est *autre chose*, i.e. est un acte d'un autre type, qu'interpréter *Madame Bovary*. C'est également la raison pour laquelle on n'évoquera que très incidemment le concept holistique d'interprétation propre à Dworkin (Dworkin, 1986, p. 62 sq.), qui plaque sur le raisonnement juridique un concept en fin de compte très peu « juridique » d'interprétation. Les deux concepts d'interprétation que l'on retient ici sont ceux qui sont, *prima facie*, les plus propres à l'interprétation juridique. Il s'agit d'un point *conceptuel* et non pas *descriptif* : lorsque la Cour suprême américaine interprète le Second amendement, en faisant cela elle n'interprète pas l'ensemble de la constitution, ni l'ensemble de la pratique juridique américaine depuis 1776. Il va de soi que son interprétation du Second amendement peut être guidée par une telle interprétation holistique ; mais on peut *conceptuellement* (la question de savoir si on le peut normativement est une autre question) interpréter un énoncé juridique sans interpréter l'ensemble de la pratique passée. De fait tous ces concepts d'interprétation (concept herméneutique, littéraire, holistique, juridique) sont ne sont pas sans lien. On n'a pas affaire à un terme (« interprétation ») qui serait essentiellement *polysémique* ; il est néanmoins ambigu en ce qu'il désigne les facettes multiples, qui se chevauchent partiellement, d'une activité protéiforme.

A. Un concept étroit

Le concept *étroit* d'interprétation peut être présenté informellement par la mise en évidence de ses traits saillants. Selon ce concept, l'interprétation est une activité qui intervient, ou qui est mobilisée, lorsque, pour une raison ou une autre le sens de la norme est obscur, ou lorsque l'on rencontre une difficulté quelconque. En ce sens, le concept étroit d'interprétation est intimement lié à la maxime célèbre : *in claris cessat interpretatio*⁶. Il est à noter que cette maxime contient une revendication à la fois conceptuelle et normative. En effet, elle implique tout d'abord que lorsque l'affaire est simple, le cas facile, que la norme est claire, il ne fait aucun sens de se lancer dans une interprétation, puisque, précisément, l'interprétation est ce type d'activité qui intervient en cas d'obscurité. D'autre part, lorsque la norme est claire, il ne faut pas interpréter (ici on passe d'une thèse conceptuelle à une thèse normative) : ainsi, de même qu'une amputation peut sauver un patient (en cas de gangrène, par exemple), il est peu recommandé de la pratiquer sur un individu en parfaite santé. Interpréter une norme lorsqu'elle est claire revient à l'obscurcir inutilement.

De ce point de vue l'interprétation n'est jamais neutre, elle distord toujours l'original auquel elle s'applique, même si cette distorsion est parfois nécessaire. Et les canons d'interprétation sont des manières d'effectuer une bonne distorsion. Par conséquent l'usage (ou la mise en application) d'un canon par rapport à un autre nécessite de la part du juge une justification : les juges doivent, selon le concept étroit, justifier pourquoi ils interprètent et pourquoi ils le font de telle façon.

On peut dire que, selon ce concept étroit, l'interprétation est analogue à une opération de décryptage, ou de décodage. Bien entendu, l'interprétation ne permet pas toujours de retrouver ce qui a été encodé, et bien souvent il n'y a rien de tel à retrouver. Mais l'interprétation se présente comme une opération se donnant pour but de dépasser l'obscurité apparente de l'énoncé normatif.

A l'appui d'un tel concept étroit on peut mobiliser des éléments théoriques plus robustes que ces traits présentés de manière imprécise. L'un d'entre eux est la « thèse de l'exception », expression que Endicott a formulée pour désigner une thèse d'Andrei Marmor. Cette thèse s'énonce ainsi : « l'interprétation est une exception à la manière standard de comprendre le langage »⁷ – ou plutôt de comprendre un énoncé d'un langage. Chez Marmor, cette thèse repose sur une distinction large, d'inspiration gricéenne, entre sémantique et pragmatique⁸. Selon Marmor, lorsqu'on parle de la signification d'un énoncé, on peut entendre deux sens de « signification » : la « *signification de* » l'énoncé (*meaning of*) et le fait que par l'énoncé on « *signifie* (ou *veuille dire*)

6 Voir, de manière générale, sur les rapports entre l'adage *in claris* et concept étroit d'interprétation, Dascal et Wroblewski, 1988, p. 206 *sq.*

Sur l'impact doctrinal de cette maxime en droit français, Troper, Grzegorzczuk et Gardies, 1991, p. 190.

7 Endicott, 1994, p. 453.

8 Marmor, 2005, p. 17 *sq.*

que » (*meaning that*) quelque chose est, doit être, a été le cas (ou tout autre message susceptible d'être véhiculé au moyen d'un énoncé).

Cette distinction fait référence à la distinction gricéenne entre signification de la phrase (*sentence-meaning*) et signification du locuteur (*utterer's meaning*)⁹. La première signification est conventionnelle et indépendante du contexte : on peut typiquement l'envisager au moyen d'énoncés du type « l'énoncé X signifie "..." »¹⁰ – pour déterminer ce qui est entre guillemets ("...") on se reportera à un dictionnaire ainsi qu'à une grammaire. La seconde signification correspond au contenu que le locuteur entend véhiculer au moyen de l'énoncé, *i.e.* correspond à ce que le locuteur veut dire en employant ces mots ordonnancés de telle manière. La possibilité d'une *communication* au moyen d'un énoncé sera assurée au moyen des intentions du locuteur : le locuteur L signifie *p* au moyen de X s'il a l'intention (primaire) que le destinataire D de X croie que *p* et s'il a l'intention (secondaire) que D reconnaisse que L a cette intention primaire¹¹. Par conséquent la signification du locuteur, est le *contenu propositionnel* que le locuteur a pour intention d'attribuer à l'énoncé, y compris sa force *illocutionnaire*. Lorsque je dis : « passe-moi le sel », je *veux dire* autre chose que « tu me passes le sel » ; cette différence tient à ce que je dis ou veux dire au moyen de ces énoncés, et non à leur signification.

Cependant, la notion de signification du locuteur n'épuise cependant pas l'ensemble de ce qui peut être *dit* au moyen de l'énoncé. En effet, il faut distinguer ce qui est dit au moyen de l'énoncé et ce qui est impliqué (en particulier au moyen d'une implicature conversationnelle)¹². Lorsque ma femme me demande « sommes-nous en retard ? » et que je réponds : « la représentation commence dans 5 minutes », ce que je *dis* au moyen de l'énoncé est que la représentation commence dans 5 minutes, alors que ce que *j'implique* au moyen de l'énoncé est effectivement que nous sommes en retard.

Si ce que je dis au moyen d'un énoncé dépend de mes intentions communicatives (primaire et secondaire), alors la signification du locuteur est au moins virtuellement sensible au contexte – il va de soi que les implicatures conversationnelles sont sensibles au contexte. Grice est néanmoins très prudent à ce sujet : « Un locuteur est réputé avoir l'intention de véhiculer ce qui est normalement véhiculé (ou ce que l'on a normalement l'intention de véhiculer). (...) Dans les cas où il y a un doute et qu'on ne sait pas lequel de deux sens possibles le locuteur a l'intention de véhiculer, nous tendons à nous en remettre au contexte (linguistique ou autre) de l'énonciation »¹³.

Selon Marmor, le fait qu'il y ait une signification du locuteur, c'est-à-dire ce qu'il appelle un *meaning that*, pour ainsi dire par défaut montre qu'il s'agit d'une

9 Grice, 1989, p. 90 *sq.*

10 Grice, 1989, p. 118 *sq.* Grice insiste sur la différence syntaxique représentée par l'emploi de guillemets.

11 Grice, « Meaning » in Grice, 1989, p. 219. Ce modèle a été raffiné par la suite (voir Grice, « Meaning Revisited » in Grice, 1989, spéc. p. 300).

12 Grice, 1989, p. 118. On renvoie au 6^e chapitre.

13 Grice, 1989, p. 222.

« forme de communication qui est déterminée conventionnellement, mais pas sémantiquement ». Autrement dit, il n'y a pas que le *meaning of*, le sens de la phrase qui soit conventionnel, mais également, pour une grande partie le *meaning that* : bien entendu ce dernier est contextuellement déterminé (songeons à l'attribution de valeurs de vérité aux indexicaux, qui suppose un contexte particulier : « il est chef d'orchestre » n'est ni vrai ni faux indépendamment du contexte d'énonciation), mais le fait qu'il existe un « contexte normal » suppose que ce contexte soit conventionnellement déterminé. Autrement dit, le *meaning that* est au moins en partie gouverné par des règles, même si ce ne sont pas des règles sémantiques (telles que les conventions qui déterminent la signification de (*meaning of*) « table » ou « chaise »). En revanche, il y a selon Marmor de nombreux cas où le succès de la communication est déterminé par le contexte, mais ne fait pas l'objet d'une convention : le cas massif est celui des implicatures conversationnelles de Grice¹⁴.

Or Marmor définit l'interprétation comme toute attribution de signification qui n'est pas déterminée par des règles ou par des conventions¹⁵ : il s'agit donc d'un mode particulier de *compréhension* qui n'épuise pas cette dernière. L'interprétation intervient soit lorsque la compréhension ne *suffit pas* à identifier un contenu propositionnel complet (par exemple en cas d'implicature) ou plus largement lorsque la compréhension ne *permet pas* d'identifier un tel contenu (en cas d'obscurité ou d'indétermination sémantique). De manière générale, on peut *comprendre* le sens littéral ou ordinaire (ce par quoi il semble que Marmor, qui ne définit pas ces expressions) d'un énoncé en faisant uniquement usage des conventions sémantiques ou pragmatiques. Dans ce cas là, on n'a pas besoin de se demander quelles sont les intentions du locuteur, ni de tenter de lui attribuer des intentions contrefactuelles. En revanche, attribuer des intentions (réelles ou contrefactuelles) au locuteur d'un énoncé revient à interpréter ce dernier, ce qui se fera généralement à l'aune du contexte de locution. La thèse de Marmor est donc qu'on *peut* comprendre un énoncé sans l'interpréter. Evidemment, il est toujours *matériellement possible* d'interpréter un énoncé de manière gratuite, mais cela entraînera une distorsion du contenu communicationnel de celui-ci – cela revient à obscurcir ce qui était clair auparavant.

Le concept d'interprétation de Marmor est donc étroit : il suppose qu'il y a des contextes de communication réglés par des conventions ou par des règles et au sein desquels il n'est pas nécessaire d'interpréter. Bien entendu ce concept est plus riche que le concept traditionnel sur lequel repose l'adage *in claris*. De fait lorsque j'interprète une implicature, j'attribue une intention bien réelle à l'auteur de l'énoncé, et je le fais souvent de manière inconsciente ; il n'y a pas là un *cas difficile* (lorsque je réponds à ma femme « la représentation commence dans cinq minutes » elle ne trouve pas mon énonciation obscure). Cela tient au fait que le concept d'interprétation de Marmor n'est pas spécifiquement juridique, mais vaut pour tout contexte de communication, y compris celui de la conversation ordinaire. Mais en droit, c'est typiquement lorsque le

14 Marmor, 2006, p. 21.

15 Marmor, 2006, *ibid.*

cas est difficile, c'est-à-dire lorsqu'il y a échec *prima facie* de la communication (entre e.g. le législateur et le juge), que l'on aura recours à l'interprétation ; lorsqu'il est évident, à partir des conventions sémantiques et pragmatiques, que le législateur veut dire *p* au moyen de *X*, alors on se contente de *comprendre X* – c'est du reste parce que l'on peut comprendre *X* que c'est évident. Dans ce cas, on n'a pas besoin d'interpréter¹⁶.

On peut d'ores et déjà remarquer que chez Marmor, la définition du concept d'interprétation comme mode de compréhension non déterminé par des règles ou des conventions, est très largement stipulative¹⁷ : Marmor distingue interprétation et compréhension afin d'asseoir la distinction entre cas clairs et cas difficiles, argument qui est dirigé à la fois contre les « sceptiques de la règle » et surtout contre les théories qui affirment que la méthode est la même dans les cas clairs et les cas difficiles, et que cette méthode repose sur une interprétation – théorie associée au second Dworkin¹⁸. Le concept dworkinien d'interprétation est un concept large, voire *extra-large* – il s'agit d'un concept holistique : pour déterminer quelle est la bonne solution à un litige, le juge détermine celle qui présente la « pratique juridique » dans son ensemble sous son meilleur jour¹⁹, en ce sens il est impossible de distinguer ce qui est droit (*what the law is*) relativement à un cas, et ce qui devrait l'être.

Or Marmor ne saurait réfuter la thèse de Dworkin selon laquelle les juges « interprètent toujours le droit » en employant un concept différent d'interprétation. Cela revient à réfuter un théorème mathématique en en réfutant les axiomes, c'est-à-dire en se plaçant *en dehors* de la théorie auquel ce théorème appartient (or la géométrie riemannienne n'est pas une réfutation de la géométrie euclidienne !). La réfutation de Dworkin doit passer par un argument non pas sur la nature de l'interprétation (« est-il bien vrai que les juges *interprètent* toujours ? »), mais sur la nature de l'activité des juges : les juges font-ils bien ce que Dworkin dit qu'ils font et qu'il décrit au moyen du terme « interprétation » ? Cette question est une question importante de philosophie du droit, mais elle n'a rien à voir avec l'*interprétation* en tant que telle. Si j'appelle interprétation_D et interprétation_M l'*activité* correspondant aux concepts dworkinien et

16 Le choix d'un concept étroit d'interprétation, et la distinction compréhension/interprétation repose d'autre part chez Marmor sur une lecture non-sceptique, anti-kripkéenne du §201 des *Investigations philosophiques* de Wittgenstein. Voir Marmor, 2005, p. 112 *sq.* et pour un commentaire Endicott, 1994, p. 460 *sq.*

17 Voir sur ce point Ratti, 2008, p. 262 ; Chiassoni, 2008b, p. 249. Ratti insiste sur le fait que Marmor ne peut tirer de son concept étroit d'interprétation un argument contre la défaisabilité du droit (ce qui est exact, mais on a vu au chapitre 6 qu'il était possible de l'en extraire) ; Chiassoni insiste sur le fait que la distinction interprétation/compréhension n'est d'aucune utilité pour soutenir une thèse en faveur du positivisme comme Marmor le pense. Chiassoni a, à mon avis, tout à fait raison. Le positivisme est une thèse sur la validité juridiques des règles : comment savoir si *R* appartient ou non au système juridique ? Cette thèse n'a rien à voir avec une thèse épistémique qui devrait répondre à la question : par quelle procédure puis-je identifier le contenu des règles juridiques ? Ces deux questions sont distinctes. On n'a pas besoin de supposer une procédure épistémique *ad hoc* (la compréhension) pour indiquer que le contenu du droit (ce qui est signifié par les énoncés normatifs) est toujours identifiable par ses sources. Les sources permettent de dire quelles sont les règles dont, en droit, il est nécessaire d'identifier le contenu.

18 Dworkin, 1986, p. 354.

19 Dworkin, 1986, p. 52 – on caricature quelque peu le propos de Dworkin.

marmoréen d'interprétation, alors on ne saurait réfuter que les jugent interprètent_D toujours le droit en affirmant qu'ils n'interprètent_M que dans certains cas, quand bien même le concept marmoréen d'interprétation capturerait un aspect de la réalité (ici une activité) plus intéressant, plus pertinent ou plus important que le concept dworinkinien. – Ici, comme ailleurs, le fait que les définitions soient stipulatives, et que, de ce fait, il y ait désaccord sur les définitions mêmes, *exclut* que les définitions puissent valoir comme axiomes de la démonstration.

Plus complexe est de ce point de vue la position de Timothy Endicott, qui partage la « thèse de l'exception » de Marmor, et la radicalise jusqu'à un certain point – puisque là où Marmor voit encore une place assez pour une interprétation véritablement *utile* en droit²⁰, Endicott est à ce sujet beaucoup plus sceptique²¹. Cependant Endicott, qui entend réfuter la thèse (qu'il attribue à de nombreux auteurs²²) selon laquelle « tout ce que les gens font avec ce qui est énoncé par d'autres est de l'interprétation »²³, thèse qu'il appelle le « consensus interprétatif » remarque que ces auteurs n'emploient pas « interprétation » dans le même sens que lui (qui est un sens étroit). Ainsi, certains de ces auteurs admettent que l'interprétation (toujours nécessaire) entraîne nécessairement l'indétermination du droit ; d'autres soutiennent la thèse inverse. Et on peut très bien reformuler les thèses substantielles relatives à la détermination du droit au moyen d'un *concept étroit* : « nous pourrions dire que dans certains cas il n'y a qu'une interprétation admissible, et que la détermination correspond au caractère non admissible d'autres interprétations. Mais nous pourrions également dire que dans ces cas il n'est besoin d'aucune interprétation »²⁴. Or Endicott ne donne pas de raisons substantielles en faveur du concept étroit d'interprétation, si ce n'est une intuition linguistique selon laquelle tout ce qui se comprend ne s'interprète pas. On n'interprète pas un panneau « Stop », mais on peut le comprendre. Si on ne comprenait pas ce que veut dire ce panneau, alors on ne serait pas à même de s'arrêter lorsqu'on arrive à sa hauteur.

L'intérêt de soutenir un concept étroit, selon Endicott, est qu'il empêche de faire du *concept d'interprétation choisi* un argument en faveur d'une thèse de l'indétermination : « on est libre d'utiliser "interprétation" comme un synonyme de "compréhension" [*concept large*] ou comme le processus créatif consistant à faire des choix [*concept étroit*]. Mais (...) c'est précisément parce que l'usage d'"interprétation" pour décrire un processus créatif est commun que le consensus interprétatif se prête à une

20 Marmor défend en effet l'interprétation intentionnaliste des textes législatifs (Marmor, 2001, p. 89 *sq.* ; Marmor, 2005, p. 119, *sq.*). Puisque l'interprétation consiste à attribuer des intentions réelles ou contrefactuelles à un locuteur et que le droit consiste en une structure d'autorité entre le locuteur (ici le législateur) et l'interprète, alors il faut supposer que, lorsqu'elle est accessible, le juge doit dans les cas où il échoue dans sa compréhension du texte, à interpréter ce dernier *selon* l'intention du législateur.

21 Endicott, 2012.

22 Endicott, 2000, p. 11-12.

23 Endicott, 2000, p. 11.

24 Endicott, 2000, p. 13.

thèse sur l'indétermination »²⁵. Autrement dit, c'est parce qu'interprétation est communément entendu au sens étroit (le choix entre plusieurs options, ce qui suppose que le sens ne soit pas clair) que la thèse selon laquelle tout énoncé demande à être interprété entraîne la thèse selon laquelle tout énoncé est obscur. Comme Endicott le fait remarquer, c'est un *non sequitur*.

Le problème est qu'Endicott se rend coupable du même *non sequitur* en sens inverse dans certains écrits. Considérons l'extrait suivant d'un texte récent : « il est facile et attrayant de penser que le raisonnement juridique est généralement affaire d'interprétation. Cette erreur repose sur l'oubli de la manière extravagante dont le droit laisse certaines affaires à la discrétion des parties (...) ou des institutions (...). Inversement cela revient à oublier comment le droit peut lier de manière serrée, transparente et irréversible les parties et les institutions »²⁶. Endicott entend soutenir par là une théorie « mixte » de la détermination juridique (cf. *infra*) : certaines matières sont définitivement réglées par le droit ; d'autres sont laissées au pouvoir discrétionnaire des particuliers ou des institutions (des cours, principalement). Or qu'est-ce que cela a à voir avec l'interprétation ? Le lien est bien entendu le suivant : si ce que la règle de droit requiert est fermement établi, alors il n'y a rien à interpréter ; si le droit est indéterminé, alors (dans la plupart des cas) l'interprétation est incapable de trouver « le seul » sens de l'énoncé qui puisse contraindre la décision²⁷. Si on laisse de côté le rôle de l'interprétation en cas d'indétermination (rôle qu'Endicott voit comme très minimal, comme on l'a vu), le fait que le contenu de la règle soit souvent déterminé n'est un argument pour minorer le poids de l'interprétation dans le raisonnement *que si* on souscrit à un concept étroit d'interprétation.

B. Un concept large

En un sens large, l'interprétation dénote toute attribution de signification à un énoncé²⁸. Que le cas soit facile ou difficile, que le texte soit obscur ou clair, à chaque fois qu'un interprète attribue une signification à ce texte, il l'interprète. Il en résulte que *conceptuellement* l'interprétation n'est pas créatrice, qu'elle n'effectue pas nécessairement une distorsion de l'original ; mais une telle définition ne nous donne aucune information substantielle quant à la nature de cette activité. Guastini effectue une analogie entre traduction et interprétation²⁹. Cette analogie est néanmoins problématique : si la traduction est la reformulation d'un énoncé d'une langue dans une autre, par hypothèse l'interprétation suppose que l'on a affaire à une seule et même langue. C'est pourquoi Guastini est obligé de recourir à la métaphore de la « langue des sources » et de la « langue de l'interprète », celui-ci reformulant les énoncés de celle-là

25 Endicott, 2000, *Ibid.*

26 Endicott, 2012, p. 110.

27 Endicott, 2002, p. 113 *sq.*

28 Guastini, 1993, p. 327.

29 Guastini, 1993, p. 328 – après tout le latin *interpretes* signifie traducteur, et « interprète » s'entend encore en ce sens aujourd'hui dans certains contextes.

dans son propre langage. De fait, on verra bientôt de quelle manière Guastini utilise cette analogie dans sa propre théorie de l'interprétation.

Il suffit pour l'instant de définir le concept large d'interprétation : est large tout concept qui définit l'interprétation sans faire référence à l'obscurité des textes ni à la difficulté des cas.

II. INTERPRÉTATION ET INDÉTERMINATION

A. Position du problème

Par « détermination du droit » on entend la capacité du droit (d'une règle particulière ou d'un ensemble de règles particulières) à apporter une unique solution dans un cas particulier ou dans une classe de cas donnée : étant donné tel cas (réel ou hypothétique, individuel ou générique), le droit est déterminé si et seulement si il apporte une et une seule solution à ce cas. Réciproquement le droit est indéterminé si et seulement si il échoue à apporter une et une seule solution à tous les cas possibles ; dans ce cas, il revient *in fine* au juge de trancher discrétionnairement. Peu d'auteurs ont soutenu la thèse de la détermination du droit, mais Dworkin a considérablement contribué à la populariser. La thèse de l'indétermination du droit est généralement attribuée à tort aux Réalistes américains³⁰ et elle a été l'étendard des *Critical Legal Studies*³¹. De manière générale, la thèse qui semble la plus consensuelle est celle de l'indétermination modérée du droit. Il excèderait de loin le cadre de la présente analyse d'étudier ce débat par ailleurs quelque peu daté.

Les thèses sur la détermination du droit sont-elles des thèses sur l'interprétation juridique ? C'est ce que semble penser Riccardo Guastini qui, reprenant une classification élaborée par Paolo Comanducci distingue entre théories « cognitives », « sceptiques » et « mixtes » (ou « éclectiques »)³² de l'interprétation. Selon Guastini, les théories cognitives se caractérisent comme la thèse selon laquelle les énoncés interprétatifs – concept dont on repousse l'examen à plus tard – sont susceptibles du vrai et du faux ; les théories sceptiques affirment que ces énoncés ne sont pas susceptibles du vrai et du faux et enfin les théories mixtes affirment que ces énoncés sont tantôt susceptibles, tantôt non susceptibles du vrai et du faux. Selon Guastini cette dichotomie épuise l'ensemble des positions possibles, même si, à l'intérieur de chaque théorie, il est possible de trouver de nombreuses nuances.

30 Voir pour une mise au point, Leiter, 2007, pp. 9-11 et pp. 69-80.

31 Voir par exemple, pour un exemple récent, Kennedy, 2008, p. 166.

32 Voir Comanducci, 1999, p. 9 ; Guastini, 1993, p. 334 *sq.* ; Guastini, 2006a, p. 69 *sq.* ; Guastini, 2011, p. 149 *sq.* Dans ce dernier texte, Guastini, filant une métaphore de Hart, remplace « cognitif », « sceptique » et « mixte » respectivement par « thèse du noble rêve », « thèse du cauchemar », « thèse du veilleur » ; à vrai dire, quoique métaphorique, cette tripartition est plus satisfaisante dans la mesure où « cognitivisme » renvoie à des positions méta-éthiques qui n'ont pas grand-chose à faire ici.

Que sont ces trois théories, et à quoi correspondent-elles ? On peut dire que selon la théorie « cognitive », l'interprétation réussit toujours à attribuer un et un seul sens à un énoncé normatif, et que ce sens est toujours en quelque sorte *déjà là*. Selon Guastini, on peut rattacher à cette théorie des auteurs tels que Montesquieu et Beccaria, ce à quoi on pourrait ajouter le légalisme de l'Ecole de l'Exégèse.

La théorie « mixte » affirme qu'il est parfois possible de récupérer le sens de l'énoncé normatif, mais que parfois, pour une raison ou une autre (par exemple la texture ouverte du droit), il est impossible d'identifier le contenu de la règle – thèse que Guastini attribue à Hart, et, de manière générale, à quiconque distingue entre cas clairs et cas difficiles.

Enfin, la thèse sceptique est que le sens de l'énoncé (ou du texte) est le produit de l'interprétation. Comme on le verra Guastini souscrit lui-même à une version modérée du scepticisme interprétatif, et que celle-ci se fonde en particulier sur des critiques assez massives adressées au scepticisme « dur ».

A la lumière des distinctions effectuées dans la précédente section, on peut se demander si 1°) les théories que Guastini classe ainsi portent bien sur l'interprétation des énoncés et des textes ; 2°) et si par conséquent le désaccord porte bien sur l'interprétation juridique. En réalité, Guastini *réinterprète* ces théories ainsi alors qu'elles emploient un autre concept d'interprétation que lui : il semble donc difficile, comme il le fait, de réfuter ces théories *en tant que* théories de l'interprétation, dès lors que ces théories ne définissent pas l'interprétation de la même manière que lui. Or Guastini semble supposer que ces théories partent toutes d'un concept large d'interprétation³³, et entrent en désaccord sur les pouvoirs de cette dernière, sur l'existence d'un sens préexistant à l'interprétation, etc.

Ainsi typiquement, ceux que Guastini nomme « cognitivistes » ont un concept *étroit* d'interprétation. Par exemple, Beccaria soutient que l'interprétation est une activité bien particulière du juge, qui n'épuise pas son rapport aux textes juridiques, et qui est potentiellement dangereuse : les juges doivent se garder autant que faire se peut d'interpréter³⁴. Si Beccaria soutenait un concept large d'interprétation, cela reviendrait à lui faire dire que les juges doivent se garder le plus possible d'attribuer une signification au texte. De fait, ce concept *étroit d'interprétation* permet à Beccaria de soutenir une thèse selon laquelle lorsqu'il n'y a pas besoin d'interpréter (au sens étroit), alors le texte est clair, et il n'y a qu'une manière de l'appliquer ; lorsque le texte est obscur – ce dont il faut se garder, et l'admonestation s'adresse ici au législateur plus qu'au juge –, l'interprétation peut néanmoins retrouver un sens unique – par exemple au moyen de

33 Il est d'ailleurs assez curieux que dans le texte même où il distingue concept étroit et concept large, Guastini échoue à prendre en compte le rôle instrumental que joue le concept étroit dans les théories qu'il appelle cognitiviste et sceptique (voir *e.g.* Guastini, 1993, p. 334).

34 « L'autorité d'interpréter les lois pénales ne peut pas non plus résider auprès des juges criminels, pour cette raison même qu'ils ne sont pas législateurs » (Beccaria, 2009, p. 153) ; « Si l'interprétation des lois est un mal, il est évident que leur obscurité, qui entraîne nécessairement l'interprétation, en est un autre » (Beccaria, 2009, p. 157).

l'intention du législateur. Autrement dit ce que Guastini envisage comme une thèse « cognitiviste » n'est pas une thèse sur l'interprétation, c'est une thèse sur la *détermination* du droit.

On peut envisager de la même manière l'argument de Michel Troper relatif à l'adage *in claris*³⁵. Selon Troper, cette formule est illusoire dès lors que l'interprétation porte sur un texte, et que tout texte doit être interprété : même à supposer qu'il y aurait un sens *clair* du texte, il faudrait néanmoins interpréter celui-ci pour connaître ce sens – et par conséquent savoir qu'il est clair. Or cet argument repose manifestement sur un concept d'interprétation large *distinct* de celui qui est présupposé par (et présuppose) l'adage *in claris*. Si ce dernier est pris comme une thèse conceptuelle, alors il indique que la méthode d'identification du sens d'un énoncé *clair* (ainsi que de sa clarté même) est *autre chose* qu'une interprétation. Celle-ci doit donc s'entendre en un sens *étroit*. Par conséquent Michel Troper ne peut soutenir cet argument *contre* l'adage *in claris* que s'il souscrit à un concept large d'interprétation qui est précisément *exclu* par l'adage *in claris*. Par conséquent, l'argument de Michel Troper contre l'adage *in claris* n'est pas un argument relatif à la *nature de l'interprétation*, mais un argument relatif à la *détermination* du droit.

Il en va de même au sujet des théories que Guastini appelle mixtes. Il est manifeste que Endicott et Marmor, et peut-être Hart³⁶, ont un concept étroit d'interprétation. Or chez Marmor en particulier, l'usage d'un concept étroit est utilisé à des fins théoriques bien précises (par exemple contrer le concept « ultra-large » de Dworkin). Il n'est donc pas possible, comme le font tant Guastini³⁷ et Ratti³⁸ de dire que ce que Marmor entend par compréhension n'est autre chose que l'interprétation littérale³⁹ – ce qui est instrumental chez ces auteurs afin de faire remarquer que d'autres interprétations sont toujours possibles. Chez Marmor, la compréhension *n'est pas* l'interprétation littérale, tout simplement parce qu'il ne ferait pas de sens, pour Marmor ou pour Endicott, d'affirmer que lorsque nous comprenons ce que dit un panneau « Stop » nous « l'interprétons selon le sens littéral ». Et c'est précisément parce qu'on peut comprendre un panneau « Stop » sans l'interpréter que, selon Marmor, l'interprétation est parasitique, exceptionnelle eu égard à la compréhension.

Bien entendu, il s'agit de définitions stipulatives. Chacun choisit le concept d'interprétation en vue des théories qu'il entend soutenir. Chez Marmor, on a clairement affaire à une théorie *mixte* de la *détermination juridique* (il y a des cas faciles, où il n'y a qu'une seule réponse aux litiges), ce eu égard à quoi employer un concept étroit

35 Troper, 2001, p. 75.

36 Hart, 2005, 145 (au sujet de « cas évidents dans lesquels les termes généraux paraissent ne requérir aucune interprétation ») ; mais Hart semble parfois adopter un concept large : « les règles de droit exigent une interprétation pour pouvoir être appliquées aux cas concrets » (Hart, 2005, p. 222).

37 Guastini, 2011, p. 157.

38 Ratti, 2008, p. 264-265.

39 Chiassoni prend la peine de critiquer la distinction interprétation/compréhension (Chiassoni, 2008, p. 259 *sq.*) ; mais de fait il critique un concept stipulativement défini au moyen d'un autre concept stipulativement défini, de sorte que l'on échappe difficilement au dialogue de sourds.

d'interprétation a un rôle instrumental : ce concept suppose, de par sa définition, qu'il y a des cas clairs. De fait les théories « cognitivistes » et « mixtes » qui reposent sur un concept étroit d'interprétation n'entrent pas en désaccord entre elles sur le concept d'interprétation, mais sur l'utilité de l'interprétation ainsi définie. Le « cognitiviste » soutiendra que l'interprétation (en un sens large) parvient toujours à récupérer le sens véritable de l'énoncé normatif ; le « théoricien mixte » soutiendra au contraire que les cas où l'interprétation est vraiment utile sont très rares (c'est la thèse d'Endicott⁴⁰) ou bien que l'interprétation vient en aide au pouvoir discrétionnaire du juge dans les cas difficiles, mais ne saurait que rarement la contraindre (c'est la thèse de Hart⁴¹) – Marmor est plus optimiste qui reconnaît une place à l'interprétation intentionnaliste en matière d'interprétation législative.

Cependant il n'y a pas de lien automatique entre un *concept* d'interprétation et une théorie de l'indétermination. Ce lien n'existe que si on fait, comme c'est le cas chez Guastini, de l'indétermination générale du droit le résultat de propriétés de l'*interprétation* – de fait, si tel est le cas, on ne peut souscrire à un concept étroit. Mais tous les scepticismes de la règle ne reposent pas sur un concept large d'interprétation, ni font dériver leur thèse relative à l'indétermination des règles de thèses essentiellement relatives à l'interprétation. Le Réalisme américain n'est pas fondamentalement une thèse sur l'interprétation des énoncés normatifs, même si, chez certains de ces auteurs⁴², l'interprétation concourt à l'indétermination du droit⁴³ – le scepticisme de la règle des Réalistes dépend plus largement de thèses empiriques sur la nature des cas susceptibles de faire l'objet d'un *review* en appel, sur le caractère holistique de ces cas et des faits qui les composent ainsi que d'un doute (variable selon les auteurs) sur la capacité des règles à déterminer le comportement des juges.

Cependant, il convient de se pencher sur les arguments des sceptiques interprétatifs, *i.e.* des auteurs qui fondent leur scepticisme *dans* une certaine conception de l'interprétation juridique.

40 Endicott, 2012, p. 109 *sq.*

41 Hart, 2005, p. 222.

42 Voir Radin, 1930 ; Llewellyn, 1950, p. 400 *sq.* On trouve également une théorie de « l'interprétation » chez Jerome Frank, mais le concept d'interprétation retenu est très particulier, puisqu'il s'agit d'une analogie avec l'interprétation (l'exécution) musicale (par exemple l'interprétation d'une symphonie) ; voir Frank, 1947, p. 1272 *sq.*

43 Leiter a ainsi souligné (Leiter, 2007, p. 73 *sq.*) que chez de nombreux Réalistes, l'interprétation jouait un grand rôle dans l'indétermination (relative) du droit. Cependant, les réalistes entendent « interprétation » de la même manière qu'il s'agisse de l'interprétation des lois et de l'extraction de la *ratio decidendi* des précédents (Llewellyn effectue lui-même le lien, Llewellyn, 1950, p. 399). Or si l'extraction de la *ratio* suppose l'interprétation du texte du précédent (de la décision portant sur le cas précédentiel), elle n'est pas épuisée par le processus interprétatif – mais elle suppose des intuitions (*hunches*) relatives aux cas eux-mêmes. Lorsque Llewellyn écrit « il y a plusieurs lectures d'un cas » (Llewellyn, 1950, p. 395), il ne veut pas (seulement) dire qu'il y a plusieurs lectures de la *décision* relative au cas précédentiel.

B. Le scepticisme interprétatif : une critique

On va étudier ici deux variantes du scepticisme interprétatif. Elles partagent les deux thèses suivantes : 1° tout énoncé (ou texte) normatif doit être interprété ; 2° il n'y a jamais une seule interprétation possible des énoncés juridiques. De fait, 1° est moins une thèse qu'un postulat. En effet comme le font remarquer Jerzy Wroblewski et Marcelo Dascal⁴⁴ il y a deux manières de comprendre 1° : soit a) comme étant une thèse employant le *concept étroit* d'interprétation – auquel cas se pose la question *empirique* de savoir si aucun texte juridique n'est clair ; soit b) comme une thèse conceptuelle employant le concept large, auquel cas il s'agit d'un énoncé analytique⁴⁵. Si on choisit a) alors 2° s'en déduit comme une thèse purement empirique, mais il demeure que conceptuellement, il *pourrait y avoir* des textes clairs ou des cas clairs. Si on choisit b), alors 1° et 2° sont logiquement indépendants. Autrement dit, on ne peut se fonder sur un *concept d'interprétation* pour en dériver directement une théorie *de l'indétermination* du contenu ou de la signification des énoncés juridiques. Ici il y a nécessairement une asymétrie entre le concept étroit et le concept large. Le concept étroit suppose qu'il *puisse y avoir* des cas clairs. Il implique donc nécessairement une thèse sémantique sur le contenu des énoncés – le fait qu'il n'y ait que des cas obscurs dépendra de contingences empiriques. En revanche, le concept large, par lui-même, n'implique aucune thèse sémantique en particulier.

Or, comme on va le voir, c'est précisément sur le concept d'interprétation que les théories en question bâtissent leur scepticisme. Ce concept d'interprétation repose sur une distinction entre le *texte* et la *norme* : la norme est le produit de l'interprétation du texte, la norme ne précède pas l'interprétation. Or comme on tentera de le montrer ce postulat n'est pas suffisant à asseoir la thèse sceptique. On peut tout à fait reconnaître que le juge (ou le juriste de manière générale) a accès uniquement aux *énoncés* et non directement aux normes et maintenir que dans certains cas, il n'y a qu'une seule interprétation possible.

1. A la source : Kelsen et la norme comme cadre

La plupart des théories du scepticisme interprétatif invoquent la théorie kelsénienne de l'interprétation à l'appui de leur propos, et en particulier la distinction effectuée par Kelsen entre interprétation-connaissance et interprétation-volonté. Ils n'attribuent certes pas une position sceptique à Kelsen, mais voient dans l'appareil conceptuel kelsénien de précieux outils pour étayer leurs propres théories.

Kelsen, de toute évidence, possède un concept large d'interprétation : « Si un organe juridique doit appliquer le droit, il faut nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a mission d'appliquer, il faut nécessairement qu'il interprète ces

44 Ces auteurs ne commentent pas les théories que l'on va étudier ici, mais leur prédécesseur, à savoir la doctrine de Giovanni Tarello.

45 Dascal et Wroblewski, 1988, p. 210.

normes »⁴⁶. Kelsen reconnaît que cette interprétation peut être effectuée en dehors du strict contexte d'application, en particulier par la science du droit, et, plus largement, par la doctrine. Seulement, les organes d'application n'interprètent pas le droit de la même manière que la science du droit, ou plutôt l'interprétation juridictionnelle comporte un aspect absent de celui de ce que Kelsen appelle l'interprétation scientifique.

Selon Kelsen, il y a plusieurs sources d'indétermination en droit. La première consiste dans le rapport de concrétisation opéré par la norme juridictionnelle à l'endroit de la norme supérieure que le juge applique. La norme supérieure générale ne règle pas toutes ses modalités d'application, et elle laisse bien entendu une large marge d'appréciation au juge : par exemple lorsqu'elle ne donne pour la peine qu'un maximum ou qu'un ordre de grandeur⁴⁷ ; ou encore lorsqu'une loi définit de manière très générale les mesures à prendre et qu'elle laisse au décret d'application le soin de définir les règles applicables aux divers cas spécifiques. Il s'agit, selon Kelsen, d'une indétermination intentionnelle du droit. Il existe également une forme d'indétermination involontaire qui résulte de l'indétermination linguistique de l'énoncé qui exprime la norme (en particulier son ambiguïté)⁴⁸. Dans ce cas, le texte exprimera deux normes possibles.

Selon Kelsen⁴⁹, dans tous les cas d'indétermination, la norme est un cadre, comprenant plusieurs normes possibles, au sein duquel il faudra faire un choix. On peut d'ores et déjà remarquer que les deux formes d'indétermination ne sont pas identiques eu égard à la fonction revêtue par ce cadre. Dans le premier cas, l'énoncé de la norme supérieure est *clair*, mais il est *général*, de sorte qu'il y a plusieurs normes *inférieures* (e.g. de normes énoncées par l'organe d'application) possibles concrétisant la norme supérieure ; en revanche dans le deuxième cas, il y a plusieurs normes *supérieures* possibles : l'énoncé de la norme (par exemple la loi) comprend plusieurs normes *générales*. Par conséquent, dans le premier cas, l'énoncé a *une seule signification* possible (mais trop générale pour pouvoir véritablement contraindre la décision – c'est d'ailleurs pour ne pas contraindre la décision que le législateur a choisi d'exprimer la norme de manière générale)⁵⁰ ; dans le second cas, l'énoncé a *plusieurs significations*, et l'organe d'application, en choisissant l'une d'entre elles, sélectionnera en réalité la *norme applicable*⁵¹.

Kelsen semble en déduire que *toute* norme est nécessairement un cadre⁵² – ce qui suppose une forme de scepticisme interprétatif modéré (cf. infra). Cependant, en raison de la confusion entre les deux sortes d'interprétations, Kelsen est amené à varier sur le contenu de ce cadre. Si ce cadre peut être déterminé par voie de connaissance – ce que

46 Kelsen, 1962a, p. 453.

47 Kelsen, 1962a, p. 455.

48 On pourrait douter que la distinction entre les deux formes d'indétermination tourne autour du caractère volontaire. Je peux être volontairement ambigu. En revanche, la distinction tourne autour du caractère indéterminé de la *norme* et du caractère indéterminé de l'énoncé normatif.

49 Kelsen, 1962a, pp. 458-458.

50 Autrement dit, l'indétermination du premier ordre entraîne ce que Dworkin appellerait un pouvoir discrétionnaire *au sens faible*.

51 Il s'agit donc d'un pouvoir discrétionnaire au sens fort.

52 Voir Kelsen, 1962a, p. 457.

Kelsen affirme explicitement, on y reviendra – et que l'interprétation scientifique est un acte de connaissance, alors le cadre comprend plusieurs *normes supérieures* : la même loi est un cadre comprenant diverses possibilités, diverses normes générales. Mais dans le premier type d'indétermination (l'indétermination « intentionnelle »), il n'y a qu'une seule norme générale (supérieure) dans le cadre. Or Kelsen semble indiquer que le cadre comporte des normes individuelles, *i.e.* des normes *concrétisant ou appliquant* les normes générales supérieures⁵³. Il va de soi qu'il y a toujours plusieurs normes individuelles possibles susceptibles d'être prises en application d'une norme générale de rang supérieur ; mais cela n'implique pas nécessairement qu'il y ait plusieurs *significations* de l'énoncé normatif général. Bien entendu, lorsqu'il y a plusieurs significations possibles, *i.e.* plusieurs normes générales possibles, alors il y a autant (si ce n'est plus) de normes individuelles possibles prises en application de ces normes générales possibles.

Il en résulte que la théorie de la norme comme cadre n'implique nullement une forme de scepticisme (même modéré) généralisé, mais suppose toujours une situation *d'application* ou de concrétisation des normes : il y a toujours plusieurs normes inférieures susceptibles d'être prises en application de normes générales de rang supérieur, mais cela ne veut pas dire que l'énoncé qui exprime ces dernières ait toujours plusieurs significations possibles. La thèse de la norme comme cadre est autant une thèse sur l'application (ou la concrétisation) qu'une thèse sur l'interprétation.

Il en résulte que les normes, exprimant un cadre, peuvent toujours être *appliquées* de plusieurs manières. Pour simplifier, on va supposer que le cadre comprend plusieurs *significations* possibles, *i.e.* plusieurs normes générales possibles (même si encore une fois cela n'est pas une nécessité conceptuelle chez Kelsen, contrairement à *e.g.* Guastini). Dans ce cas, le juge, pour prendre sa décision, *i.e.* pour arriver à la norme individuelle qu'il doit énoncer, doit *interpréter* la norme (ou plutôt l'énoncé normatif, mais Kelsen n'effectue que rarement la différence). Au sein de ce cadre, il ne saurait y avoir une seule interprétation possible. Par conséquent « l'obtention de normes individuelles par le processus d'application du droit est une fonction du vouloir, en tant qu'elle consiste à remplir le cadre d'une norme générale ». J'identifie les diverses possibilités, je choisis celle que je vais appliquer. Autrement dit l'interprétation juridictionnelle ne saurait être un pur *acte de connaissance*, car cet acte de connaissance ne permet que d'identifier un cadre, comprenant plusieurs possibilités ; il s'agit d'un *acte de volonté* effectuant un choix entre les diverses possibilités. – On a toujours ici une ambiguïté⁵⁴ sur ce qui fait l'objet de ce choix : plusieurs normes individuelles (ou tout au moins plusieurs normes de concrétisation) possibles ? plusieurs normes

53 *Ibid.*

54 Cette ambiguïté est importante, et elle est fâcheuse. En effet, l'interprétation scientifique détermine le cadre par un acte de connaissance, mais ce qu'il y a dans le cadre ne saurait être des normes individuelles. Ce qu'il y a dans le cadre est soit des normes générales de même rang que l'énoncé interprété (cas d'indétermination « involontaire », *ie.* d'indétermination linguistique) soit des normes générales de rang inférieur à celui de l'énoncé interprété portant sur diverses *sous-classes de cas possibles* régulées par les normes inférieures (cas d'indétermination « intentionnelle », *i.e.* d'indétermination de la norme, et non de l'énoncé). En aucun cas les normes comprises dans le cadre déterminé par l'interprétation scientifique ne sont des normes individuelles.

générales à appliquer ? – Toujours est-il que « dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit applique, par une opération de connaissance s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur du droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance »⁵⁵. Ce faisant, l'organe *crée* du droit : il énonce une *norme* qui n'est pas la seule norme possible ; il crée donc du droit, de manière certes contrainte par les limites du cadre, et y compris lorsque la norme de vaut que pour le cas concret, *i.e.* ne vaut qu'*inter partes*. C'est pourquoi cette interprétation est, selon Kelsen, authentique⁵⁶. Non seulement elle procède d'un acte de volonté, et ce faisant effectue un choix, mais ce choix est doté d'effet juridique, *y compris* lorsqu'il aboutit à la création de normes « qui sont tout à fait en dehors du cadre que constituent les normes à appliquer »⁵⁷.

Par contraste l'interprétation scientifique ne fait que déterminer le cadre lui-même et ses limites. Elle ne fait qu'indiquer quelles sont les diverses significations possibles de la norme⁵⁸ ; il s'agit selon Kelsen d'un pur acte de connaissance duquel il serait absurde d'attendre qu'il nous dise quelle est la seule interprétation possible, quelle est la « vraie » interprétation possible.

2. Le scepticisme radical

Michel Troper, dans divers écrits, a radicalisé la notion kelsénienne d'interprétation authentique. Il est vrai que Troper adresse un certain nombre de critiques à Kelsen⁵⁹, dont certaines sont bienvenues. Il remarque ainsi que Kelsen parle sans cesse d'interprétation des *normes* : or ce n'est pas la norme en tant que telle qui est interprétée, mais le texte normatif, *i.e.* le texte qui a pour signification une norme. Selon nous il s'agit avant tout⁶⁰ d'une marque de désinvolture ou de relâchement conceptuel

55 Kelsen, 1962a, pp. 460-461.

56 Kelsen n'emploie pas « authentique » au sens que ce terme a habituellement en droit (où il désigne l'interprétation fournie par l'auteur même du texte ou de l'instrument à interpréter).

57 Kelsen, 1962a, p. 461.

58 Kelsen 1962a, p. 462 *sq.*

59 Troper, 1994, p. 87 *sq.* On retient seulement certaines de ces critiques. D'autres nous semblent plus discutables, en particulier celle qui reproche à Kelsen de ne pas tenir compte de l'interprétation des faits (thème repris par Troper, 2001, p. 78). Pour une critique de la notion « d'interprétation des faits », on renvoie à Guastini, 2004, p. 12.

60 Michel Troper considère que cette désinvolture entraîne une incohérence de la part de Kelsen : « l'idée que c'est la norme applicable qui fait l'objet de l'interprétation est en contradiction totale avec la définition kelsénienne de la norme. Celle-ci est seulement la signification d'un acte de volonté. Si interpréter c'est déterminer la signification de quelque chose, la norme ne peut être objet d'interprétation. L'idée qu'on pourrait déterminer la signification d'une signification est évidemment absurde » (Troper, 1994, p. 87). Il y aurait une telle contradiction, si dans les expressions « la norme comme signification d'un acte de volonté » et « l'interprétation comme détermination de la signification d'un X », le mot « signification » avait la même... signification. Lorsque Kelsen écrit que la norme est la signification d'un acte de volonté (Kelsen, 1962a, p. 5), il emploie le mot signification dans le même sens que dans la formule « le fait de commettre un homicide volontaire a pour signification juridique d'être un meurtre » ou encore « ce nuage noir signifie qu'il va pleuvoir ». Il ne s'agit pas de la *signification linguistique* d'un énoncé, mais de la *signification*, ou si l'on veut du *statut*, que revêt un fait non linguistique du monde (ce que Grice appelle « signification naturelle »,

de la part de Kelsen, qui ne prête pas vraiment à conséquence. On peut l'expliquer par l'ambiguïté que l'on a soulevée au sujet du *cadre*. On a en effet noté que Kelsen entend « interprétation » de deux manières : comme la détermination des diverses significations des « mots par lesquels la norme s'exprime »⁶¹ ; comme le processus par lequel l'organe d'application concrétise la norme générale ou détermine la norme individuelle. De fait il n'y a interprétation au premier sens que lorsqu'on a affaire à l'indétermination que Kelsen appelle « involontaire » et qui est l'indétermination *linguistique* : dans ce cas, il y a bien interprétation d'un énoncé, et non pas de la norme elle-même, puisque, par hypothèse, l'énoncé a pour signification plusieurs contenus normatifs possibles. En revanche, dans le second type d'interprétation (lorsque le juge choisit entre plusieurs *normes individuelles*), on a davantage affaire à une *concrétisation* (choix entre diverses possibilités d'application concrète) qu'une *interprétation* : ici, on s'intéresse moins à la signification de l'énoncé normatif qu'aux diverses manières d'appliquer une norme *déjà identifiée*. – Tout ceci résulte de l'ambiguïté initiale sur le contenu du cadre (normes générales ? normes individuelles ? les deux ?).

Cependant, selon Michel Troper, le fait d'accepter (comme le fait, à notre avis, sans aucun doute Kelsen) que l'interprétation porte sur un texte oblige à soutenir une *théorie réaliste de l'interprétation*. Selon Troper, l'interprétation juridictionnelle est une fonction de la volonté *et non* de la connaissance⁶² – les deux fonctions sont donc mutuellement exclusives. Le juge ne connaît pas un sens qui le précèderait, mais détermine d'autorité le sens du texte. Cela découle selon Troper du caractère authentique de l'interprétation juridictionnelle. Si l'interprétation est authentique, c'est-à-dire si elle n'est susceptible d'être remis en cause par aucune autre instance du système juridique, alors le sens du texte est celui que détermine d'autorité l'interprète. Il en résulte qu'il n'existe pas d'interprétation *contra legem* : « Une interprétation *contra legem* en effet serait celle qui irait à l'encontre du sens véritable de la loi. Or on ne dispose d'aucune interprétation permettant d'établir ce sens véritable, auquel on pourrait comparer l'interprétation authentique »⁶³.

Cependant Troper fait un pas supplémentaire. Non seulement il n'y a pas d'interprétation admissible du sens véritable si celui-ci se trouve être battu en brèche par l'interprétation authentique, mais de surcroît il n'y a pas du tout de sens véritable qui précèderait l'interprétation. Il n'y a pas de sens objectif du texte – que celui-ci se trouve dans l'intention de l'auteur ou dans tout autre critère de détermination de la signification : « le seul sens est celui qui se dégage de l'interprétation et l'on peut dire que, préalablement à l'interprétation, les textes n'ont encore aucun sens, mais sont

Grice, 1989, p. 216) : le nuage noir a pour « signification » ou pour « statut » d'être annonciateur de pluie ; l'acte de volonté a pour « signification » (ne serait-ce que « subjective ») d'être normatif. En revanche, la « signification » déterminée par l'interprétation est la signification linguistique d'un énoncé. – On ne fait qu'esquisser ici un point qui mériterait d'être plus amplement argumenté.

61 Kelsen, 1962a, p. 337.

62 Troper, 2001, p. 70.

63 Troper, 2001, p. 72.

seulement en attente de sens »⁶⁴. Ce postulat a pour conséquence que l'interprétation *scientifique* devient oiseuse : s'il n'y a pas du tout de sens qui précède l'interprétation authentique, il n'y a même pas de « cadre » à déterminer. Sur ce point, cependant, Michel Troper semble hésiter : « la loi contient plusieurs normes potentielles différentes (...) C'est l'interprète qui choisit entre ces sens »⁶⁵ ; cette thèse semble le rapprocher du scepticisme modéré, qui reste *mutatis mutandis* fidèle à la notion kelsénienne de cadre. Michel Troper semble inférer de ce qu'il n'y a pas *un seul sens véritable* il n'y a *pas de sens véritable*. Or, lorsque Kelsen fait référence « à la création de normes qui sortent du cadre » (cf *supra*), il fait référence aux effets juridiques de l'interprétation retenue, qui donne bien naissance à une norme valide ; il n'affirme nullement que le cadre lui-même n'existe pas. Or si on reconnaît qu'existe un noyau de sens véritables, un cadre, alors, *ipso facto*, on est obligé de reconnaître que le juge⁶⁶ *peut* statuer *contra legem* – lorsqu'il sort du cadre – sauf à supposer que l'interprète détermine entièrement le cadre lui-même au moyen d'un acte de volonté⁶⁷, ce qui rend quelque peu oiseux la détermination du cadre (puisque, de toute façon, il choisit l'unique sens qui l'intéresse).

De fait, on peut se demander de manière plus générale si le fait que la décision du juge soit une « interprétation authentique » au sens de Kelsen (*i.e.* qu'elle crée du droit) ainsi qu'au sens de Troper (« insusceptible de recours devant une autre juridiction ») est vraiment de nature à fonder l'idée selon laquelle l'interprétation serait un acte de volonté et non en même temps de connaissance.

Dire que l'interprétation est un acte de volonté ou de connaissance tient davantage d'une restriction conceptuelle apportée aux modalités de l'interprétation juridique (entendue *lato sensu*) que d'un choix entre deux concepts distincts d'interprétation. En effet rien ne s'oppose conceptuellement à l'idée que l'interprétation-connaissance et l'interprétation-volonté ne sont pas mutuellement exclusives, mais décrivent deux aspects d'un même processus : par exemple l'interprétation-volonté est un *choix* entre plusieurs interprétations possibles, entre plusieurs normes possibles à partir d'un même énoncé normatif. Ces « interprétations possibles » doivent s'entendre comme des actes de connaissance, même si par ailleurs on admet *arguendo* qu'il n'y a rien à connaître : une erreur ou une illusion sont encore des actes de connaissance. Lorsque je dis : « ce

64 Troper, 2001, p. 74.

65 Troper, 2001, *Ibid.*

66 Il est vrai que selon Troper, le juge n'est pas le seul interprète authentique, mais tout auteur pouvant « donner une interprétation incontestable devant une juridiction quelconque », par exemple le Président de la République pour tous les actes ne constituant pas un manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat (Voir Troper, 2001, p. 80).

67 Michel Troper écrit ainsi : « Si une loi contient la formule *il est interdit de p*, l'expression *p* peut désigner, selon le sens qu'on lui attribue, plusieurs actions différentes *p1*, *p2*..., *pm* de sorte que la loi ne contient pas une norme, mais, *selon l'interprétation qui en est donnée*, plusieurs normes potentielles différentes *il est interdit de p1*, *il est interdit de p2*..., *il est interdit de pm* » (Troper, 2001, p. 74). Dans l'expression que l'on a soulignée « *selon l'interprétation qui en est donnée* », de quelle interprétation s'agit-il ? d'une interprétation authentique ? ou d'une interprétation connaissance ?

texte signifie N1 ou N2 », je n'émetts aucun acte de volonté ; cet acte de volonté intervient lorsque je choisis N1 plutôt que N2⁶⁸.

Or ce genre d'acte de volonté, il n'y a pas besoin qu'il soit effectué par le juge. De manière générale, l'auteur qui détermine en doctrine les diverses possibilités interprétatives n'en reste pas là, mais choisit le sens qui lui semble préférable. Le caractère « authentique » de l'interprétation *juridictionnelle* ne tient pas à l'existence de cet acte de volonté, mais tient au fait que seule cette interprétation est dotée d'*autorité*, i.e. produit des effets juridiques, produit une *norme juridique* valide. Il faut donc distinguer conceptuellement le couple interprétation scientifique/interprétation authentique et le couple interprétation-volonté/interprétation connaissance : le premier désigne le *sujet* et les *effets juridiques* de l'interprétation ; le second caractérise le *processus* d'interprétation (quel qu'en soit le sujet).

Si la définition de l'interprétation comme acte de volonté caractérise le choix entre diverses options interprétatives (même fausses, i.e. ne correspondant à aucun noyau de significations véritables, que l'on suppose être illusoire), alors il n'y aucune raison d'en faire le seul apanage des interprètes authentiques. Tout le monde *peut* matériellement faire un tel choix. Si, en revanche, par acte de volonté on entend que l'interprétation est *dotée d'autorité*, alors on met au jour les effets que le système juridique attache à certaines interprétations plutôt qu'à d'autres, mais on n'indique rien qui porte véritablement sur le *concept* d'interprétation. C'est un fait contingent que certains actes de volonté créent objectivement des normes et d'autres pas.

Toujours est-il que l'interprétation-volonté et l'interprétation-connaissance sont – si on en fait des caractérisations du *concept* d'interprétation juridique – deux aspects d'un même processus. Le fait est que, inévitablement, le juge effectuera un acte de volonté ; alors que l'interprétation scientifique peut se contenter de détailler le « cadre », l'interprétation authentique *devra* faire un choix. Or de ce constat, on ne peut déduire *aucune* thèse relativement à la *détermination* ou à l'*indétermination* du droit. En effet il y a une nette différence entre l'affirmation selon laquelle les juges effectuent toujours une décision relative au sens des énoncés normatifs, c'est-à-dire *déterminent* le sens de l'énoncé – et la thèse selon laquelle l'énoncé n'a pas de sens qui précéderait l'interprétation. Or c'est pourtant ce qu'écrit Michel Troper dans les lignes citées ci-dessus relativement à l'interprétation *contra legem*. En réalité on ne dispose (sauf en cas de conflit entre juridictions de même rang) d'aucune interprétation *authentique* permettant d'établir ce sens véritable ; cela se déduit trivialement de la définition de l'interprétation authentique. Mais cela ne veut nullement dire qu'on ne dispose d'aucun outil (par exemple une interprétation-connaissance) à même d'établir ce sens véritable. Une chose est de dire que l'interprétation authentique détermine le sens *juridiquement* acceptable⁶⁹ de l'énoncé ; une autre est de dire que l'énoncé n'a pas de sens indépendamment d'une interprétation authentique. Que le juge *puisse* déterminer le sens de

68 On va voir que c'est, *mutatis mutandis*, et quelque peu édulcorée, la position soutenue par le scepticisme modéré de Riccardo Guastini.

69 Ce qu'affirme à raison Troper, *ibid.*

l'énoncé qui produira des effets juridiques, qui sera doté d'autorité en droit n'implique nullement qu'il n'y ait aucun sens précédent cet acte de détermination. S'il n'y avait aucun sens ni noyau de sens véritable(s), alors l'interprétation authentique ne pourrait être dite *contra legem* ; mais ce n'est pas parce qu'une interprétation authentique a le dernier mot *juridiquement parlant* et, par hypothèse, ne peut être annulée, qu'il n'y a pas de sens véritable. Il n'y a simplement pas de sens véritable pertinent juridiquement. Dire qu'une interprétation (authentique) est *contra legem* n'est pas dire que la norme créée par cette interprétation est nulle, puisque, d'un point de vue kelsénien même, il n'y a pas de nullité sans annulation ; mais cela ne veut nullement dire que l'on ne puisse comparer le produit de l'interprétation authentique avec le noyau de sens que l'on peut attribuer à l'énoncé⁷⁰.

Cependant, on pourrait très bien affirmer que les énoncés n'ont pas de sens ou de noyau de sens indépendamment d'une détermination autoritaire (ou authentique) de ce sens par un interprète. Mais cette thèse ne se déduit pas du concept d'interprétation, puisque le caractère authentique ne détermine pas un type particulier d'interprétation, mais détermine le sujet (*e.g.* le juge) et les effets d'une interprétation. Cette thèse n'est pas seulement une thèse de philosophie du droit ; c'est une thèse de *philosophie du langage*, et au regard de cette dernière, elle semble bien contre-intuitive. Le simple fait que le juge décide « authentiquement » du sens attribuable à la norme, ne veut nullement dire que ce sens n'existe pas avant toute interprétation (par conséquent ne rend nullement impossible qu'il statue *contra legem*, même si cela n'a aucune incidence sur les effets juridiques de sa décision). Si l'indétermination *sémantique* des énoncés juridiques est totale, ce ne peut être pour des raisons *juridiques*, mais pour des raisons relatives au *langage*. Le problème est qu'aucun argument n'est avancé pour asseoir l'idée d'une indétermination radicale du langage⁷¹ indépendamment des effets juridiques de l'interprétation.

70 Imaginons un jeu entre trois joueurs *A*, *B*, et *C* défini de la manière suivante. Le joueur *A* émet un énoncé quelconque (descriptif ou normatif) à l'intention de *C* : cet énoncé a pour but de transmettre une information (par exemple : « il fait beau ») ou donner un ordre (« apporte-moi mes pantoufles »). *C* n'a pas directement accès à l'énoncé de *A* ; à chaque fois qu'il souhaite savoir ce que *A* a dit, il doit en passer par *B*. *B* est, de fait, totalement libre de faire dire ce qu'il veut à l'énoncé de *A* (« il pleut » ; « apporte-moi ma robe de chambre »). C'est sur cette interprétation « authentique » que *C* se fondera pour guider ses actions dans la suite du jeu. *C* ne peut pas remettre en question cette interprétation pour deux raisons : 1° la première est qu'il ne connaît pas l'énoncé original ; 2° quand bien même il le connaîtrait, il n'aurait pas le droit d'agir *autrement* que sur le fondement de ce que lui a dit *B*. Maintenant supposons que *C* ait accès à l'énoncé de *A*. De fait la restriction n° 1 est levée, mais pas la restriction n° 2. *C* doit toujours agir sur le fondement de ce que lui a dit *B*. Mais *C* peut fort bien comparer les énoncés respectifs de *A* et *B*, et pour ce faire il attribuera une signification à l'énoncé de *A*. Même si on admet que l'énoncé de *A* n'a pas de sens *avant* l'interprétation – ce qui est déjà contestable –, il demeure que l'indétermination de l'énoncé n'a rien à voir avec le caractère authentique de l'interprétation effectuée par *B*, puisque *A* a toujours l'obligation d'agir selon l'énoncé de *B*. Autrement dit même si on admet que le sens d'un énoncé dépend toujours d'une *décision* relative à ce sens, cela n'a rien à voir avec les paramètres *juridiques*, *i.e.* avec le caractère *authentique*, de l'interprétation : pour le montrer il faut nécessairement montrer que les énoncés n'ont pas de sens avant tout acte, authentique ou non, d'attribution de signification à des énoncés, c'est-à-dire avant tout acte d'interprétation.

71 Cependant, on a déjà indiqué que Michel Troper reconnaissait l'existence d'un noyau possible de significations ; mais cette reconnaissance entraîne un coût théorique.

Riccardo Guastini adopte d'ailleurs une critique relativement analogue à celle qui vient d'être faite. Il écrit ainsi :

c'est une question de fait que les juges de derniers ressort (...) peuvent attribuer aux textes normatifs n'importe quelle signification, à leur convenance ; et il est vrai que le droit confère habituellement à leur interprétations « authentiques » des effets directs. (...) Mais cela ne constitue aucun argument en faveur de la thèse centrale du scepticisme radical, *i.e.*, qu'il n'y a pas de *signification du tout* avant l'interprétation.

De fait, la théorie sceptique modérée de Guastini va constituer à soutenir qu'il n'y a pas *un* sens véritable des énoncés normatifs, tout en maintenant qu'il y a toujours *plusieurs* sens précédant l'interprétation.

3. Le scepticisme modéré

Riccardo Guastini distingue également entre texte norme. Selon Guastini, les sources de droit ne donnent pas naissance à des *normes*, mais à des *dispositions normatives*⁷². Ces dispositions sont des énoncés qui ont pour signification des normes. Cependant, toute disposition requiert une interprétation. Cela tient à l'usage du concept large d'interprétation que Guastini emploie : l'interprétation s'emploie comme attribution de signification. Si je veux savoir quelle est la signification de la disposition, je dois l'interpréter, c'est-à-dire proférer un *énoncé interprétatif*⁷³. L'énoncé interprétatif est le produit de l'action mentale d'interprétation. Il prend la forme suivante : « le texte T a pour signification la norme N ». Or, selon Guastini, *les énoncés interprétatifs n'ont pas de valeur de vérité*. Il n'est jamais vrai ou faux que le texte (ou la disposition) T a pour signification la norme N.

Pour le comprendre, il faut tout d'abord remarquer ce sur quoi cette thèse *ne porte pas*. Pour Guastini, les problèmes couramment associés à l'« interprétation », tels que les problèmes de vague ou de texture ouverte, ne *sont pas* des problèmes d'interprétation. Ce sont des problèmes de *subsumption*⁷⁴ qui supposent que la norme elle-même ait déjà été identifiée. Il s'agit d'une « interprétation *in concreto* »⁷⁵ ou « *fact-oriented interpretation* »⁷⁶, qui n'est une interprétation qu'en un sens faible. Selon Guastini, il ne s'agit pas d'une interprétation, si par interprétation on entend l'opération par laquelle on identifie le *sens* (le *Sinn* frégéen) et non la *dénotation* (la *Bedeutung*) des énoncés normatifs (des dispositions). Par conséquent, lorsqu'on dit qu'un énoncé interprétatif n'est jamais ni vrai ni faux, on ne fait pas référence aux problèmes de subsumption – puisque aucune théorie, à part une théorie épistémiciste du vague, n'affirme que les énoncés relatifs aux cas limites soient susceptibles du vrai ou du faux. Ce n'est tout

72 Guastini, 1993, p. 18 *sq.* Guastini, 2004, p. 99-110 ; Guastini, 2010, p. 35-40

73 Guastini, 1993, p. 332-334 ; Guastini, 2004, p. 44 *sq.* ; Guastini, 2006a, p. 71 ; Guastini, 2006b, p. 140.

74 Guastini, 2006a, p. 70.

75 Guastini, 2004, 84.

76 Guastini, 2011, p. 138-140.

simplement pas de cela qu'il s'agit. – On peut noter cependant que la distinction *subsumption/interprétation* effectuée par Guastini est correcte en ce qui concerne le vague : le problème de subsumption posé par un cas-limite n'est jamais un problème relatif à la signification des prédicats (mais uniquement à leur dénotation). En revanche, Guastini ne prête pas assez attention aux problèmes particuliers posés par la texture ouverte (surtout hartienne) qui naît d'un problème d'*intension* variable des concepts. Si les *propriétés* des cas tombant sous le concept sont incertaines, alors l'intension du concept, *i.e.* la signification (*Sinn*) du *prédicat*, est nécessairement indéterminée, ce qui affecte la signification (*Sinn*) de l'énoncé. Le problème n'est alors pas qu'on a affaire à deux significations invariables (cas d'ambiguïté) mais à une seule signification variable.

Quoi qu'il en soit, la non susceptibilité au vrai et au faux des énoncés interprétatifs ne s'explique pas, selon Guastini, par des problèmes de subsumption, puisque ceux-ci supposent que l'interprétation *in abstracto* ait déjà été effectuée. Il faut ici entendre interprétation *in abstracto*⁷⁷ comme celle qui attribue une signification à une disposition normative, telle qu'elle est effectuée non pas seulement par les juges, mais également par la *doctrine* et par les juristes de manière générale. Selon Guastini, les énoncés interprétatifs ne sont ni vrais ni faux parce qu'ils résultent toujours d'une *décision*, d'un *choix* entre plusieurs significations possibles.

Cela amène Guastini à reprendre à son compte la notion kelsénienne de cadre⁷⁸. Pour tout énoncé normatif, il est possible d'attribuer un grand nombre de significations. Le sens littéral est une signification possible, et de surcroît il est souvent ambigu ; mais le sens ayant fait l'objet de l'intention du législateur en est une autre ; le sens que lui aurait conféré un législateur idéal en est encore une autre, et ainsi de suite. De manière générale, on peut dire que l'ensemble des dispositions du système juridique sont ambigus en un sens non technique (*i.e.* non restreint aux seuls cas d'ambiguïté sémantique et syntaxique), pour des raisons qui tiennent à la nature de droit : « dans le domaine juridique, le sens des énoncés normatifs est une variable dépendante non seulement des règles syntactiques et sémantiques du langage dans lequel ces énoncés sont formulés, mais aussi et surtout : (a) de la technique interprétative particulière employée, (b) des thèses dogmatiques présumées et, dans quelques cas, (c) des jugements de valeur formulés ou (...) sous-entendus par l'interprète »⁷⁹. Selon Guastini, la signification des énoncés juridiques est toujours passé à travers d'une série de filtres, qui la diffracte en plusieurs significations possibles. Cela tient au fait que l'interprétation prend place dans un « jeu interprétatif »⁸⁰, c'est-à-dire d'une activité sociale, dirigée par des règles, laissant aux interprètes une marge de manœuvre plus ou moins grande selon les cas.

77 Guastini, 2004, p. 82.

78 Guastini, 2004, p. 56-57.

79 Guastini, 2006a, p. 76.

80 Guastini, 2004, p. 24 ; Chiassoni, 2000, *passim* : « Un "jeu" est, pour le dire rapidement toute activité individuelle ou sociale accomplie en accord avec un ensemble de règles. Un "jeu interprétatif" est une activité individuelle ou sociale, consistant dans l'attribution d'un sens à un morceau de discours » (Chiassoni, 2000, p. 86).

On a donc le schéma suivant, sans doute plus fidèle à la théorie kelsénienne du cadre : l'interprétation cognitive⁸¹ établit les différentes significations possibles de la disposition ; l'interprétation décisionnelle (*interpretazione decisoria*) choisit la signification qui lui convient au moyen d'un énoncé interprétatif qui, étant le fruit d'un acte de volonté, ne sera ni vrai ni faux. Il arrive bien sûr qu'il y ait un accord assez général sur la signification d'un texte ; il s'agira alors de ce que Guastini appelle une « interprétation pacifique »⁸². Mais une interprétation pacifique, *i.e.* l'accord plus ou moins stable sur une seule signification, n'empêche pas qu'il y ait d'autres significations possibles.

Ce scepticisme modéré⁸³ est-il cohérent ? On peut remarquer en premier lieu qu'en admettant que le « cadre » soit déterminé par un acte de connaissance, Guastini entre en porte-à-faux avec la thèse qu'il entend défendre par ailleurs : la non susceptibilité au vrai et au faux des énoncés interprétatifs. En effet, comme il l'indique, « l'interprétation cognitive ne peut que prendre la forme d'une liste, d'un catalogue des diverses significations que le texte interprété peut exprimer : "le texte T signifie S1 ou S2 ou S3... ou Sn" »⁸⁴. Or cet énoncé n'est-il pas un énoncé interprétatif ? Même si on suppose (ce qui est après tout affaire de stipulation) que l'énoncé interprétatif est celui qui effectue un choix au sein de cette « liste », de cet « énoncé pré-interprétatif » pour ainsi dire, il demeure que ce dernier *est bien susceptible du vrai et du faux*. Sinon, ce ne serait pas un acte de connaissance. Or l'énoncé : « le texte T signifie S1 ou S2 ou S3... ou Sn » est logiquement équivalent à l'énoncé : « (le texte T signifie S1) ou (le texte T signifie S2) ou (le texte T signifie S3) ». L'énoncé pré-interprétatif ne porte pas sur une disjonction de *significations*, mais sur une disjonction d'*énoncés interprétatifs* (potentiels). Or la vérité de l'énoncé pré-interprétatif *dépend* de la vérité des membres de la disjonction, c'est-à-dire de la vérité des énoncés interprétatifs. Bien entendu la disjonction admet que des énoncés interprétatifs puissent être vrais ensemble ; mais cet énoncé pré-interprétatif demeurerait *vrai* quand bien même tous les membres de la disjonction *sauf un* seraient faux (en raison des tables de vérité de la disjonction) : c'est pourquoi il est possible (logiquement) qu'il n'y ait qu'un seul énoncé interprétatif vrai. Si, pour contrer cette objection, on maintient les énoncés interprétatifs eux-mêmes ne sont pas susceptibles du vrai et du faux, alors l'énoncé pré-interprétatif n'est lui-même pas susceptible du vrai et du faux, et on retombe alors dans le scepticisme radical tant redouté de Guastini : *anything goes*⁸⁵.

Quand bien même on surmonterait cet obstacle, de nombreux problèmes demeuraient sur le chemin du sceptique modéré. En effet, Guastini affirme que son argument est moins conceptuel qu'empirique : « pour le scepticisme, il est suffisant de montrer que les juges ont (...) toujours la possibilité de choisir entre une possibilité (...) de significations. Et cette thèse, si elle ne peut être démontrée (comme toute loi

81 Ce par quoi Guastini entend désigne l'interprétation comme acte de connaissance – et non les « théories cognitives » de l'interprétation (voir Troper, 2011, p. 155).

82 Guastini, 2006a, p. 78 *sq.*

83 « *Soft scepticism* » (Guastini, 2006b, p. 142).

84 Guastini, 2004, p. 45.

85 Guastini, 2004, p. 54.

empirique) est bien confirmée par des exemples en nombre infini. A celui qui ne la partage pas revient la charge de la démentir au moyen d'un exemple contraire »⁸⁶. Le problème est que s'il s'agit d'un argument empirique, alors il s'agit d'un argument étudiant la manière dont les juristes (les juges, les avocats, la doctrine, etc.) *disent* attribuer une « signification » aux textes normatifs. De l'existence empirique de cette pluralité de « significations-selon-les juristes », il ne résulte pas qu'il y ait une pluralité de significations. Et cela n'autorise certainement pas à nier la thèse *conceptuelle* selon laquelle il n'y a souvent qu'une seule signification possible. – Cette dernière thèse est *conceptuelle* dès lors le fait que S soit la signification de T dépend des propriétés linguistiques de T, et nullement de ce que les juristes disent qu'est la signification de T.

C'est la raison pour laquelle Guastini est obligé d'affirmer que « cette thèse n'est pas une thèse de philosophie du langage – en particulier ce n'est pas une thèse de théorie de la signification ; c'est, banalement, une généralisation empirique de ce qui s'observe dans l'expérience juridique »⁸⁷. Hélas, une telle modestie est ici dommaageable. En premier lieu, à plusieurs reprises, Guastini admet qu'il arrive *dans les faits* qu'une seule signification soit retenue (c'est le cas d'interprétations pacifiques), mais il maintient que d'autres interprétations *seraient possibles* : or il est manifeste, puisque l'interprétation est pacifique, que cette hypothèse n'est pas empiriquement fondée, mais elle suppose un parti pris *théorique* qui consiste à interpréter ce fait empirique à l'aune d'une thèse conceptuelle sur ce qu'est l'interprétation⁸⁸ – il en irait de même de la thèse contraire qui soutiendrait que l'interprétation pacifique montre qu'il y a des cas où il n'y a qu'une seule interprétation possible. Le désaccord entre ces deux thèses n'est pas empirique, puisqu'elles partent du même constat.

Ensuite, Guastini affirme ne pas faire de philosophie du langage, mais en réalité son propos contient bien une philosophie du langage sous-jacente. Ainsi, il est notable que Guastini assimile l'interprétation à une forme de *définition* : « définir et interpréter semblent être deux noms différents pour une même activité »⁸⁹ – la seule différence étant que définir s'entend généralement au sujet d'un mot isolé, là où interpréter s'entend à la fois au sujet de mots ou de syntagmes et d'énoncés complets. Par conséquent il n'y a aucune différence entre un énoncé pré-interprétatif (au sens où on l'a défini plus haut) et l'énoncé détaillant les propriétés sémantiques de l'énoncé normatif, ou si l'on préfère, de la « phrase » énoncée. Le sens de l'énoncé n'est donc rien d'autre que le *sens de la phrase* (au sens gricéen) : ainsi, si les énoncés interprétatifs mettent au jour une nécessaire *ambiguïté* des énoncés normatifs, alors cette ambiguïté

86 Guastini, 2004, p. 57.

87 Guastini, 2004, p. 49. On a intégré dans le corps du texte un passage que Guastini met en note en bas de page. Voir pour une critique très éclairante, et partiellement analogue à la mienne, Villa, 2010, p. 95.

88 De fait, on ne peut parler sur la signification sans avoir une thèse sous-jacente sur ce qu'est la signification. C'est un peu comme si, professeur de mathématiques, je disais à mes étudiants « le carré de l'hypoténuse est égal à la somme des carrés des deux autres côtés ; mais attention, en disant cela, je ne fais pas de la géométrie, je me contente de décrire empiriquement la manière dont les géomètres font leurs opérations ».

89 Guastini, 2004, p. 41.

est une caractéristique sémantique *des phrases elles-mêmes*, ou des *ensembles de phrases* (que constitue, par exemple, telle section de code). Par conséquent, il est tout à fait possible de voir les énoncés interprétatifs de Guastini comme des énoncés correspondant aux diverses définitions des termes ambigus employés dans l'énoncé (ambiguïté lexicale) ou aux diverses significations de l'énoncé ambigu (ambiguïté syntaxique). Et cette ambiguïté sera sans cesse rehaussée par les significations proprement juridiques (e.g. doctrinales, etc.) attribuées, en sus de leur signification courante, aux énoncés. En ce sens, l'indétermination (ou l'ambiguïté) proviendra toujours des diverses sources de *définition* juridique.

On a donc une thèse de philosophie du langage clairement assumée, que l'on pourrait appeler « littéralisme radical » : le sens véhiculé par l'énoncé est le sens de la phrase. L'énoncé n'est pas un véhicule, mais il véhicule son propre sens. Le sens de l'énoncé existe ainsi indépendamment de tout contexte d'énonciation, et le texte est par conséquent conçu comme *inerte*⁹⁰, c'est-à-dire comme n'étant pas utilisé pour véhiculer un contenu quelconque. De fait, si c'est le cas, on peut attribuer à ce morceau de papier n'importe quel sens parmi les sens suivants : le sens littéral (souvent lui-même ambigu), les divers sens que lui attribuent la doctrine, etc.

Il est bien sûr absurde de supposer que le texte exprimerait un sens qui serait le sens unique. Mais en réalité, le texte *n'exprime* rien du tout. Un *locuteur* exprime quelque chose au moyen d'un texte. Cela ne veut pas dire que ce que l'auteur exprime au moyen du texte soit toujours évident, ni même (et surtout) *qu'il soit toujours pertinent de le prendre en compte*. Dans de très nombreux cas, nous cherchons à attribuer une signification au texte lui-même conçu de manière inerte, tout simplement parce que ce que l'auteur a voulu dire n'est pas clair *ou n'est pas pertinent*. Mais dès lors que l'on suppose que ce que l'auteur a voulu dire est *pertinent*, alors on ne peut plus traiter le texte comme un ouvrage inerte de significations.

Si je prends un énoncé ambigu, par exemple E : « cet avocat est vraiment mauvais » et que je le traite comme un texte inerte, alors en effet je peux proférer l'énoncé interprétatif suivant : « E signifie "ce fruit de l'avocatier a vraiment mauvais goût" *ou* "ce membre du barreau est vraiment incompetent" ». Dès lors que je me demande ce qu'a voulu dire le locuteur au moyen de E, alors je suis obligé de chercher le contexte de l'énonciation, et je m'aperçois assez aisément que E entendait se plaindre d'un plaideur peu éloquent et piètre juriste. De manière générale je n'ai même pas besoin de me poser la question, car le contexte m'est directement accessible (je participe à la conversation). Bien entendu, l'énoncé *pourrait* avoir d'autres significations, mais je le *traite* de telle manière que les autres significations ne soient pas pertinentes. Si je ne le faisais pas, je me couperais de la conversation – ou alors mon « interprétation » serait purement humoristique (par exemple si je réponds au locuteur de E : « pourquoi ? il est trop mûr ? »).

90 L'inertie du texte est d'ailleurs revendiquée, de manière quelque peu ironique, par Guastini, 2006d, p. 290.

Il y a néanmoins une distinction de taille entre l'interprétation juridique (dogmatique – « juristique » – et juridictionnelle) et la conversation ordinaire, qui est que le contexte est partiellement inaccessible (ce qui pose problème en cas d'ambiguïté et dans certains cas d'indétermination sémantique, principalement de texture ouverte), et que la conversation est parasitée par des obstacles majeurs à la transmission de l'information. Ce seul constat invite à une sérieuse modification du modèle de la conversation ordinaire si on souhaite l'appliquer au droit.

Demeure une question de taille : quelle raison a-t-on de supposer que ce que le locuteur veut dire au moyen du texte est pertinent en droit ? Pourquoi ne disons-nous pas que l'interprète traite le texte comme d'un support inerte, susceptible de plusieurs significations à l'égard desquelles il devra bientôt faire un choix ?

III. INTERPRÉTATION, AUTORITÉ, INTENTION

A. Un concept d'interprétation

« Interprétation » est un terme ambigu, qui se définit stipulativement. Stipulation pour stipulation, nous allons choisir le concept qui nous arrange le mieux ; ce faisant nous ne prétendons *en aucune façon* donner une définition *exacte* de l'interprétation, ni même mettre en lumière la nature de l'interprétation. Nous allons isoler une certaine activité, et lui donner, arbitrairement, le nom interprétation. La nature de cette activité *suppose* que l'on recoure à un concept large d'interprétation.

Cette activité consiste à identifier la signification d'un énoncé, ou plutôt à identifier ce qui est communiqué au moyen de l'énoncé. Par signification de l'énoncé, on entend en effet son contenu communicationnel, à savoir ce qui est véhiculé par le locuteur au moyen de cet énoncé. En matière de droit, ce contenu communicationnel est constitué par la norme que l'auteur de l'énoncé entend exprimer au moyen de ce dernier. Cette norme est constituée d'une classe de cas, définie par ses propriétés, et d'une solution normative. Interpréter un énoncé normatif revient donc à identifier les propriétés de la classe de cas ainsi que la solution normative (ou, si l'on préfère, la *conséquence juridique*) qui lui est attachée.

Il va de soi que dans de très nombreux cas, l'interprétation ne vise pas à attribuer au texte le sens même que le locuteur entendait lui conférer. Il pourra s'agir ainsi du sens que le locuteur *aurait dû* lui conférer, ou du sens qu'un locuteur rationnel lui conférerait, et ainsi de suite. L'interprétation a donc toujours pour horizon une situation d'énonciation, même si celle-ci est purement fictive ou contrefactuelle : l'interprétation n'est donc pas la simple énumération du ou des sens conventionnel(s) des énoncés.

Cela veut dire que l'interprétation se distingue d'approches purement sémantiques ou lexicographiques des textes. Une interprétation n'est pas une *définition*. Par

exemple, je ne sais pas ce que veut dire le mot « subrogation » dans les articles 1249 et suivants du Code civil, j'ouvre le dictionnaire du professeur Cornu et je trouve divers sens possibles, dont celui qui m'intéresse : « modalité conventionnelle ou légale du paiement qui permet au tiers *solvens* d'exercer à son profit les droits du créancier payé par lui »⁹¹. De fait, « subrogation » est un terme ambigu qui a d'autres sens (la subrogation réelle, par exemple). L'activité qui consiste à déterminer le sens des mots et des énoncés (le *sentence meaning* de Grice) *n'est pas* une interprétation au sens où nous l'entendons. On peut appeler cela « compréhension » si l'on veut, mais il s'agira d'un concept nécessairement plus restreint que celui de Marmor.

L'interprétation n'est pas davantage une *reformulation* de l'énoncé normatif. On n'a pas besoin que l'interprète « traduise » l'énoncé. Une telle reformulation intervient au niveau purement sémantique du *sentence-meaning*. L'interprétation, telle qu'on la définit, est un *acte* par lequel on détermine la norme que le locuteur exprime, devrait ou aurait du exprimer au moyen de l'énoncé. Souvent, cette interprétation sera automatique. Comme on va le voir, l'interprète *pourrait* toujours interpréter autrement, mais le fait qu'il ne le fasse pas, ou qu'il suscite un désaveu dans la « communauté juridique » lorsqu'il le fait suppose qu'il n'y a qu'un sens attribuable à l'énoncé. Selon nous, s'il n'y a qu'un sens attribuable à l'énoncé, ce n'est pas en raison d'un simple consensus (par exemple, d'une « interprétation pacifique » au sens de Guastini), mais c'est parce que *ce que veut dire* l'auteur de l'énoncé est considéré comme pertinent.

B. Contexte et accessibilité

Il y a de nombreux points qui empêchent toutefois de concevoir la situation de communication juridique entre un jurislatureur et le destinataire de son énoncé à la même aune que la conversation ordinaire. Guastini a, dans une note d'un texte récent indiqué un certain nombre de raisons pour laquelle lui-même, comme on l'a vu, est rétif à penser quelque chose comme une « communication juridique » entre une autorité normative et un interprète : « une telle vue revient à ignorer les particularités de la pratique juridique, à savoir les conflits entre intérêts, les méthodes interprétatives des juristes et ce qu'on a coutume d'appeler la dogmatique juridique »⁹². Cette remarque appelle plusieurs observations. On peut en premier lieu noter que la « dogmatique juridique », ou si l'on veut la doctrine, joue un rôle différent selon les systèmes juridiques. Que la doctrine fasse la médiation (ou parasite la relation) entre le législateur et le juge, ou entre le juge et sa propre jurisprudence est certainement le cas dans de nombreux systèmes de droit continental (en particulier la France), mais ça l'est nettement moins aux Etats-Unis ou dans les systèmes de *common law* en général (et ce, pour des raisons de tous ordres, historiques, politiques, institutionnelles). En second lieu, le fait que des

91 Cornu, 2005, p. 875.

92 Guastini, 2011, p. 160-161.

conflits entre intérêts⁹³ viennent brouiller la communication n'implique pas qu'elles la rende complètement opaque, ni qu'elles empêchent de déterminer le sens qui était communiqué : lorsque je téléphone à un ami à l'autre bout de planète, et que la communication est mauvaise, cela ne la rend pas inexistante : il y a bien quelque chose que j'essaie de véhiculer, quand bien même le destinataire du message n'a pas les moyens de l'identifier. Enfin, la convocation des « méthodes interprétatives » (e.g. des canons d'interprétations) ne prouve rien, puisqu'un tenant du concept « étroit » d'interprétation pourra indiquer que le juge n'en fait usage que dans les cas difficiles.

Cependant la remarque de Guastini vient rappeler à propos que la communication juridique ne prend pas place dans une situation conversationnelle ordinaire, et que, dans de très nombreux cas, les interprètes n'auront pas d'autre choix que traiter le texte comme inerte. Comme toute communication, la communication juridique prend place au sein d'un certain contexte, fait à la fois de présuppositions d'arrière-plan et de réquisits pragmatiques. Cependant, comme on l'a vu dans le précédent chapitre, le contexte d'énonciation en droit est partiellement inaccessible. En premier lieu, contrairement à la conversation ordinaire, le juriste (et, avant tout, le juge) doit interpréter des énoncés ayant été proférés très longtemps auparavant. Par conséquent, le contexte de l'énonciation et le contexte de la réception (de l'interprétation) coïncident rarement ; et même lorsqu'ils sont proches, lorsqu'un texte est pour une raison ou une autre obscure l'interprète ne peut pas demander à l'auteur de reformuler ou de préciser ce qu'il voulait dire. En second lieu, quand bien même ces contextes seraient très rapprochés dans le temps, il demeure que tous les éléments du contexte d'énonciation ne sont pas pertinents en droit ; à bien des égards, la rédaction des textes se fait dans l'optique de *bloquer* l'accessibilité au contexte. Si l'on pèse si scrupuleusement les mots de chaque article de loi ou chaque clause de traité, c'est que chaque mot et chaque phrase correspondent souvent à un compromis âprement négocié entre des impératifs conflictuels : ainsi les éléments du contexte sont-ils mis entre parenthèses au moment de l'interprétation, de manière à ce que les énoncés soient interprétés de la manière la plus minimale possible, selon le sens qui se rapproche le plus du sens conventionnel. Il est ainsi parfois important de ne pas se demander *ce que* le législateur (ou les parties au traité) *voulaient dire* par tel énoncé, dès lors qu'idéalement ils auraient voulu dire deux choses différentes – et incompatibles.

Il est donc parfois nécessaire et inévitable de traiter le texte comme opaque au contexte d'énonciation, soit que le contexte soit inaccessible, soit qu'il ne soit pas pertinent. Dans le premier cas (textes anciens ou obscurs) on n'a pas d'autre choix que traiter le texte comme inerte. Dans le second cas (blocage du contexte), on traite la signification de ce qui est communiqué comme virtuellement identique au sens conventionnel de l'énoncé – le « *sens de la phrase* » gricéen – de manière à ce que le contexte ne contribue en rien à la signification de l'énoncé (*i.e.* à ce qui est communiqué ou véhiculé au moyen de l'énoncé).

93 Et non des conflits d'intérêts, bien sûr.

Le problème est le suivant : si, comme certains auteurs le soutiennent, le contexte *contribue* nécessairement à la signification que l'on communique au moyen de l'énoncé, alors dès lors que ce contexte est inaccessible ou non pertinent, comment peut-il être *conceptuellement* possible ou pertinent de prendre en charge ce que le locuteur communique ? Or si c'est conceptuellement impossible ou non pertinent, alors l'interprète n'a pas d'autre choix que de traiter le texte comme inerte. Il est néanmoins possible de lever cette objection.

Lorsqu'on examine les rapports entre pragmatique et sémantique, on a le choix entre deux options générales, entre lesquelles se situent de nombreuses positions intermédiaires⁹⁴. La première est une option littéraliste, qui consiste à faire de la *phrase* le vecteur complet de la signification : ce que la phrase signifie, c'est le sens conventionnel qui lui est attribuable ; les processus pragmatiques sont des processus qui viennent en surplus du sens véri-conditionnel de la phrase. « La vache est dans le pré » est vrai si la vache est dans le pré ; tout trait pragmatique (typiquement l'implicature conversationnelle) est parasitique, et n'affecte pas les valeurs de vérité. La seconde option est contextualiste⁹⁵ : selon elle, c'est l'acte de langage qui est le vecteur de la signification complète⁹⁶. L'énoncé n'a pas de sens indépendamment du contexte de locution ; ce sont les facteurs pragmatiques qui déterminent le contenu de l'énoncé. Le contextualisme implique donc que le sens de la phrase, *i.e.* le sens conventionnel, n'est *jamais* complet indépendamment des divers facteurs pragmatiques qui viennent le compléter – et qui se distinguent de la seule implicature.

Le littéralisme pur et dur, qui fait du sens de la phrase le seul vecteur de signification véri-conditionnelle, n'est pas une option très sûre. En effet, certains énoncés n'ont par définition pas de valeur de vérité avant un contexte particulier ; c'est le cas des indexicaux. Un énoncé employant un indexical – ici, tu, hier... – ou un terme ambigu (lexicalement, bien sûr) n'a pas de valeur de vérité avant d'être *saturé* au moyen du contexte. C'est pourquoi la plupart des auteurs, littéralistes et contextualistes compris, admettent trois niveaux : le niveau du sens de la phrase (du sens conventionnel), le niveau de ce qui est dit au moyen de la phrase, et le niveau de ce qui est impliqué. Sur cette base, il existe de nombreuses théories intermédiaires entre littéralisme

94 On suit ici lâchement Recanati, 2004, pp. 3-4.

95 Par théorie contextualiste du langage, on entend autre chose que ce que l'on a appelé théorie contextualiste du vague dans le chapitre précédent. Une théorie contextualiste affirme que les traits pragmatiques de l'énonciation, ou tout au moins certains d'entre eux, font partie de la signification de ce qui est énoncé, et en affectent, de ce fait les valeurs de vérité. La signification est donc entièrement, et non résiduellement, dépendante du contexte. La théorie contextualiste du vague n'est pas une théorie de la signification en général, mais porte uniquement sur la référence des prédicats vague ; elle porte ainsi uniquement sur la valeur de vérité variable des *prédicats* vagues en fonction du contexte. Soutenir la thèse étroite (sur le vague) n'implique pas de soutenir la thèse large (sur le langage et l'interface sémantique/pragmatique). Ainsi Scott Soames est contextualiste relativement au vague, mais n'est pas contextualiste relativement au langage (il soutient une thèse que Recanati qualifie de syncrétique, voir Recanati, 2004, p. 50).

96 Des versions diverses du contextualisme se trouvent chez Searle, « Literal Meaning » in Searle, 1979 ; Recanati, 2004, spéc. p. 83 *sq.* ; Travis, 2008, spec. pp. 18-63 ; Stanley, 2007. On va ici surtout se fonder sur les travaux de Recanati.

et contextualisme. En particulier, de nombreuses théories reconnaissent que ce que le locuteur *dit* au moyen de l'énoncé est le vecteur principal de la signification, mais maintiennent que ce qui est dit est fortement lié au sens de la phrase, c'est-à-dire au sens conventionnel. C'est la théorie que Recanati appelle *minimaliste* et qu'il définit ainsi : « dans un cadre d'analyse minimaliste, ce qui est dit ne s'écarte du sens conventionnel de la phrase (et incorpore des éléments contextuels) *seulement lorsque cela est nécessaire pour « compléter » la phrase et la rendre propositionnelle* »⁹⁷. L'exemple classique est Grice, qui, bien qu'il fasse de ce qui est dit un élément du sens du locuteur, maintient que ce qui est dit est toujours intimement lié au sens conventionnel de la phrase⁹⁸. Le contexte – dont Grice ne nie nullement qu'il soit nécessaire pour déterminer ce qui est impliqué – n'est nécessaire que dans les cas (fréquents, mais néanmoins marginaux) de désambiguïsation et de l'assignation de valeur aux indexicaux, c'est-à-dire ce qu'on appelle la *saturation* de la phrase. Pour que la phrase exprime une proposition il faut qu'elle puisse avoir des valeurs de vérité : elle ne peut en avoir que si les indexicaux sont contextuellement « remplis », et les termes ambigus sont désambiguïsés⁹⁹.

Le contextualiste maintient la distinction entre ce qui est dit et ce qui est impliqué – du reste, le statut des implicatures, en tout cas des implicatures conversationnelles, n'est disputé par personne. Il soutient en revanche que des facteurs pragmatiques, par conséquent dépendants du contexte, entrent dans la détermination de ce qui est dit, et par conséquent, dans la teneur propositionnelle, véri-conditionnelle, de l'énoncé. Un premier cas est celui des présuppositions d'arrière-plan. On peut l'explicitier au moyen d'un exemple célèbre emprunté à Searle. L'énoncé « le chat est sur le tapis » semble être un énoncé vrai indépendamment de toute détermination contextuelle¹⁰⁰. Bien entendu, il comporte des éléments indexicaux (« le chat » renvoie à « ce chat-ci »), et personne ne niera que l'attribution de sa référence est contextuelle. Cependant, cet énoncé repose sur des présuppositions d'arrière-plan (*background assumptions*) qui ne sont en aucun cas liées aux propriétés sémantiques de l'énoncé. Par exemple, il nous semble qu'un chat posé sur un tapis flottant dans l'espace n'est pas ce qu'on entend lorsqu'on prononce cette phrase. Il en va de même d'un chat qui serait maintenu à 0,01cm au dessus du tapis par des câbles, et ainsi de suite (on pourrait multiplier les exemples à l'infini). Par conséquent, la coïncidence entre la signification conventionnelle de l'énoncé « le chat est sur le tapis » et les valeurs de vérité¹⁰¹ de ce qui est dit au moyen de l'énoncé dépend d'un contexte d'énonciation normal, et sera amené à varier selon le contexte. Dans certains contextes, bien que, littéralement, le chat soit sur le tapis, on répugnera à dire que le chat est sur le tapis.

97 Recanati, 2004, p. 7.

98 Grice, 1986, p. 25. Pour un commentaire, voir Travis, 2008, p. 21-22.

99 Le concept d'ambiguïté retenu ici est entièrement sémantique ; il y a cependant des facteurs pragmatiques d'ambiguïté, mais Grice les compterait comme des implicatures.

100 Searle, 1979, p. 120.

101 On parle ici des valeurs de vérité car la phrase est assertive. On peut élargir sans peine le cadre à des contextes non-descriptifs. Pour reprendre un autre exemple célèbre de Searle, si, dans un restaurant, je demande un hamburger, ma demande ne sera intuitivement pas satisfaite si on l'apporte encastré dans un cube de plexiglass, ou si on le livre chez moi, etc. (Voir Searle, 1979, p. 127).

Le second cas, qui est proche du précédent, est celui d'« enrichissement libre », qui est le procédé par lequel ce que l'on dit sera plus strict que le sens conventionnel, littéral, de la phrase¹⁰². On peut prendre ici un exemple de François Recanati¹⁰³, qui lui-même l'emprunte à Robyn Carston. Prenons la phrase « il s'est précipité en direction du bord de la falaise et a sauté » ; typiquement on entendra cet énoncé comme décrivant l'action d'un individu se précipitant en direction du bord de la falaise et sautant *par dessus bord*. Mais rien dans la signification de *sauter* (qui signifie littéralement s'élancer en l'air) ne permet de justifier *sémantiquement* cette interprétation : sauter n'est pas un terme ambigu, il n'exprime pas deux concepts – sauter sur place ; sauter pour changer d'endroit – qui seraient de toute façon mutuellement vagues (dès lors qu'on ne retombe pas à l'endroit exact, au centième de millimètre près, d'où on s'est élancé, on ne saute pas sur place). Enfin, le problème ici n'est pas un problème d'implicature¹⁰⁴ (puisque l'on ne veut pas dire par là *autre chose* que ce que l'on dit), bien que l'enrichissement soit annulable – « il a sauté... sur place ! ». Le fait qu'il soit annulable (et que dans certains contextes, il n'y ait même pas besoin de l'annuler pour qu'on comprenne qu'il a sauté sur place) montre qu'il ne s'agit pas d'un trait sémantique. Il s'agit d'un cas d'enrichissement pragmatique du sens de l'énoncé, *i.e.* de ce qui est dit au moyen de l'énoncé.

Pour Recanati, de tels cas montrent que le contexte apporte sa contribution à *ce qui est dit* au-delà de ce qui serait requis pour que le sens conventionnel de la phrase soit complété pour donner une proposition complète¹⁰⁵ (au-delà de la simple saturation). Ces processus pragmatiques qui déterminent ce qui est dit au moyen de l'énoncé sont *optionnels*, on pourrait éventuellement s'en passer ; mais non seulement cela prouve que les ingrédients contextuels qui entrent dans la composition de ce qui est dit ne sont pas épuisés par ce qui est *nécessaire* pour former une proposition complète (le minimalisme est donc réfuté), mais de surcroît, *lorsque ces éléments contextuels entrent en jeu*, il n'est pas possible de comprendre l'énoncé sans les intégrer.

Une théorie contextualiste¹⁰⁶ du langage présente-t-elle un danger pour notre concept d'interprétation juridique¹⁰⁷ ? L'inaccessibilité partielle au contexte oblige à

102 Recanati, 2004, p. 18.

103 Recanati, 2004, p. 13.

104 En réalité les liens entre enrichissement et implicature sont plus complexes (voir Recanati, 2004, p. 44 *sq.*).

105 Recanati, 2004, p. 21.

106 On va supposer ici le bien fondé d'une théorie contextualiste de la signification car c'est la théorie qui met le plus en avant le rôle du contexte dans la compréhension des énoncés. Qui peut le plus, peut le moins : si notre théorie est compatible avec le contextualisme, alors a fortiori elle l'est avec toutes les branches et variantes du minimalisme, ainsi qu'avec le « syncrétisme ». Par cette appellation, Recanati (2004, p. 51) appelle les théories qui reconnaissent non pas trois niveaux (sens conventionnel, ce qui est dit, ce qui est impliqué), mais quatre : le sens conventionnel, une notion sémantique de ce qui est dit, une notion pragmatique de ce qui est dit (ou asserté) et l'implicature.

107 Vittorio Villa (Villa, 2010) a récemment bâti une théorie « mixte » de l'interprétation fondée sur une théorie contextualiste de la signification. Elle diffère cependant de la nôtre par deux aspects : en premier lieu, elle ne prend pas en compte les phénomènes d'enrichissement pragmatique, et s'en tient à la seule notion d'arrière-plan contextuel ; en second lieu, elle opère un transfert du sens du locuteur

restreindre le scope de ce qui peut être communiqué avec succès au moyen d'un énoncé normatif. En premier lieu, il convient de souligner que les implicatures conversationnelles ne peuvent jouer qu'un rôle très limité – les implicatures conversationnelles généralisées n'étant pas en cause. Une implicature suppose toujours un *contexte particulier* d'énonciation, auquel par définition les juges n'ont qu'un accès limité (dans le cas de textes anciens) et qui sont de toute façon non pertinente, étant donné que deux législateurs différents, ou deux parties au traité, *impliqueront* des choses différentes au moyen d'un seul et même énoncé.

En revanche, qu'en est-il de ce qui est *dit* (et non *impliqué*) par l'auteur de la règle ? Si le contexte peut toujours déterminer ce qui est dit au moyen d'un énoncé, et que ce contexte n'est que partiellement accessible, il semble que le seul outil qui reste à l'interprète soit le sens littéral, conventionnel, et que celui-ci ne puisse donc déterminer de manière sûre ce que l'auteur de l'énoncé entend dire au moyen de celui-ci. Il faut néanmoins distinguer ici les déterminations contextuelles nécessaires et optionnelles.

Commençons par les premières à savoir la saturation (dénotation des indexicaux, désambiguïsation, etc.) De fait, l'attribution de la référence des indexicaux – qui est une détermination nécessaire – est celle qui pose en principe le moins de problème. Dans une situation conversationnelle ordinaire, il peut y avoir souvent des doutes sur la dénotation des indexicaux, dès lors que le contexte ne permet pas de savoir ce qu'ils désignent – *e.g.* si je dis à brûle-pourpoint « il est gentil » sans qu'il soit possible de savoir de qui je parle. Cependant, en droit, pour des raisons évidentes, les indexicaux sont nécessairement rares – les pronoms *il*, *elle*, etc. ne sont généralement que de banals pronoms de reprise et non des indexicaux véritables. Le droit éliminera les indexicaux. La règle sur les véhicules dans « *le* » parc sera souvent formulée en *e.g.* « les véhicules sont interdits au parc Montsouris ».

La situation est à peine plus problématique pour les cas d'ambiguïté. L'une des conséquences de la conception de Guastini est qu'elle tend à faire de l'ambiguïté en droit un phénomène beaucoup plus problématique qu'il n'y paraît. Bien entendu, dès lors qu'un terme est ambigu, on peut le *définir* de plusieurs manières (« *avocat* » signifie fruit de l'avocatier » ; « *avocat* » signifie plaideur »), mais il est évident que, même dans un contexte d'inaccessibilité partiel au contexte, la désambiguïsation sera aisée. Ce n'est pas parce que l'ambiguïté pourrait brouiller la communication qu'elle la brouille toujours, et qu'il en résulterait qu'il n'y a pas de communication. Bien entendu, *précisément* en raison de l'inaccessibilité, de nombreux cas d'ambiguïté lexicale – dans tel texte, on pourra se demander si « année » signifiera période de 365 jours ou année civile¹⁰⁸ – et surtout d'ambiguïté syntaxique, puisque si la dénotation d'un terme ambigu se déduit assez largement du contexte de la phrase elle-même, il ne peut

au « sens du récepteur » (Villa, 2010, p. 109) qui est incompatible avec le cadre crypto-gricéen qu'on va développer ici.

108 On peut adapter ici un exemple de Guastini (2011, p. 145) : l'article 12 de la Constitution de 1958 dispose qu'après une dissolution de l'Assemblée nationale, « il ne peut être procédé à une nouvelle dissolution dans l'année qui suit ces élections ». Si les élections consécutives à une dissolution ont lieu le 8 mai 2014, une nouvelle dissolution peut-elle intervenir après le 7 mai 2015, ou bien à l'issue de

en aller de même de cette dernière¹⁰⁹. C'est pourquoi les ambiguïtés syntaxiques donneront lieu en droit à beaucoup plus de difficultés que dans la conversation ordinaire.

Quant aux processus optionnels, on remarquera d'abord que les juristes partagent la plupart des présuppositions d'arrière-plan des locuteurs normaux. Ainsi, personne ne pensera sérieusement qu'un pédalo constitue un cas-limite, et encore moins un cas clair d'application, de l'article 224-6 du Code pénal qui prévoit que « le fait de s'emparer ou de prendre le contrôle par violence ou menace de violence d'un aéronef, d'un navire ou *de tout autre moyen de transport à bord desquels des personnes ont pris place*, ainsi que d'une plate-forme fixe située sur le plateau continental, est puni de vingt ans de réclusion criminelle ». D'un point de vue purement sémantique, un pédalo est bien un bien « un moyen de transport à bord duquel des personnes ont pris place ». On n'a pas besoin d'aller chercher le but fullérien de la loi pour comprendre cela, mais simplement les présuppositions d'arrière-plan que partage tout lecteur sensé de cet article. – D'autre part, le langage juridique étant relativement autonome eu égard au langage ordinaire (en particulier eu égard au lexique), les juristes partageront typiquement un certain nombre de présuppositions d'arrière-plan qui leur sont propres. – Cependant il se peut que dans certains contextes ces présuppositions soient renversées, ou bien qu'il soit douteux qu'elles le soient, auquel cas l'inaccessibilité du contexte est un obstacle dirimant.

Enfin les cas d'enrichissement (et d'appauvrissement)¹¹⁰ pragmatique sont évidemment les plus problématiques en droit. Souvent, ces phénomènes ne posent aucun problème. En revanche, dans l'exemple de Fuller déjà cité – le règlement interdisant de dormir dans la gare appliqué à un voyageur dont le train est en retard et s'étant assoupi – la réticence à dire que le juge fait une exception pour le voyageur naît d'un doute sur l'enrichissement pragmatique de « dormir » : le législateur voulait-il dire « dormir pendant un certain temps relativement long » ? dormir au sens littéral ? ou encore (implicature plus qu'enrichissement) voulait-il viser les clochards dormant dans la gare ? Ce genre de question est évidemment souvent insoluble en droit.

Enfin, naturellement, les cas « classiques » d'indétermination sémantique, en particulier de texture ouverte hartienne, qui pourraient être résolues dans un contexte plus riche, sont généralement laissés à la discrétion de l'interprète.

l'année civile 2015 (qui suit ces élections) ? Pour autant que notre faible expertise nous permet d'en juger, peu de juristes soutiendraient la seconde option.

109 On renvoie ici à la recension classique effectuée par John Hart Ely des différentes ambiguïtés syntaxiques de l'article 1 de la Constitution américaine (Ely, 1963). Un exemple : l'Article 1, Section 5 stipule qu'« aucune des deux Chambres ne pourra, durant une session du Congrès et sans le consentement de l'autre Chambre, s'ajourner pour plus de trois jours, ni se transporter en aucun autre lieu que celui où les deux Chambres siégeront ». L'autorisation de l'autre chambre est-elle requise uniquement pour l'ajournement, ou bien également pour le transport en un autre lieu ? (Ely, 1963, p. 120).

110 Voir en particulier Recanati, 2004, p. 23-24. La notion d'enrichissement pragmatique (ou tout au moins d'enrichissement libre) a été critiquée par Stanley, 2007, p. 204 *sq.*

C. Raisons pour l'interprétation

L'interprétation, telle qu'on l'a définie, est l'acte qui consiste à faire dire quelque chose à un texte, c'est-à-dire à le concevoir comme étant énoncé par quelqu'un dans un contexte donné. Bien entendu, cette signification ne sera pas nécessairement identique au contenu que souhaitait communiquer l'auteur réel du texte. Si le scepticisme interprétatif avait pour seule intention de nous faire remarquer qu'on peut *faire dire* à un texte à peu près tout ce qu'on veut, il ne ferait que confirmer des intuitions difficilement réfutables.

Cependant, c'est également un truisme que tout texte a un auteur. L'identité de cet auteur peut être sujette à débat. L'auteur de la Constitution de 1958 est-il le groupe informel ayant élaboré le « cahier rouge » ? le Comité consultatif constitutionnel ? le gouvernement qui a adopté le projet de Constitution le 3 septembre 1958 ? le général de Gaulle, qui en a inspiré la rédaction ? le peuple français, qui l'a adoptée par référendum ? De manière générale, le même type de dilemme se retrouve pour tout texte. Le ministre est rarement l'auteur réel de l'arrêté qu'il signe (ou fait signer à sa place via la « griffe »). La loi est écrite et réécrite en commission et en séance, par chacune des deux chambres, et chacun sait que les parlementaires votent parfois des lois par discipline partisane sans avoir une grande idée de leur contenu ; or c'est le Parlement qui est réputé être l'auteur de la loi. On peut multiplier à l'infini de telles considérations. Cependant, rien n'interdit de faire des *institutions* ou des *groupes* des auteurs, même lorsqu'elles s'expriment par des porte-parole – comme on le verra rapidement dans la prochaine section, on n'a pas besoin de supposer une ontologie très robuste pour pouvoir expliquer ce point dans l'optique qui est la nôtre.

On va donc supposer que le texte a un auteur, et que l'auteur veut dire quelque chose au moyen de ce texte. On a recours ici à une vision néo-griécienne du sens du locuteur inspirée par les thèses récentes de Larry Alexander et Emily Sherwin¹¹¹, Richard Ekins¹¹², ou encore Stephen Neale¹¹³. Pour qu'un locuteur puisse dire quelque chose,

111 Alexander et Sherwin, 2008, p. 134.

112 Ekins, 2012, p. 180.

113 Neale, 2008. (Ce travail est encore non publié, mais d'ores et déjà beaucoup cité). Dans cet article Neale entend « réconcilier » les doctrines du textualisme et de l'intentionnalisme qui fournissent le conflit juridico-idéologique du moment aux Etats-Unis, notamment en raison du rôle moteur joué par le juge à la Cour suprême Antonin Scalia (voir Scalia, 1997), ardent défenseur à la fois du textualisme et de l'originalisme en matière d'interprétation constitutionnelle (autre idéologie juridique en vogue). De fait, l'« intentionnalisme » auquel le textualisme s'oppose n'est plus soutenu par personne, après avoir été, il est vrai, une idéologie en vogue en Europe sous l'influence de Beccaria et de l'Ecole de l'Exégèse. C'est évidemment une doctrine très faible, étant donné que le concept d'intention n'est pas conceptuellement défini, et que l'on imagine que les « travaux préparatoires » vont fournir la clé de cette intention, alors qu'ils devront également être interprétés – et ainsi de suite (voir pour une critique de la doctrine des travaux préparatoires, Scalia, 1997, p. 29 *sq.*). Le textualisme, par contraste, cherche, selon la formule de Holmes qui en est l'inspirateur, « non pas ce que législateur voulait dire, mais ce que le texte de loi (statute) veut dire » (Holmes, 1952, p. 207). Scalia prend beaucoup de peine pour distinguer le textualisme d'un littéralisme naïf qui placerait le sens du texte dans le sens littéral des mots qui le composent (Scalia 1997, p. 23-24) ; selon Scalia, le sens littéral doit être, le cas échéant, complété avec le contexte. Scalia donne l'exemple de son opinion dissidente à la

il faut qu'il ait l'intention de communiquer un certain contenu, et qu'il ait l'intention que le destinataire reconnaisse cette intention. Plus simplement le contenu communiqué par le texte est le contenu que l'auteur a l'intention de communiquer. Ces intentions peuvent être relativement minimales (on verra que dans un contexte juridique, la meilleure façon d'en rendre compte est d'en faire des « intentions d'application »).

La prochaine section sera consacrée à déterminer la nature de ces intentions, ce qui est au juste communiqué en accord avec elles, et leur possibilité même. On va ici s'intéresser à leur pertinence.

On peut commencer par apporter quelques précisions relatives à la découverte de ces intentions (dont on suppose qu'elles existent). On peut en premier lieu remarquer que l'inaccessibilité partielle au contexte et la relative pauvreté de celui-ci empêchent que le contenu soit toujours automatiquement accessible ou que ne se pose aucun doute sur son accessibilité. De manière générale, l'interprète dispose d'*indices* plus ou moins concluants sur la teneur de l'intention en question. Ces indices sont le sens littéral, conventionnellement déterminé, du texte ainsi que les processus pragmatiques nécessaires, principalement la désambiguïsation, lorsqu'elle n'est pas difficile. Lorsque la désambiguïsation est difficile, alors le cas devient difficile et il devient illusoire de chercher ce que l'auteur a voulu dire. Mais on peut également trouver des indices dans le contexte d'énonciation plus large, *pour autant qu'il est accessible*. Enfin, de manière générale, l'indétermination sémantique des énoncés restreindra le caractère concluant de ces indices à certains cas seulement (les cas sémantiquement clairs). L'accès partiel au contexte ainsi que la considération du sens conventionnel permet de déterminer avec quelque certitude ce qu'on appellera dans la prochaine section l'intention réelle et ses intentions faiblement contrefactuelles.

A supposer que la découverte de l'intention de l'auteur soit possible, n'est-il pas illusoire de lui conférer un statut privilégié, étant donné que l'interprète peut toujours interpréter le texte comme il l'entend ? La réponse à cette question tient à l'existence de *raisons pour l'interprétation*.

Le fait que les indices mentionnés ci-dessus soient réunis et probants me donne une *raison de croire* qu'ils identifient le contenu communiqué par l'auteur. Cependant,

décision de la Cour suprême *Smith v. United States*, 508 U.S. 223 (1993). Une loi relative au trafic de drogue aggravait la peine lorsque « au cours de, et en relation avec, un crime de trafic de drogue, l'accusé utilise une arme à feu » ; dans l'espèce, l'accusé avait acheté de la drogue (auprès de policiers fédéraux se faisant passer pour des dealers afin de le piéger), et avait utilisé comme monnaie d'échange son pistolet. Peut-on dire qu'il a « utilisé » une arme à feu ? Selon Scalia, une telle interprétation n'est pas « raisonnable » (Scalia, 1997, p. 23). – Selon Neale, ces réticences de Scalia à s'en tenir au seul sens littéral montrent qu'il traite le texte (quoiqu'il s'en défende lui-même) à la lumière de ce que l'auteur *veut dire* au moyen du texte (Neale, 2008, p. 60-62). Cependant, Neale commet l'erreur d'assimiler intention et but, ce dernier terme étant notoirement polysémique (l'interprétation selon le but étant beaucoup plus libre que l'interprétation selon l'intention, dès lors que le but que l'on peut assigner à un texte varie selon le concept et le scope du but de que l'on retient). Pour une autre réponse d'un philosophe du langage à Scalia, voir Soames, 2011, p. 42-43.

ils me donnent également une raison pour l'action¹¹⁴, en l'occurrence une raison pour interpréter le texte de manière à lui faire dire ce contenu. Je peux avoir d'autres raisons d'interpréter le texte de manière à lui faire dire autre chose ; un sceptique modéré admettra cependant que la raison tirée des indices sera au moins une raison *parmi d'autres* d'interpréter le texte de telle ou telle manière. Cependant, les raisons ne s'arrêtent pas là. J'ai une raison R_1 (qui est constituée le fait que les indices permettent d'identifier l'intention) d'interpréter l'énoncé normatif comme voulant dire telle norme, *i.e.* tel « contenu » normatif. Mais je peux avoir également une raison R_2 d'interpréter cette norme selon R_1 . Cette raison est une raison exclusive au sens razien du terme¹¹⁵. Certes, je n'ai pas toujours une telle raison R_2 , mais lorsque je l'ai, elle exclut toute autre raison pour l'interprétation. C'est ainsi que l'on peut expliquer l'existence de cas faciles, d'application automatique, où l'on ne se pose même pas le problème de l'intention du législateur : la raison en est que cette raison exclusive *structure défaisablement* l'interprétation juridique et sa *justification*. L'interprétation par défaut est celle que l'on a sur le fondement de R_1 , parce qu'on a une raison d'exclure tout autre raison pour l'interprétation.

La question qui se pose est : *pourquoi* les interprètes (ici, principalement les juges et autres organes d'application) ont-ils une telle raison, ou, *tout au moins*, agissent-ils comme s'ils avaient une telle raison ? Cela tient au fait que le législateur – ou le jurislatureur de manière générale, y compris le juge lui-même auteur d'un précédent ou d'un « grand arrêt » – a *de facto* autorité sur ses interprètes¹¹⁶. Cela ne veut pas dire que cette autorité soit légitime, mais un système juridique ne pourrait exister si, jusqu'à un certain point, les organes d'application n'agissaient pas *comme si* l'instance créatrice de droit avait autorité sur eux. Cette thèse n'a pas besoin d'être formulée sous la forme robuste que lui donne Raz, et en particulier on n'a pas besoin de supposer que

114 On pourrait se demander si une raison pour l'interprétation est véritablement une raison pour l'action. C'est un point que je laisse en suspens ici. Cependant, même à supposer qu'il s'agisse de raisons pour la croyance (l'interprétation étant définie comme une « croyance » ou, plus largement une attitude propositionnelle d'un type particulier), il demeurerait 1° que les raisons pour la croyance sont normatives, encore que d'une autre manière que les raisons pour l'action ; 2° il s'agira indirectement de raisons pour l'action, puisque l'interprétation comptera au nombre des raisons pour l'action.

115 Cf. *supra*, chapitre 6.

116 Jeremy Waldron, au cours de sa polémique amicale avec Marmor au sujet de la possibilité et de la pertinence de la recherche de l'intention du législateur, a indiqué qu'il était possible d'envisager une théorie de l'autorité qui ne soit pas intentionnaliste. Selon lui, c'est le texte, et non l'auteur qui a autorité : il n'y a pas besoin de supposer qu'un énoncé à été intentionnellement produit pour qu'il soit doté d'autorité (Waldron, 1999, p. 129-133). Un énoncé peut être produit automatiquement par une machine (par exemple la voix automatique qui annonce l'heure et le quai de départ des trains dans les gares française) et néanmoins guider notre action (selon Marmor, un tel énoncé pourra éventuellement fournir une raison pour l'action, mais on ne le prendra pas pour une autorité, dès lors que ce ne seront typiquement pas des raisons indépendantes du contenu : voir Marmor, 2001, p. 97). A vrai dire la question n'est pas de savoir si une la thèse de Waldron est compatible avec une théorie faible de l'autorité telle que la nôtre, mais si c'est une thèse intelligible de philosophie du langage. Il y a des raisons d'en douter. – Sur la controverse Marmor/Waldron, que pour des raisons de place on n'a pas le loisir d'évoquer plus longuement ici, on se permet de renvoyer à Carpentier, 2011, pp. 171-176.

ce schéma s'intègre harmonieusement dans la théorie selon laquelle le *droit* (en tant que tel) revendique toujours l'autorité sur ses sujets.

R_2 , avons-nous dit, est défaisable ; non seulement cette raison est défaisable, mais elle est susceptible de disparaître (comme toutes nos raisons). La raison en est que l'autorité est un phénomène dynamique. Lorsque l'autorité est à son plus haut point, et que l'interprète possède une raison telle que R_1 , alors il n'y a qu'une seule interprétation possible de l'énoncé normatif – sauf pour les cas indéterminés sémantiquement, en particulier les cas-limites de texture ouverte hartienne. Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait qu'une seule décision justifiée : le juge a toujours une grande marge de manœuvre dans l'établissement des faits et (pour les cours de dernière instance) leur qualification, de sorte que l'interprétation ne déterminera que partiellement la décision d'appliquer ou non la règle ainsi identifiée. Cependant, les critères de justification de l'interprétation sont sujets à des modifications à travers le temps. Une interprétation justifiée à un temps t_1 ne sera plus justifiée à un temps t_2 , parce que les raisons que le juge a d'interpréter l'énoncé d'une certaine manière en t_1 ont disparu en t_2 : c'est ce qui explique que ce soit le même *instrumentum* qui soit interprété, mais que le *negotium*, c'est-à-dire la norme elle-même, soit amené à évoluer.

Cela tient au fait que l'autorité n'est pas un phénomène statique, mais dynamique. Plus on s'éloigne du contexte original d'énonciation, moins l'autorité de l'auteur original devient pertinente, y compris en matière constitutionnelle¹¹⁷. Il en résulte nécessairement une forme de pluralisme interprétatif, ou plusieurs options interprétatives sont possibles, parce que *plusieurs raisons pour l'interprétation* sont justifiables ou tenues pour justifiées au sein de la communauté juridique. Cela ne veut pas dire que les organes d'application cessent d'être soumis à toute autorité, mais cela veut dire que l'autorité passera des mains de l'auteur à celles de l'interprète, et que la distinction entre création et application du droit sera nécessairement estompée. Cela ne veut pas dire que tous les textes deviennent obscurs, ou tous les cas difficiles, à partir d'un certain moment – qui est du reste difficilement identifiable. De nouvelles raisons peuvent être suffisamment puissantes pour continuer à appuyer R_1 , et ce processus dynamique de reflux de l'autorité ne sera généralement pas linéaire. Cependant, pris dans sa globalité, ce processus caractérise le développement continu du droit au sein de l'interprétation juridique eu égard à la pluralisation des raisons qui s'appliquent à elle.

117 Cela veut dire que l'originalisme (y compris l'originalisme textualiste de Scalia) n'est pas une théorie *conceptuelle* sur les critères de correction d'une interprétation en droit, mais une thèse *politique*, tout aussi politique en tout cas que les « lectures morales de la constitution » (e.g. Dworkin). L'idée selon laquelle l'interprétation juridique serait *conceptuellement* une tâche visant à déterminer le sens original ou originel d'un énoncé normatif est profondément incohérente : elle suppose que les auteurs de la Constitution ont encore autorité sur les juges, ce qui est à la fois faux (descriptivement) et monstrueux moralement. Lorsque se pose la question de *choisir* entre originalisme et « constitution vivante », c'est qu'on a *déjà* affaire à une situation de pluralisme interprétatif, dont la résolution dépendra des convictions morales et politiques des juges. On ne saurait fonder l'originalisme (pas plus que la lecture morale, ou la thèse de la constitution vivante, d'ailleurs) sur le droit ou sur la nature de l'interprétation juridique.

D. Quelle intention ?

Il dépasserait le cadre de l'analyse de présenter une défense robuste de l'intentionnalisme défendu dans la section précédente. De fait, il existe des objections classiques, et nombreuses à la thèse selon laquelle le juge devrait rechercher l'intention du législateur. Cependant il convient de noter que ce n'est pas la thèse que nous avons soutenue. Notre propos n'est pas de dire aux juges et aux juristes comment ils devraient interpréter ; de manière générale, les théoriciens du droit font preuve de quelque présomption lorsqu'ils prétendent énoncer de tels préceptes. Notre propos est de fournir un modèle conceptuel faisant sens des traits principaux de l'activité qu'on a identifiée sous le nom d'« interprétation » : ce qui dans les cas faciles où le texte est clair explique que le texte est traité comme tel s'explique par l'existence de *critères de justification* au sein du système juridique. Ces critères expliquent non seulement la présence de cas faciles, mais également la manière dont, lorsque l'interprétation est quelque peu problématique, l'intention du jurislature guide l'organe d'application. Cependant, non seulement il existe, *dans tout contexte*, des cas difficiles, à savoir des problèmes de subsomption (vague), des problèmes de subsomption impliquant des problèmes d'interprétation (texture ouverte) et plus généralement des problèmes d'opacité du texte, mais, de surcroît, les critères de justification sont amenés à évoluer et à rendre d'autant moins pertinente l'intention initiale du jurislature. C'est pourquoi, dans ces deux types de cas, il est assez manifeste que les travaux préparatoires ne *peuvent* fournir aucun appui décisif à l'interprétation : lorsque l'intention est introuvable, ou qu'elle n'est pas pertinente, tenter de la retrouver est en réalité une manifestation du pluralisme interprétatif inévitable qui résulte de cette situation.

Cependant, même explicitée ainsi, la notion d'intention de l'auteur est exposée à de nombreuses critiques. On va ici s'intéresser uniquement à celles qui portent sur l'intention du *législateur* ou, éventuellement, des auteurs de la Constitution. La principale critique est tirée de l'argument suivant¹¹⁸ : quand bien même il serait désirable de rechercher l'intention du législateur, il demeurerait que c'est une tâche impossible. Selon cet argument, il y a des obstacles empiriques et conceptuels qui empêchent tout interprète de s'y livrer avec succès. Cet argument se décline en quatre sous-arguments

118 On passe ici sous silence les arguments relatifs à la désirabilité de la prise en compte de l'intention du législateur. Deux arguments sont généralement avancés. L'argument de la minorité argue de ce que la majorité (qui vote le texte) et la minorité (qui vote contre) ne peuvent avoir la même intention (sinon ils ne seraient pas en désaccord). Par conséquent rechercher les intentions du législateur revient à rechercher les intentions de la majorité, alors que la loi devrait être réputée être une loi du Parlement. Comme l'écrit Waldron : « même si les procédures législative et électorale sont majoritaires, l'allégeance du citoyen va au principe de la décision majoritaire, et pas aux membres de la majorité » (Waldron, 1999a, p. 144). – Comme on le verra, majorité et minorité *peuvent* avoir la même intention (dès lors qu'on retient certaines intentions pertinentes et pas d'autres), et par conséquent l'argument de la majorité peut être discuté. – Un autre argument est l'argument de la *minorité* : il tend à montrer que seul le petit groupe (*e.g.* la commission, ou les députés ayant déposé des amendements, etc.) qui a élaboré le texte a une idée précise de son contenu. Par conséquent, aller chercher l'intention du législateur dans les travaux préparatoires revient à rechercher l'intention d'une minorité, dont on n'a aucune raison de supposer qu'elle devrait être pertinente. (Voir Radin, 1930 p. 860 et Moore, 1985, p. 356).

distincts¹¹⁹ (non mutuellement exclusifs, mais non nécessairement cumulatifs) : a) il n'y a aucune intention à retrouver¹²⁰ ; b) les intentions sont des états mentaux, et il est impossible de récupérer des états mentaux, en tout cas pas lorsque les indices en sont aussi faibles¹²¹ ; c) même s'il était possible de récupérer les états mentaux, on ne saurait pas quel état mental récupérer¹²² ; d) même s'il était possible de récupérer les états mentaux pertinents, il demeurerait que les parlements sont des corps collectifs et qu'aucune intention unique ne peut être attribuée à un corps collectif¹²³.

Les thèses c) et d) sont distinctes. La thèse c) se place à l'échelle d'un individu et remarque que celui-ci a souvent plusieurs intentions en même temps, jouant à des niveaux différents. C'est une thèse qui a été fortement conceptualisée par Michael Moore, qui distingue les intentions sémantiques et les intentions supplémentaires.¹²⁴ Les intentions sémantiques sont les intentions relatives à la signification que le législateur souhaite conférer aux termes qu'il emploie. Les intentions supplémentaires sont ce que le législateur a l'intention de réaliser au moyen de cette loi (ses buts en un sens faible), ou les motivations qui le poussent à adopter cette loi, etc. Par exemple : en votant la loi sur les véhicules dans le parc, le législateur aura l'intention de promouvoir la sécurité des piétons, ou d'assurer sa réélection au moyen d'une mesure populaire, et ainsi de suite. La thèse d) se place à l'échelle du groupe et nie que les intentions individuelles (même si on parvient à déterminer celle qui est pertinente) soient agrégeables. Elle prend un relief particulier si on envisage les intentions supplémentaires, qui ne peuvent naturellement être identiques d'un membre du Parlement à un autre. Cette thèse est la plus évidente, et de fait elle n'épuise pas tous les problèmes posés par

119 On s'inspire ici de Marmor, 2005, p. 123, mais on retient une classification différente. On consultera aussi Ekins, 2012, p. 15 *sq.* qui est très scrupuleux dans la restitution des thèses du scepticisme relatif à l'intention – que pourtant il combat.

120 Parfois, Dworkin est tout près de soutenir cet argument : « Il n'y a rien de tel que l'intention des *Framers* attendant d'être découvertes, même en principe » (Dworkin, 1985, p. 39), même si cet énoncé doit être replacé dans son contexte. De même J. D. Payne (cité par MacCallum, 1966, p. 771) affirme : « comment peut-on dire que le [le législateur] a quelque intention que ce soit relativement à un cas particulier couvert par les termes généraux et qui ne lui sont jamais passés par l'esprit ? ». Cet argument est bien entendu fallacieux : il va de soi que le législateur n'avait pas de cas particulier en tête, mais qu'il avait au moins pour intention minimale que les termes généraux aient leur dénotation habituelle. L'argument de Payne peut néanmoins être distingué d'un argument encore plus fallacieux (que semble soutenir Moore, 1985, p. 342) qui consisterait à affirmer que lorsque le législateur avait en tête un cas paradigmatique en édictant la règle sur les véhicules dans le parc (par exemple une Ford 1973 bleue), c'est à ce cas que et non, par exemple, la Chevrolet 1975 blanche auquel le juge est confronté, il n'avait pas l'intention de réguler la Chevrolet. Cet argument est réfuté de manière célèbre par Paul Brest (Brest, 1980, p. 210).

121 Par exemple, Max Radin écrit : « quand bien même le contenu des esprits des membres du Parlement (*legislature*) étaient uniformes, nous n'avons aucun moyen de connaître ce contenu, si ce n'est à travers les énonciations et comportements externes de ces centaines d'hommes, et, dans tous les cas ou presque, le seul acte externe est celui, très ambigu d'acquiescement » (Radin, 1930, p. 870).

122 Radin, *ibid.*

123 C'est la thèse la plus partagée : voir par exemple Radin, 1930, p. 870 ; Kocourek, 1930, p. 764 ; Brest, 1980, p. 212 ; Dworkin, 1985, p. 47 ; Moore, 1985, p. 348 ; Waldron, 1999, p. 121 (dont l'argument est cependant beaucoup plus subtil) ; Troper, 2001, p. 72 *sq.*

124 Moore, 1985, p. 340 *sq.*

l'intentionnalisme. Comme l'écrit Gerald MacCallum : « La difficulté la plus évidente avec la notion d'intention du législateur concerne la relation entre l'intention d'un corps législatif collectif et les intentions de plusieurs législateurs. De nombreuses difficultés demeuraient, cependant, si le législateur était composé d'un seul membre doté d'autorité.¹²⁵ »

Les arguments a) et b) sont manifestement faux, c'est pourquoi on ne va pas les examiner plus avant. Tout le monde agit selon une intention (ce qui ne veut pas dire que tout le monde agisse intentionnellement, *i.e.* ait l'intention d'agir) ; et on n'a pas besoin de supposer que les intentions en question soient des états mentaux qui ne seraient accessibles que par voie télépathique – il s'agit, beaucoup moins robustement, d'attitudes propositionnelles qui sont largement accessibles dans la conversation ordinaire, et qui peuvent l'être à un degré moindre dès lors que le contexte n'est que partiellement accessible.

Les arguments c) et d) sont en revanche plus problématiques. L'argument c) soutient qu'il peut y avoir une multiplicité d'intentions pertinentes – la liste pouvant d'ailleurs être redoublée, dès lors que les intentions en question peuvent être réelles ou contrefactuelles : i) ce que l'on pourrait appeler les intentions minimales, ou l'intention de *légiférer*¹²⁶ ; ii) les intentions sémantiques¹²⁷ ; iii) les intentions d'application, *i.e.* les cas auxquels le législateur a l'intention que la loi soit applicable¹²⁸ ; iv) les intentions supplémentaires, l'intention de réaliser un effet dans le monde, parmi lesquels les buts en un sens faible, les objectifs, les motivations secrètes ou avouées, et ainsi de suite ; v) les buts robustes attribuables au texte (les valeurs ultimes instanciées dans ou par le texte).

Les intentions minimales (i) ne sont pas d'une grande utilité ; Joseph Raz, qui les met en avant comme les seules intentions exigées par la thèse de l'autorité, est obligé de conférer une intention plus robuste, à savoir l'intention que le texte soit interprété au moyen des conventions interprétatives en vigueur¹²⁹. Cela suppose que le sens du texte soit indépendant, ou relativement indépendant du sens véhiculé au moyen du

125 MacCallum, 1966, 755-756.

126 Voir Moore, 1985, p. 339. Ce sont les intentions considérées comme pertinentes par Raz, 2009a, p. 282.

127 Moore distingue les intentions sémantiques riches et les intentions pauvres (*sparse intentions*) : l'intention sémantique riche est celle qui consiste à spécifier une définition robuste de la signification des termes de l'énoncé et/ou à délimiter sa référence ; les intentions sémantiques pauvres, l'intention que les mots déterminent une certaine classe, qu'on laisse non spécifiée. Cette distinction repose sur une théorie sémantique réaliste, par laquelle Moore soutient que les intentions pauvres sont seules pertinentes, dès lors que la référence (ce qui est compris dans la classe) détermine la signification : dès lors que le législateur emploie le mot oiseau, il a l'intention que la classe comprenne les oiseaux, et rien de plus. Si les intentions sémantiques sont pauvres, l'interprète n'est pas avancé. En revanche, les intentions sémantiques riches ne peuvent jamais être pertinentes.

128 Voir Marmor, 2005, p. 129 *sq.*

129 « Dans le cycle de la convention et de l'intention, la convention vient en premier. » (Raz, 2009b, p. 286).

texte¹³⁰. Le problème est que les conventions d'interprétation sont pluralistes (il y a toujours plusieurs manières d'interpréter un texte, dès lors que l'on ne confère pas à une intention en particulier un statut d'autorité) et que leur existence peut être douteuse.

Les intentions sémantiques (ii) seront également d'un faible intérêt : en effet, typiquement, soit le législateur entend employer les mots selon leur sens habituel (auquel cas, l'intention ne nous apprend rien), soit il entend les employer en un sens inhabituel, et de fait, rendra le texte opaque. Si le législateur entend, par « véhicule », « fruits et légumes », alors de fait, à moins que cette intention fasse l'objet d'une clause du texte lui-même (« ci-après, "véhicule" signifiera "tout fruit ou légume" »), soit elle sera non pertinente, ou non accessible à l'interprète. La possibilité d'indices de l'intention nécessite que le sens littéral du texte soit son sens conventionnel, même s'il est éventuellement enrichi en fonction du contexte – mais aucun enrichissement pragmatique ne pourra faire signifier « fruit et légume » au terme « véhicule ». Le sens littéral demeure la *base* de départ de l'enrichissement.

Les intentions supplémentaires (iv) ne peuvent pas, dans le cadre d'analyse qui est le nôtre, être pertinentes, sauf lorsqu'elles prennent place dans un contexte globalement accessible. Mais de manière générale, on ne peut penser que le juge soit jamais tenu dans un système juridique quelconque d'identifier les intentions supplémentaires et de les considérer comme pertinentes. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les travaux préparatoires sont généralement décevants, puisqu'ils permettent bien, dans certains cas, de déceler certaines des intentions supplémentaires des membres du Parlement ayant participé à l'élaboration du texte, mais non seulement ils ne permettent pas de découvrir toutes les intentions supplémentaires, et rarement celles qui pourraient être pertinentes pour la résolution du cas, mais de surcroît ils ne permettent nullement de hiérarchiser les diverses intentions manifestées par chacun des auteurs du texte.

Enfin, les buts robustes (v) peuvent être identifiables, mais interpréter un texte selon son but, c'est-à-dire selon le but que l'on assigne à l'*existence* du texte lui-même, n'est typiquement pas une interprétation selon l'*intention*¹³¹.

Aucun des sens (i), (ii), (iv) et (v) n'étant pertinents, reste le sens (iii), à savoir l'intention d'application. C'est elle qui est selon nous pertinente. Un énoncé qui fait l'objet d'une intention minimale (i) est un énoncé normatif, c'est-à-dire un énoncé qui prétend avoir pour signification une norme, qui attache une solution normative à un cas générique. Par conséquent, ce que le législateur (ou plus largement l'auteur) *veut dire* au moyen d'un énoncé normatif, c'est que les propriétés X, Y et Z définissant tel cas générique sont *suffisantes* pour que telle ou telle solution normative soit dérivable. Il va de soi que le législateur n'aura pas toujours conscience de ce que c'est *cela* qu'il veut dire, étant donné qu'il aura par ailleurs d'autres intentions. Mais le schéma que l'on vient d'esquisser fournit la *structure* et non le contenu de « ce que l'auteur veut

130 Pour une critique, voir Ekins, 2012, p. 184 *sq.*

131 Sur la distinction entre intention et but, voir Endicott, 1994, p. 456.

dire ». Le contenu sera obtenu au moyen des indices fournis par le sens littéral du texte et le contexte pour autant qu'il est accessible. La question à laquelle l'interprétation entendra répondre – que cette question soit explicitement formulée par le juge, ou que la réponse soit automatique, étant donné les présuppositions d'arrière-plan rendant le sens de l'énoncé évident¹³² – sera : quelles sont les propriétés pertinentes rendant la règle applicable ?

Il n'est pas certain que la réponse à cette question permette toujours de retrouver les intentions réelles du législateur (ou plus largement de l'auteur). En effet l'intention réelle du législateur porte typiquement sur les *cas génériques*. Il effectuera éventuellement des différenciations eu égard à des cas sous-génériques, mais il contempera rarement, si ce n'est jamais des cas individuels, ou même des cas sous-génériques suffisamment idiosyncrasiques pour être *prima facie* pertinents. C'est pourquoi les indices de l'intention permettent souvent d'attribuer des intentions contrefactuelles¹³³ relativement aux cas individuels : étant donné la règle sur les véhicules dans le parc, l'exigence de rationalité minimale du législateur – qui est avant tout une exigence de cohérence – suppose que le législateur aurait voulu appliquer la règle sur les véhicules dans le parc au cas d'une grosse cylindrée entrant à toute vitesse dans le parc, même s'il est évident qu'il est très peu probable, *vu les indices de l'intention que l'on a*, qu'il ait contemplé le cas d'une grosse cylindrée. Les intentions relatives aux cas génériques sont donc réelles ; les intentions relatives aux cas individuels ou aux cas sous-génériques ne faisant pas l'objet d'une spécification au sein du texte – c'est-à-dire ne faisant pas l'objet d'une exception, ou bien d'une non-exception par exemple « cette règle s'applique également aux ambulances, véhicules de police, etc. » – sont contrefactuelles, mais elles sont *faiblement contrefactuelles*. Elles désignent des intentions que le législateur a non pas dans notre monde, mais dans un monde très proche, très accessible au nôtre. Elles sont faiblement contrefactuelles dès lors qu'elle n'implique pas l'identification de propriétés pertinentes *supplémentaires* : simplement, étant donné les propriétés du cas génériques, on peut penser que le législateur aurait eu l'intention que la règle soit applicable à l'ensemble des cas individuels réunissant ces propriétés – même s'il n'a pas eu l'intention réelle de communiquer au moyen de l'énoncé que la règle est applicable aux grosses cylindrées.

132 Notre concept d'interprétation est large. On n'a pas besoin de supposer que le juge fait deux choses différentes lorsque le cas est évident et lorsqu'il l'est moins. Dans les deux cas, le juge répond à la même question, même s'il ne la formule pas toujours explicitement. En revanche on maintient que l'interprétation se distingue de la compréhension du sens littéral, conventionnel de l'énoncé (ce faisant on conserve la « thèse de l'exception » de Marmor et d'Endicott, mais on place le curseur de l'exceptionnalité ailleurs).

133 On part du principe que les intentions contrefactuelles ne sont pas réelles, et qu'il est possible de faire la part des choses. Larry Alexander (Alexander, 1995) a soutenu une thèse beaucoup plus robuste selon laquelle toutes les intentions pertinentes *sont* contrefactuelles (parce que les intentions réelles du législateur sont avant des « intentions supplémentaires », les motifs particuliers qui guident les auteurs), mais elles n'en sont pas moins *réelles*, bien qu'elles ne correspondent pas aux états mentaux réels de l'interprète. C'est le cas, dans notre monde, que le législateur aurait ou aurait eu l'intention de réguler tel cas ou telle classe de cas. Cependant, Alexander est récemment revenu à une conception plus modérée des intentions contrefactuelles (Alexander et Sherwin, 2008, p. 150).

Il est également possible de déterminer des *intentions contrefactuelles fortes*, eu égard à un présupposé plus robuste que la rationalité minimale du législateur, par exemple la rationalité *idéale* du législateur. Si on suppose que le législateur est idéalement rationnel, alors on peut, étant donné les indices qu'on a de ses intentions réelles et faiblement contrefactuelles, affirmer que le législateur aurait considéré que telle ou telle propriété serait pertinente s'il y avait été confronté. Cependant, les intentions contrefactuelles fortes seront souvent sujettes à controverse, en particulier en raison de la teneur exacte du postulat de rationalité qui y préside. En réalité, dès lors que l'on fait référence aux intentions contrefactuelles fortes, c'est soit a) que le texte est déjà raisonnablement obscur et ne permet pas d'apporter une réponse à tel ou tel cas – c'est le cas en matière de *texture ouverte*, où on peut se demander si le législateur aurait tenu telle ou telle propriété pour pertinente ou non (tout ce qui a des roues est-il un véhicule ? tout ce qui a la forme d'une voiture est-il un véhicule, etc. ?) ; soit b) que l'on est déjà confronté à une forme de pluralisme interprétatif, c'est-à-dire que l'on a une *raison* (autre que l'intention du législateur) de considérer la propriété comme pertinente. L'intention du législateur devient alors un procédé rhétorique davantage que l'objet de l'interprétation.

Se pose maintenant le problème, à supposer qu'il existe quelque chose comme une intention d'application réelle ou faiblement contrefactuelle, de l'existence d'une intention unique au sein du groupe, *i.e.* de l'agrégabilité possible des intentions – c'est le problème posé par la thèse d). Il y a deux manières de répondre à ses arguments ; la première i) est d'affirmer que les intentions pertinentes sont agrégeables, la seconde ii) est qu'il n'y a pas besoin qu'elles soient agrégeables pour être attribuées au groupe.

On peut commencer par la réponse i). Selon nous, la thèse d) vise typiquement les intentions supplémentaires. Non seulement tous les membres du Parlement n'ont pas la même intention relativement au texte qu'ils votent, mais de surcroît ils auront des intentions *contradictaires* et *opposées* : c'est la raison pour laquelle certains votent le texte, et d'autres non. Non seulement ces intentions sont inagrégables, puisqu'opposées, mais de surcroît on ne saurait effectuer un choix qui ne soit arbitraire (pourquoi privilégier l'intention du député Marcel et non celle du député Jeannot ?). A cela on peut faire deux réponses.

La première est que, quand bien même le concept pertinent d'intention supplémentaire serait pertinent (ce que l'on nie par ailleurs), il n'y aurait là rien qui soit propre au *groupe*. Un individu peut avoir des intentions conflictuelles, mais cela ne l'empêche pas toujours d'agir : le marchand d'armes qui fournit les casques bleus¹³⁴ peut avoir à la fois l'intention de faire un profit dans le commerce des armes *et* de promouvoir la paix dans le monde. Ce sont des intentions conflictuelles, mais cela ne veut pas dire que l'individu est schizophrène : deux intentions conflictuelles peuvent, à l'occasion motiver une seule et même action.

134 On suppose que les casques bleus ont un fournisseur attiré, ce qui, on le reconnaît, est une hypothèse un peu grotesque.

La seconde réponse est que les intentions supplémentaires ne sont pas pertinentes, mais que les intentions d'application le sont, et que *ces intentions sont typiquement agrégeables*, et sont généralement partagées par la majorité comme la minorité. La majorité vote un texte avec l'intention que la règle qu'il exprime soit applicable aux cas présentant telle ou telle propriété ; si chacun avait une intention différente (ce qui est possible à la marge, par exemple dans certains cas d'enrichissement, voire d'implicature), alors il n'y aurait pas, au départ, accord sur le texte : si j'ai l'intention que le texte exprime une règle s'appliquant aux fruits et légumes, mais pas aux véhicules, il n'y a aucune raison que je vote le texte ! Les membres de la majorité ont donc typiquement les mêmes intentions réelles d'application, ce qui se traduit dans les indices fournis par le texte et son contexte.

Prenons un exemple, évoqué en note au 6^e chapitre : en adoptant la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, il va de soi que les membres du Parlement avaient en tête un cas sous-générique paradigmatique (principalement, les cas où *des femmes* portent un *vêtement* destiné à *dissimuler leur visage* et ce, pour des *raisons religieuses*). Cependant, pour des raisons diverses, le législateur a été amené à effectuer une généralisation plus large – tous les cas de dissimulation du visage dans l'espace public – généralisation limitée par un certain nombre d'exceptions (raisons de santé, motifs professionnels, etc.). Par conséquent, le législateur a eu pour intention que les propriétés pertinentes soient la dissimulation du visage dans l'espace public, même si la règle identifiée au moyen de ces propriétés est *inapplicable* dans certains cas réunissant ces propriétés. Les arrière-pensées du législateur, qui guident ses éventuelles *implicatures*, ne sont pas pertinentes, pour les raisons exposées plus haut.

Non seulement les intentions de la majorité sont agrégeables, mais elles ne diffèrent pas des intentions de la minorité. La majorité et la minorité diffèrent exclusivement (excepté en ce qui concerne les intentions supplémentaires) du point de vue des intentions *minimales* : la minorité n'a pas l'intention de légiférer, elle a même l'intention de *ne pas* légiférer. Mais cela ne veut pas dire qu'elle n'a pas l'intention que, *si la règle est adoptée et promulguée*, elle s'applique aux cas dotés des propriétés pertinentes retenues par la majorité. Typiquement, c'est précisément parce que la minorité a l'intention que la règle s'applique aux cas en question qu'elle souhaite que la règle ne soit pas adoptée, *i.e.* qu'elle a l'intention minimale *contraire* de la majorité. Autrement dit les intentions d'application sont moins partiellement séparables des intentions minimales (qui, par hypothèse, sont opposées et irréconciliables). *C'est précisément parce que majorité et minorité sont en accord sur les propriétés pertinentes des cas régulés par la loi qu'ils sont en désaccord sur l'opportunité de la loi elle-même*¹³⁵.

135 Bien entendu, il peut arriver que majorité et minorité ne soient en réalité pas d'accord sur les propriétés des cas régulés par la proposition ou le projet de loi ; auquel cas, on a affaire soit à un malentendu – lorsque les cas génériques que la majorité et la minorité a en tête sont absolument distincts –, soit, comme c'est le cas plus fréquemment, à des cas génériques qui se chevauchent partiellement, et dont chaque camp affirme que, vu la formulation retenue, il constituera le véritable champ d'application de la loi. Cependant, il y a toujours un noyau commun, sinon le désaccord serait un pur malentendu.

La seconde réponse ii) est beaucoup plus robuste. Elle tend à nier que les intentions collectives soient l'agrégation d'intentions individuelles, au contraire le groupe *est* un agent, dont les intentions sont déterminées par les attitudes spécifiques des membres du groupe. Une telle thèse, qui a été soutenue par Richard Ekins¹³⁶, fait fond sur la littérature de plus en plus importante en philosophie de l'action sur l'action partagée¹³⁷. Légiférer est une activité coopérative, et comme telle, l'intention d'agir ne peut être le seul fruit de la somme ou de l'agrégation des intentions individuelles. Pour reprendre un exemple célèbre de Margaret Gilbert¹³⁸, il y a une différence entre deux individus marchant ensemble (par exemple se promenant ensemble) et deux individus se trouvant fortuitement marcher l'un à côté de l'autre. Dans les deux cas, on a bien les mêmes intentions individuelles (qui est l'intention de marcher), mais le premier cas est un exemple d'intention coopérative et coordonnée. La distinction entre les deux cas ne peut être fournie sur le fondement des seules intentions individuelles, mais il doit y avoir dans le premier cas une intention collective absente du second cas. L'existence de telles intentions partagées est indispensable à l'existence d'une action collective.

Cela suppose que les intentions collectives diffèrent des intentions purement individuelles, soit qu'on fasse de chacun des sujets (comme le fait Searle) le support d'un type d'intention particulier (*les we-intentions*) distinct et irréductible aux intentions individuelles (*I-intention*)¹³⁹, soit que, comme c'est l'option de Bratman, l'intention collective naisse de la présence d'attitudes individuelles coordonnées¹⁴⁰. En aucun cas cependant, une telle intention ne suppose une simple agrégation d'intentions individuelles et encore moins l'existence d'une quelconque fusion de ces intentions en un état mental unique.

A vrai dire pour les raisons soulevées précédemment on n'a pas besoin de se départir du modèle agrégatif, parce que cela n'oblige pas à supposer – et, le cas échéant, comme le fait Ekins, à démontrer¹⁴¹ – l'existence d'une action collective législative, c'est-à-dire d'une conception de la législation répondant aux critères de constitution d'une authentique action collective et coordonnée.

136 Ekins, 2012, spec. p. 47-75. Andrei Marmor a soutenu une position intermédiaire qui n'abstrait pas complètement les intentions partagées de l'agrégation des intentions des membres du groupe (Marmor, 2005, p. 124-125).

137 Parmi une immense littérature, les grands classiques sont Searle, 1995, pp. 23-29 ; Bratman, 1999, spec. pp. 93-161 ; Gilbert, 1996 ; Tuomela, 2005. Cependant certaines théories de l'action de groupe maintiennent la possibilité d'une forme d'agrégation (List et Pettit, 2011, p. 51 *sq.*). Pour une excellente synthèse, on renvoie à Sartor, 2005, p. 267-301.

138 Gilbert, 1996, p. 177 *sq.*

139 Searle, 1995, p. 23.

140 Bratman, 1999, p. 109 *sq.* C'est cette définition qui fournit la théorie de Bratman des plans, qui est à l'arrière-plan du travail récent en théorie du droit de Scott Shapiro.

141 Voir Ekins, 2012, p. 143 *sq.*

SECTION 2. DÉFAISABILITÉ ET INTERPRÉTATION

Dans les pages qui précèdent, on n'a fait qu'esquisser les éléments d'une théorie de l'interprétation qui devrait être beaucoup plus détaillée pour pouvoir être défendable. Cependant, les traits qui ont été rapidement brossés dans la dernière section permettent de jeter une lumière nouvelle sur la défaisabilité des règles juridiques, et en particulier sur le problème des seuils de défaite acceptable.

La théorie de l'interprétation esquissée plus haut laisse ouverte la possibilité d'un conflit de raisons pour l'interprétation, *i.e.* d'un pluralisme interprétatif. Nous avons néanmoins soutenu que ce pluralisme interprétatif se détache à partir d'une situation où, au moins dans certains cas, il n'y a qu'une seule interprétation possible ou justifiable. Ce phénomène est dû au fait que l'interprète reconnaît l'autorité du jurislatureur et, par conséquent, a une raison protégée de faire dire au texte ce que le législatureur veut dire par lui.

L'intention réelle du législatureur ne porte, sauf exceptions, que sur des cas génériques et elle est généralement complétée par des intentions contrefactuelles faibles, voire des intentions contrefactuelles faibles lorsque ces dernières ne sont pas controversées. Cependant, l'intention (réelle ou contrefactuelle) ne peut fournir une raison pour l'interprétation que lorsqu'elle est identifiable : lorsqu'on a affaire à un cas de texture ouverte, ou d'ambiguïté non résorbable, l'intention contrefactuelle faible (dans le premier cas) et l'intention réelle (dans le second cas) est introuvable sur le fondement des indices que l'on a. Dans ces cas il y a inévitablement pluralisme interprétatif *ab initio*.

Le conflit d'interprétations (de raisons pour l'interprétation) en matière de défaisabilité (implicite) est cependant d'ordre différent. En effet, comme on l'a vu, la notion de défaisabilité suppose que *prima facie* la règle est conceptuellement et normativement applicable. Cela signifie que l'interprète a réussi à retrouver l'intention du jurislatureur, *i.e.* ce que celui-ci veut dire au moyen de l'énoncé de la règle ; il a donc réussi à déterminer quelles sont les propriétés pertinentes pour que la règle soit conceptuellement applicable. Etant donné la structure d'autorité où il s'inscrit¹⁴², le juge a alors *prima facie* une raison exclusive d'interpréter la règle selon l'intention ainsi retrouvée. Comment concevoir par conséquent que le juge, ayant une telle raison exclusive décide de ne pas appliquer la règle ? Avant d'envisager notre réponse (qui est que le juge restreint le scope de l'applicabilité conceptuelle de la règle, ou éventuellement le scope des normes d'applicabilité particulières qui rendent la règle normativement applicable), on peut envisager brièvement quelques théories expliquant la défaisabilité par des traits dus à l'interprétation.

142 On peut ainsi reformuler la question des normes générales d'applicabilité rendant normativement applicables les règles du système juridique. De manière générale, il convient de distinguer les normes particulières d'applicabilité (qui rendent, *e.g.* la règle applicable à partir du 1^{er} janvier 1914) et un critère général d'applicabilité qu'on a identifié dans l'appendice à la règle de reconnaissance elle-même. Si cette norme (ou métanorme) d'applicabilité est elle-même défaisable, c'est parce que l'autorité de l'auteur de *chaque* règle particulière tend à s'estomper avec le temps.

I. LACUNES AXIOLOGIQUES, DÉFAISABILITÉ ET INTERPRÉTATION

Une première option consiste à faire des lacunes axiologiques (voir chapitre 6) un phénomène essentiellement interprétatif. C'est la solution retenue par Riccardo Guastini¹⁴³, et dans une moindre mesure par Jorge Luis Rodriguez¹⁴⁴. On va essentiellement envisager les thèses de Guastini qui sont, bien entendu, une application de sa théorie sceptique de l'interprétation.

Selon Guastini, la défaisabilité et les lacunes axiologiques sont les deux faces d'une même médaille¹⁴⁵. Lorsqu'on défait la règle on reconnaît l'existence d'une solution normative au cas, solution qui est axiologiquement inadéquate. Cependant, selon Guastini, il faut se garder d'un schéma de pensée où l'interprétation du sens « objectif » de l'énoncé serait effectuée, puis l'interprète trouverait se sens insatisfaisant en raison de valeurs qui seraient préexistantes à l'interprétation et reconnaîtrait ce que le théoricien du droit appellera une lacune axiologique. Un tel processus correspond à une reconstruction *a posteriori* effectuée par le théoricien (au moyen de termes de son méta-langage : « défaisabilité », « lacunes axiologiques ») d'un phénomène qui est en réalité interprétatif dès le départ¹⁴⁶. *Ab initio* le juge retient l'interprétation qui lui permettra d'obtenir la délimitation du scope souhaitée. Il en résulte que la défaite des normes est *elle-même* le résultat d'une opération interprétative¹⁴⁷. On ne peut dire avant l'interprétation si la norme est défaisable ou non, car c'est l'interprétation qui le détermine.

Le point problématique consiste à savoir comment on peut parler de défaisabilité si, de toute façon, *ab initio*, l'interprète détermine la signification qu'il préfère, et, de ce fait restreint ou augmente à sa guise (dans les limites du *cadre*) le scope de la règle ainsi identifiée (ou plutôt ainsi *choisie*). Qu'est-ce qui est à proprement parler défait là-dedans ? Il semble qu'il n'y ait rien à défaire, puisqu'il n'y a pas de sens « objectif » de l'énoncé avant l'interprétation. De fait, on pourrait très bien en déduire que la défaisabilité est une catégorie illusoire, et que la théorie du droit se leurre lorsqu'elle cherche quelque chose qui soit défait.

Mais Guastini, visiblement, ne choisit pas cette voie. C'est la raison pour laquelle il semble supposer une sorte de primat du sens littéral de la phrase¹⁴⁸ : l'interprète identifie le sens littéral, et la « défaisabilité » de la règle dépendra du choix que fera l'interprète d'identifier ou non des exceptions à la règle. Or si le sens littéral est un composant parmi d'autres du « cadre » comprenant l'ensemble des interprétations possibles, pourquoi penser qu'il fournirait l'interprétation par défaut de l'énoncé ? Prenons l'exemple de Fuller, sur la règle faisant interdiction de dormir dans la gare. Le sens

143 Guastini, 2006d ; Guastini, 2012.

144 Rodriguez, 2000, p. 166.

145 Guastini, 2006d, p. 284.

146 Guastini, 2006d, p. 286.

147 Guastini, 2006d, p. 290.

148 Voir par exemple Guastini, 2006d, p. 280-284.

littéral de dormir est clairement « être en état de sommeil » (ou toute autre définition appropriée). De fait je peux interpréter l'énoncé selon son sens littéral *puis* me demander s'il n'y aurait pas une exception pour le voyageur assoupi ; mais je peux également d'emblée interpréter l'expression « dormir dans la gare » de manière à ce qu'elle soit enrichie, et qu'elle signifie « se servir de la gare comme endroit pour passer la nuit ». Et il se peut que ce soit cette signification qui fournisse mon « entrée » dans le texte, de sorte que si je suis policier et qu'un de mes collègues me montre le voyageur afin que j'aie le verbaliser, je lui demanderai tout simplement s'il plaisante. – Bien entendu, ce faisant j'ai « choisi » un sens sur l'autre (on reste ici dans un cadre d'analyse guastinien), mais je ne l'ai pas choisi *à partir* d'un autre sens, plus obvie, qui serait le sens littéral.

D'autre part, Guastini attire l'attention sur les aspects synchroniques et diachroniques de la défaisabilité¹⁴⁹. Selon lui toutes les règles (*i.e.* les résultats de l'interprétation de tous les énoncés normatifs) sont diachroniquement défaisables : les juges peuvent toujours interpréter le texte de manière à lui faire comprendre une exception non reconnue auparavant. En revanche, selon lui, synchroniquement, une règle est seulement défaite, mais elle ne peut pas être défaisable. La défaisabilité diachronique correspond à la somme des défaites synchroniques.

Cependant on peut se demander pourquoi Guastini soutient que les règles ne sont pas défaisables synchroniquement. Selon lui cela tient au fait qu'une règle défaisable ne respecte pas les lois du *modus ponens* et du renforcement de l'antécédent, et que par conséquent si la règle une fois révisée après la défaite demeurerait défaisable, elle ne pourrait guider le raisonnement pratique. Nous avouons avoir du mal à comprendre cet argument, qui repose sur une interprétation quelque peu « constructive » d'Alchourrón. Nous avons vu que, selon Alchourrón, l'emploi du conditionnel défaisable $A > OB$ équivalait à l'emploi d'un conditionnel strict où à l'antécédent se joint un opérateur de révision f dont on a vu qu'il était en réalité un opérateur d'*expansion* (il comprend l'ensemble des présupposés implicites joints à A), de sorte que $A > OB =_{df} fA \Rightarrow OB$. Lorsque de $A \wedge C$ on ne peut plus dériver OB , alors on révisé fA (ou plutôt $Cn(fA)$) de manière à ce que C ne puisse faire partie des conséquences logiques de fA (on renvoie au quatrième chapitre pour plus de détails).

Or Guastini interprète cette opération de la manière suivante : « une fois réalisée la révision du conditionnel défaisable, ce qui reste est un conditionnel strict »¹⁵⁰. Or ce que dit Alchourrón, c'est que la « révision » de A en fA (c'est-à-dire en réalité l'*expansion* de A) permet de faire équivaloir *conceptuellement* l'opération $A > B$ avec l'opération employant un conditionnel strict $fA \Rightarrow OB$. Cependant, lorsque fA est *contracté* dès lors que la présence de C nous oblige à abandonner certaines présuppositions, le conditionnel qui « reste » est bien strict – mais le conditionnel a *toujours* été strict. Et par conséquent, que ce soit diachroniquement ou synchroniquement, il respecte bien les règles MP et RA. C'est précisément ce qu'Alchourrón entend démontrer :

149 Guastini, 2006d, p. 292.

150 Guastini, 2006d, p. 293.

les conditionnels défaisables respectent en réalité toujours MP et RA, une fois qu'on prend la peine des les définir.

Par contraste, la conception guastinienne de la défaisabilité implique un schéma en deux moments : l'*identification* de la norme – au moyen d'une interprétation, et éventuellement une « défaite » synchronique ; puis l'*application* de la norme au moyen d'un raisonnement pratique respectant MP et RA. C'est pourquoi la norme identifiée et « révisée » par la défaite n'est pas synchroniquement défaisable puisque, au moment de l'appliquer, le raisonnement ne sera pas défaisable. Mais cela suppose que la défaite précède la défaisabilité ce qui est une conception très étrange. De manière générale, la défaisabilité *entraîne* la défaite : c'est parce que la règle est synchroniquement défaisable que, dûment identifiée, elle est défaite, c'est-à-dire *qu'elle n'est pas appliquée* ou tout au moins qu'elle est considérée *non applicable*. L'interprétation ne se contente pas d'identifier un sens abstrait de la norme, mais elle structure le raisonnement juridique, dès lors qu'elle identifie la norme à la fois conceptuellement, mais aussi *normativement* applicable : si j'interprète la norme, mais que (tous problèmes d'établissement des faits mis à part), je n'applique pas au cas la norme ainsi identifiée, je ne défais pas la norme, mais je statue *contra legem*. Bien entendu on peut nier que les règles soient « synchroniquement » défaisables, mais cela empêchera qu'on puisse les concevoir comme défaites. Il en résulte qu'il n'y a aucune différence entre défaisabilité diachronique et synchronique des règles.

II. LA THÉORIE DISPOSITIONNELLE D'ALCHOURRÓN

Alchourrón lui-même, dans le dernier article paru de son vivant, a proposé une théorie de la défaisabilité fondée sur l'interprétation¹⁵¹. Il distingue ce qu'il appelle le Master Book, c'est-à-dire l'ensemble des formulations normatives à disposition de l'interprète, du Master System, c'est-à-dire de l'ensemble des *normes* existantes dans le système juridique considéré. Dans de très nombreux cas, l'identification, à partir d'un énoncé du Master Book d'une norme du Master System ne pose à l'interprète aucun problème, et le sens des énoncés permet de trouver assez aisément l'intention du locuteur (de l'auteur de l'énoncé). Lorsque, par exemple, l'ambiguïté de l'énoncé est telle que l'intention du législateur est impossible à identifier (quand bien même une intention réelle aurait été conçue par le législateur), l'interprétation assume nécessairement sa part créatrice.

Or les exceptions implicites interviennent dans un contexte par hypothèse dénué d'indéterminations sémantiques classiques (du type ambiguïté ou vague). C'est pourquoi Alchourrón propose une « théorie dispositionnelle » de la défaisabilité. Selon cette théorie, l'interprète est justifié à reconnaître une exception à une norme *si A alors OB* énoncée en un temps T par un locuteur X s'il y a une « disposition » de X en T à

151 C. Alchourrón, 1996b.

affirmer le conditionnel « si A alors OB » tout en rejetant « si A et C alors OB »¹⁵². Il ne s'agit donc pas pour Alchourrón d'affirmer que le législateur avait en T l'intention d'exclure C du scope de la norme, mais qu'il avait la disposition de le faire, c'est-à-dire qu'eût-il été confronté à un cas subsumable sous le cas générique défini par les propriétés (A et C), il eût exclu celui-ci du scope de la norme. Le point crucial de cette théorie dispositionnelle est que c'est en T, c'est-à-dire au moment où la norme a été *énoncée* (ou *promulguée*), et non au moment où elle est interprétée, qu'une telle intention est attribuée par l'interprète à l'auteur de la norme. Par conséquent, bien que l'exception en question – pourvu qu'elle corresponde bien à l'intention contrefactuelle attribuée à l'auteur de la norme¹⁵³ – ne soit pas mentionnée (par hypothèse) dans l'*énoncé* de la norme, elle correspond bien, dès le moment T de la promulgation, à une *norme* du Master System. Autrement dit, bien que la seule formulation normative présente dans le Master Book soit « si A alors OB », le Master System comprend les normes : *si A alors OB ; si A et C alors non OB*. Ainsi, si la « disposition » du législateur était de reconnaître une *non-exception implicite*¹⁵⁴, c'est-à-dire que le législateur, eût-il été confronté au cas, eût décidé d'y appliquer la règle, le juge, reconnaissant une exception, introduit dans le système juridique une norme *incompatible* avec la norme que le législateur, au moment de la promulgation, était (contrefactuellement) disposé à énoncer. Pour le dire autrement, bien que la formulation normative qu'il interprète ne fasse mention d'aucune exception (clause « sauf dans les cas où... ») ni d'aucune non-exception (clause « y compris dans les cas où... »), le juge qui reconnaît une exception là où le législateur n'en eût pas mis, statue en quelque sorte *contra legem* (même si évidemment il y a là une situation différente de celle où l'interprète va contre le sens explicite de la formulation normative)¹⁵⁵.

C'est cette contrainte quelque peu irréaliste qui nous semble devoir être rejetée, car elle semble supposer que les exceptions « implicites » sont en quelques sortes continues avec ce qui est identifié comme étant le sens explicite de l'énoncé.

De fait, la théorie dispositionnelle est assez utile pour expliquer d'autres phénomènes. Supposons que l'énoncé comprenne une ambiguïté lexicale, dont le locuteur ne s'est pas aperçu : sur le seul fondement du sens de l'énoncé, une interprétation unique est impossible ; en revanche des considérations tirées du contexte permettent de déterminer avec une très forte certitude quelle est l'intention *faiblement* contrefactuelle

152 Alchourrón, 1996b, p. 342.

153 On suppose que c'est le cas. Alchourrón envisage deux autres cas de figure qu'on laisse de côté ici : le cas où le législateur avait la disposition de rejeter l'exception, et par conséquent d'indiquer que « si A et C alors B » (ce qu'Alchourrón appelle une non-exception implicite) et le cas où le législateur n'aurait eu l'intention ni de reconnaître, ni de rejeter l'exception.

154 Voir note précédente.

155 L'une des faiblesses de la théorie d'Alchourrón tourne autour de la notion de sens explicite de l'énoncé normatif. Tantôt Alchourrón adopte une posture quasi littéraliste – *e.g.* « les règles qui donnent leur signification aux expressions du langage naturel sont le point de départ de toute interprétation » (Alchourrón, 1996b, p. 339) – tantôt une posture crypto-gricéenne – « dans tout processus de communication linguistique, nous devons analyser la situation du point de vue de la personne qui profère l'énoncé » (*ibid.*)

du locuteur ; et on peut même dire que celui-ci au moment T de la promulgation était disposé à avoir cette intention. Cette attribution n'est certes pas automatique ; le contexte doit généralement être quelque peu enrichi, en tout cas davantage que lorsque la désambiguïsation est évidente. Mais l'interprétation n'en est pas moins aisée.

Seulement, il ne saurait en aller de même pour la défaisabilité. Par hypothèse, la défaisabilité suppose que le sens « explicite » (c'est-à-dire en réalité ce que le locuteur *veut dire*) est clairement établi : étant donné la considération des indices, et étant donné un certain taux d'enrichissement du contexte, on parvient à une intention raisonnablement contrefactuelle relative aux conditions *d'application* de la règle. Mais pour que l'on puisse avoir des indices pour attribuer au locuteur des exceptions « implicites », c'est-à-dire pour que l'on puisse déterminer en T si le locuteur était disposé à les reconnaître suppose un taux d'enrichissement du contexte qui dépasse clairement les limites de ce qui est accessible à l'interprète. En tout état de cause, la théorie dispositionnelle repose sur des intentions trop fortement contrefactuelles pour qu'elles puissent être rapportées à une « disposition » du locuteur. En revanche, comme on va le voir, elles peuvent être rapportées à la disposition d'un législateur idéal.

De manière générale, la défaisabilité suppose que l'exception implicite reconnue entre en *tension* avec l'intention que l'on a attribuée à l'auteur de l'énoncé. La défaisabilité suppose que l'on a toujours une *raison* d'interpréter l'énoncé de manière à rendre la règle applicable au cas que l'on souhaite par ailleurs excepter. Cette raison est court-circuitée dès lors que l'on reconnaît *ab initio* une disposition du législateur (du locuteur) à reconnaître implicitement une exception. Par conséquent, on ne peut partir du principe que l'exception implicite faisait, dès le départ, partie intégrale de la *norme* exprimée par la formulation normative, car si c'était le cas, alors il serait impossible de dire que la norme était, au moment T de la promulgation, applicable au cas. Si c'était le cas, alors les éléments du contexte de locution, y compris eux fournissant des indices pour déterminer une intention contrefactuelle, rendraient impossible l'applicabilité de la règle au cas exceptionnel. On ne peut défaire une règle sur le fondement de l'intention du législateur, sauf dans les rares cas où ces exceptions correspondent à une structure contextuelle partagée d'interprétation des énoncés ; dans le cas où l'application de la règle donnerait un résultat est absurde ou aberrant, on ne peut plus parler de défaisabilité, car les intentions contrefactuelles sont ici relativement faibles¹⁵⁶. Il est donc possible de déterminer des exceptions implicites au moment T de la promulgation, mais elles sont loin d'épuiser la totalité des exceptions susceptibles d'être reconnues par les juges.

Par conséquent, si, dès sa promulgation, la norme exprimée par la formulation « si A alors OB » est en réalité *si A alors OB*, *sauf si C*, alors de deux choses l'une : 1° soit

156 Lorsque l'application de la règle est tout le temps absurde (tel l'article 78 du décret du 11 novembre 1917, mentionné au précédent chapitre, obligeant les voyageurs à monter et descendre alors que le train est en marche), alors la règle ne fait pas l'objet d'une exception, mais est interprétée pour lui faire dire le contraire de ce qu'elle dit. Mais ce cas n'est pas un cas difficile. Cependant, il est assez difficile de trouver un exemple une règle non absurde dont une application particulière serait absurde en ce sens et qui nécessiterait une exception.

la « disposition » du législateur (*i.e.* son intention contrefactuelle) est déterminable par indices que l'on a détaillés plus haut, en particulier le contexte, auquel cas l'interprétation correcte, et la *seule interprétation correcte* de l'énoncé normatif est *ab initio* « si A alors OB sauf si C » : le cas est alors facile, et l'indétermination normative proche de zéro ; 2° soit la « disposition » du législateur ne peut être déterminée sur le fondement des éléments du contexte de locution, auquel cas elle existe peut-être dans un monde possible assez éloigné du nôtre, mais elle ne peut être dite *objectivement* introduire une norme *si A alors OB sauf si C* au sein du Master System, qui appartient bien à notre monde, ou à un monde très éloigné du monde.

En réalité la théorie dispositionnelle permet de rendre compte (un peu à son corps défendant) des procédures rhétoriques utilisés pour défaire une règle *au nom de l'intention du législateur*. En général, cette disposition n'est pas la disposition du législateur réel, mais la disposition d'un législateur idéal, ou idéalement rationnel.

III. UNE THÉORIE DYNAMIQUE DE LA DÉFAISABILITÉ

L'idée qu'on va défendre pour conclure est que la défaisabilité suppose le pluralisme interprétatif. Autrement dit, la défaite d'une règle implique nécessairement que l'intention du législateur ne fournisse plus la seule raison pour l'interprétation, et qu'on ait des raisons de s'en éloigner.

Dans un article important¹⁵⁷, Pierluigi Chiassoni insiste sur le fait que la détermination des conditions positives comme négatives d'applications des normes juridiques est une tâche interprétative. De ce point de vue il se place dans la droite ligne du scepticisme modéré de Guastini : la détermination du sens du texte est toujours soumise à des facteurs interprétatifs¹⁵⁸, et la nature et le scope de la défaisabilité seront de ce fait dépendants de ces facteurs. Selon Chiassoni, ces facteurs sont : « un ensemble de dispositions ; un code interprétatif, contenant des directives d'interprétations textuelles (identification des normes explicites) et méta-textuelles (identification des normes implicites) ; un ensemble de ressources interprétatives »¹⁵⁹. De fait il est possible de reformuler (moyennant aménagements théoriques conséquents) la plupart des thèses de Chiassoni dans le vocabulaire des raisons pour l'interprétation, tant l'apport de cet article se situe ailleurs que dans sa théorie de l'interprétation proprement dit.

Chiassoni introduit une distinction entre norme défaisable close et ouverte qui s'ajoute au couple classique explicite/implicite. Une norme est défaisable close si à un moment t_1 l'interprète peut, eu égard aux facteurs interprétatifs¹⁶⁰ déterminer un

157 Chiassoni, 2008.

158 Chiassoni, 2008, p. 493.

159 Chiassoni, *ibid.*

160 Chiassoni, 2008, p. 493.

ensemble exhaustif d'exceptions¹⁶¹ ; ouverte, si l'interprète est autorisé à introduire en t_2 des exceptions supplémentaires, même si en t_1 ce n'était pas nécessairement le cas. Cette distinction se combine avec la distinction explicite implicite, de sorte qu'on pourra parler de défaisabilité explicite close ou ouverte et de défaisabilité implicite close ou ouverte¹⁶².

Cependant Chiassoni n'effectue pas de distinction entre exceptions implicites/explicites et défaisabilité explicite/implicite (on renvoie au tableau 3 du chapitre 6 ci-dessus). On peut néanmoins intégrer ces distinctions au moyen du couple clos/ouvert.

Une norme sera explicitement défaisable de manière close, si l'ensemble des exceptions est explicite et exhaustif (ce qui correspond à l'existence d'une clause d'exception).

Une norme sera explicitement défaisable de manière ouverte, si l'ensemble des exceptions est explicite et non exhaustif (sauf si A, B, etc.). Dans ce cas, on aura affaire à des exceptions dérivée sur le fondement d'un *raisonnement par analogie*. – En revanche, Chiassoni n'envisage pas les cas où la clause d'exception est une clause *ceteris paribus*, de sorte qu'il n'y a aucune exception explicite. On peut néanmoins ranger ce cas dans la présente catégorie.

Une norme sera implicitement défaisable lorsqu'elle sera soumise à des exceptions provenant d'autres normes du système juridique. On a affaire à la défaisabilité implicite faible du tableau¹⁶³, mais il n'est pas certain que le couple clos/ouvert puisse s'y appliquer. Si par défaisabilité implicite ouverte, on entend la possibilité d'exceptions naissant de l'introduction de nouvelles normes, cette catégorie semble assez peu utile. Cependant, on peut remarquer que des clauses *ceteris paribus* implicites sont (par hypothèse) ouvertes.

La notion d'ouverture de la défaisabilité est essentielle. Au moment t_1 où l'énoncé a été proféré (et à supposer que l'on n'ait affaire à aucun problème de vague ou de texture ouverte), la liste des exceptions, qu'elles soient implicites ou explicites, est close, sauf si le jurisléteur en dispose autrement (au moyens d'une clause du type : « sauf si X, Y, et tous cas semblables »). A supposer que le jurisléteur ait autorisé sur ses interprètes, ceux-ci appliqueront la règle sans d'autres exceptions que celles-là. Bien entendu, la clause « et tous cas semblables » implique que le juge ait une plus grande marge de manœuvre que si la liste des exceptions est close ; mais pour que l'interprétation soit fidèle à l'intention du jurisléteur (ce qui est supposé dès lors que l'interprète reconnaît l'autorité de ce dernier), le juge doit se plier à un certains nombres de contraintes supplémentaires : ainsi en cas de défaisabilité ouverte (clause « sauf si X, Y et tous cas semblables »), le juge devra montrer, au moyen d'un raisonnement par analogie, que les propriétés du cas Z le rendent *semblable* aux cas X et Y.

161 Je passe ici sur la distinction qu'il effectue entre défaisabilité close simple et complexe (voir Chiassoni, 2008, pp. 493-494).

162 Chiassoni, 2008, p. 498-500.

163 Chiassoni, 2008, p. 504.

Par conséquent, pour toute règle, au moment t_1 de la promulgation, plusieurs types de *défaissabilité* peuvent être envisageables :

1. une défaissabilité explicite close. L'interprétation permet de déterminer les *exceptions explicites* et leur liste est close (principe *expressio unius*). Ces exceptions peuvent résulter soit d'une clause spécifique, soit d'une clause générale – l'introduction en t_n de nouvelles normes faisant faire exception à la norme déterminée en t_1 aura pour effet de mettre à jour le système.
2. une défaissabilité explicite ouverte faible. L'interprétation permet de déterminer les exceptions explicites et leur liste est ouverte (soit par un « etc. » soit en raison d'un postulat *ejusdem generis*). L'interprète en t_2 sera amené à raisonner par analogie.
3. une défaissabilité explicite ouverte forte. L'interprétation permet de déterminer une clause *ceteris paribus* (« sauf circonstances exceptionnelles »). L'interprète en t_2 pourra éventuellement défaire la règle, mais les exceptions implicites ne seront pas du tout rattachables à l'intention du législateur. C'est pourquoi en t_2 , l'interprète est confronté à un seuil très élevé de défaire.
4. une défaissabilité implicite close faible. L'interprétation permet de déterminer des exceptions en raison de normes conflictuelles du système juridique. Ces exceptions sont introduites au moyen des métarègles, une fois chaque norme identifiée au moyen de l'interprétation. – l'introduction en t_n de nouvelles normes entrant en conflit avec la règle déterminée en t_1 aura pour effet de mettre à jour le système.
5. une défaissabilité implicite ouverte. L'interprétation permet de déterminer des exceptions implicites en raison de considérations tirées du contexte, pourvu que celui soit assez riche.

Dans un tel schéma, il n'y a pas de place pour l'existence d'une clause *ceteris paribus* implicite, c'est-à-dire pour une défaissabilité implicite forte des règles juridiques – le seuil de défaire sera nécessairement très élevé.

On suppose que l'interprète en t_2 est suffisamment rapproché du contexte d'énonciation, c'est-à-dire de t_1 . Cependant, au fur et à mesure que l'on s'éloigne du contexte, non seulement celui-ci cesse d'être accessible (de sorte que les cas de figure tels que 5. deviennent impossibles), mais de surcroît le juge cesse d'interpréter selon la raison exclusive qu'il avait en t_2 d'interpréter le texte selon l'intention du législateur.

Ainsi en t_3 le pluralisme interprétatif devient beaucoup plus commun. Généralement le législateur a changé (ou changé d'avis) entretemps. L'intention que l'on peut prêter au législateur est moins claire, et des cas nouveaux se font jour pour lesquels on peut difficilement lui attribuer une intention contrefactuelle. Par conséquent, le pouvoir reconnu à l'interprète d'interpréter l'énoncé normatif de manière à en restreindre le scope suppose une part accrue de pouvoir créateur : le juge a en t_3 une raison d'interpréter la règle de manière différente qu'en t_2 . Cela suppose que l'auteur de la règle perd de son autorité sur l'interprète. Il ne perd pas son autorité : les cas normaux continuent bien d'être régulés par la règle, mais l'interprète exclut une classe de cas qui étaient soit explicitement soit implicitement inclus dans le scope de la règle. Par conséquent,

la défaisabilité devient nécessairement ouverte : on considère que la norme que l'on identifie au moyen de l'interprétation de l'énoncé normatif comporte une clause du type « sauf si... ».

Les cas les plus difficiles sont les cas de défaisabilité explicite close, ceux où en t_1 la règle faisait déjà l'objet d'une liste close d'exceptions, et où l'interprète considère que la liste des exceptions éventuellement mentionnées dans la formulation de la règle est susceptible d'ajouts. On pourra ici distinguer plusieurs cas de figures. Dans le premier cas la liste des exceptions explicites n'est pas *explicitement close*, mais résulte de l'emploi du postulat *expressio unius*. Dans ce cas, l'interprète en t_3 peut arguer de ce qu'en réalité elle est ouverte – ce qui sera d'autant plus possible que l'on s'éloigne dans le temps du contexte de locution. Dans un second cas, la liste des exceptions explicites est, pour ainsi dire, *explicitement close* (« sauf si X et Y et seulement dans ces cas ») ou bien la règle est *explicitement indéfaisable* (« si A alors B, et sans aucune exception possible »). Dans ce cas la charge de l'argumentation est très contraignante pour l'interprète, d'autant plus que le système juridique contient divers facteurs de stabilité de l'interprétation, qui freinent naturellement le pluralisme interprétatif (par exemple, les exigences de sécurité juridique) : on continue bien souvent à interpréter la règle selon l'intention du législateur, même la raison que l'on a d'interpréter la règle selon cette raison n'est pas tirée de l'autorité de ce dernier.

En revanche, les cas 2° et 3° ne posent que peu de problèmes : en ajoutant des exceptions supplémentaires, l'interprète ne fait que compléter une liste ouverte d'exceptions.

De manière générale, plus on s'éloigne du contexte d'énonciation, plus le seuil de défaite acceptable décroît. Typiquement, en t_2 , ce seuil est assez élevé. Par exemple, l'analogie, dans le cas 2° doit être relativement stricte. De même les circonstances exceptionnelles, dans le cas 3°, doivent présenter un caractère impérieux. En revanche, en t_3 ce seuil sera naturellement abaissé, car des raisons pour l'interprétation différentes de l'intention du législateur se seront fait jour¹⁶⁴. Autrement dit, le pluralisme interprétatif, et l'existence de nouvelles raisons pour l'interprétation recevables ou considérées comme telles, est le principal facteur d'abaissement des seuils de défaite acceptable.

Le cas de figure typique sera celui où la norme n'était pas *défaisable* en t_1 ou en t_2 et où par conséquent la défaite en t_3 suppose l'existence d'une clause *ceteris paribus* implicite. On a là le cas exemplaire de défaisabilité, tel qu'on l'a étudié au chapitre 6. Au fur et à mesure que l'on s'éloigne du contexte d'énonciation, la raison exclusive R_2 (tirée de l'autorité du législateur) pour interpréter l'énoncé normatif selon R_1 (compréhension du sens de l'énoncé et éléments tirés du contexte de locution) entre en concurrence avec d'autres raisons.

164 Cependant on peut continuer d'avoir des raisons d'interpréter l'énoncé de manière à lui faire dire ce que législateur voulait dire par lui – mais ces raisons seront autres que celles tirées de l'autorité du législateur. Il s'agira de raisons tirées de la sécurité juridique, de la nécessité de la continuité interprétative, etc.

Celles-ci peuvent être des raisons pour interpréter l'énoncé selon R_1 , bien sûr : sécurité juridique, stabilité du système, etc. Ainsi, si en t_n (très longtemps après t_1) on continue à interpréter la règle sur les véhicules dans le parc de telle manière qu'elle s'applique aux grosses cylindrées (selon R_1), c'est sans doute pour d'autres raisons que R_2 : des raisons concurrentes de second ordre peuvent amener à la même interprétation, c'est-à-dire à l'interprétation pour les mêmes raisons de premier ordre.

En revanche, dès lors qu'il s'agit d'*exclure* des cas du scope d'application de la règle suppose que l'on ait une raison de ne pas interpréter (intégralement) l'énoncé normatif selon R_1 . Le fait que cette raison soit justifiée suppose, *eo facto* que R_2 cesse d'être une raison conclusive pour l'interprétation, et que l'autorité du jurislatureur s'affaiblisse : il peut arriver en t_3 que la raison pour laquelle je suis l'intention du législateur (c'est-à-dire pour laquelle j'applique la règle aux cas pour lesquels le législateur a eu ou aurait eu l'intention qu'elle s'applique) entre en conflit avec une raison pour interpréter la règle différemment, *i.e.* comme excluant un cas sous-générique qui était explicitement ou implicitement inclus dans le scope de la règle : l'existence même d'un pluralisme interprétatif en t_3 sur l'interprétation d'une règle ne posant aucun problème en t_1 suppose l'affaiblissement de l'autorité du législateur¹⁶⁵. Il va de soi que les raisons en jeu peuvent (mais ce n'est pas nécessaire) être tirées d'arguments de principe : ce qui compte c'est que l'interprétation soit suffisamment justifiée pour ne pas apparaître comme une pure violation du droit. Mais ce type de cas ne constitue pas une classe de pur pouvoir discrétionnaire du juge : en ajoutant des exceptions à la règle, le juge ne crée pas une nouvelle règle, même s'il contribue à transformer la règle existante. Cela implique, de même que ci-dessus, un seuil de défaite *prima facie* assez élevé, en raison des facteurs de stabilité étrangers à l'autorité du jurislatureur. Ce seuil de défaite variera naturellement eu égard à la nature de l'auteur (un juge aura peut-être moins de déférence à l'égard de sa propre jurisprudence qu'à l'égard du législateur – ou c'est du moins ce qu'on est enclin à croire) et eu égard la pertinence des autres raisons pour l'interprétation.

De fait, on a décrit ici de manière beaucoup trop schématique (au moyen de moments discrets $t_1, t_2 \dots t_n$) ce qui constitue en réalité un processus continu, mais certainement pas linéaire, de transformation du droit. La défaisabilité modifie le scope des règles applicables, même si un seul acte de défaite ne fait naturellement rien de tel, et il faut nécessairement que l'exception se cristallise au moyen des précédents.

165 Il faut indiquer que ces cas n'épuisent pas les possibilités de pluralisme interprétatif. Ce dernier peut intervenir dès lors que, même en t_2 , l'intention du jurislatureur n'est pas claire, en raison du vague, de la texture ouverte ou d'autres types d'indétermination sémantique qu'aucune considération tirée du contexte ne peut permettre de résoudre définitivement. Par hypothèse ce n'est pas le cas ici. D'autre part il est possible que, même en t_1 , l'interprète décide d'accorder une exception alors qu'on a affaire à aucun des cas : il décide d'accorder une exception qui n'est rattachable ni de loin ni de près à l'intention du législateur (tel qu'il est possible de la déterminer par une compréhension du sens de l'énoncé et une considération du contexte de locution). Dans ce cas, le juge ne reconnaît pas l'autorité du jurislatureur et statue *contra legem*. Tout ce qu'on vient de dire suppose qu'en t_2 , l'interprète reconnaît l'autorité du jurislatureur, ce qui rend son interprétation justifiée ; mais encore une fois, cela n'implique pas que l'interprète reconnaisse *toujours* cette autorité, y compris en t_2 .

Cependant, il est important de souligner que cette la possibilité défaite (même isolée) passe par l'*interprétation* de la règle comme n'étant pas applicable au cas en question. Si l'acte de défaire une règle (telle qu'identifiée par l'intention du jurislatureur) sera justifiée, c'est précisément parce que les raisons de ne pas appliquer la règle seront conçues comme des raisons d'interpréter la règle de manière à ce que les cas en questions ne fassent pas partie de son scope, ou, tout au moins, que la règle n'y soit pas applicable. Autrement dit, la justifiabilité de la défaisabilité en droit suppose que les raisons de ne pas appliquer la règle se rapportent au *contenu* de cette dernière. C'est la raison pour laquelle la raison « parce que c'est immoral » ne sera à elle seule que très rarement une raison recevable. L'interprète à la charge de montrer comment les raisons déterminent ce que l'énoncé de la règle *signifie*. Dans l'arrêt « Roi des Gitans » évoqué dans le précédent chapitre, le Cour de cassation a interprété la notion de secret professionnel comme ne s'étendant pas au cas présentant une certaine propriété (ici, le risque encouru par le médecin de bonne foi) ; si on a des raisons de considérer que cette propriété est pertinente, et que ces raisons sont recevables ou peuvent justifier l'interprétation, alors *de facto* le scope de la règle est restreint.

Bien entendu cela n'exclut pas des modèles de « pure défaisance », c'est-à-dire des cas où des raisons morales impérieuses viennent directement défaire une règle applicable et dûment identifiée comme telle par l'interprétation. Mais ce seront des cas nécessairement plus rares, et bien plus sujets à controverses.

Si elle est un phénomène lié à l'interprétation juridique, la défaisabilité en droit suppose (sauf dans les cas de pure défaisance) quelque chose comme une *révision* du contenu des énoncés. De ce point de vue l'identification effectuée par Alchourrón entre révision et défaisabilité, qui n'est pas justifiée d'un point de vue conceptuel¹⁶⁶, trouve néanmoins des résonances très fortes en droit. Cependant, le modèle d'Alchourrón est statique. Les présuppositions implicites *fA* sont exhaustivement présentes dès t_1 ; c'est la raison pour laquelle les exceptions implicites doivent-être déterminables (contrefactuellement) en t_1 , d'où le modèle dispositionnel, dont on a évoqué ci-dessus les limites.

Or si on donne une version dynamique du processus de révision, où des présuppositions implicites peuvent varier selon le contexte et être introduites à de multiples étapes de la vie d'un texte, on peut expliquer pourquoi les règles juridiques sont susceptibles d'être défaites, à des seuils de défaite admissible variables en montrant les diverses raisons pour l'interprétation qui auront pour effet de restreindre le scope de la règle. Celle-ci pourra d'ailleurs être le résultat d'une précédente interprétation innovante, et ainsi de suite. Cela veut dire également qu'à partir d'un certain point la « thèse » et « l'hypothèse » de pertinence ne sont plus distinguables : les propriétés objectivement pertinentes des cas régulés par la règle correspondent en t_1 à l'intention du jurislatureur, mais elles deviennent bientôt difficilement dissociables des propriétés pertinentes selon les « hypothèses de pertinence » des juges. Ce que l'énoncé de la règle signifie et ce qu'il devrait signifier ne sont pas confondus, mais deviennent des raisons

166 On renvoie à nos critiques de la fin du chapitre 4.

également valables d'interpréter la règle. Comme l'écrit Joseph Raz (dont la théorie de l'interprétation est sur certains points l'inspiratrice de la nôtre), « dans le raisonnement interprétatif, la distinction entre application et création du droit est rendue obscure »¹⁶⁷. C'est ce trait qui rend possible la défaisabilité (forte) des règles juridiques, qui n'est ni pure application, ni pure création de droit.

167 Raz, 2009b, p. 9.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Faut-il prendre au sérieux les exceptions ?

En un certain sens, la réponse qui se dégage de ce travail n'est peut-être pas aussi affirmative que ce qu'on laissait présager dans l'introduction générale. L'existence d'exceptions en droit est en elle-même un trait inévitable : l'auteur d'une règle souhaitera prendre en compte une réalité nuancée, différencier les cas possibles, satisfaire des intérêts divergents ; l'organe d'application sera guidé par des raisons de divers ordre et sera bien souvent, et de manière non controversée, amené à adapter le droit aux particularités des cas concrets. En dépit des arguments quelque peu pathétiques que nous avons développés dans le sixième chapitre afin de faire ressortir l'intérêt de la littérature étudiée, il n'est pas certain qu'il y ait ici quelque chose de très remarquable. La raison en est précisément qu'elle est inévitable et qu'elle est banale ; il n'est de ce fait pas certain qu'elle serve à mettre en lumière des traits très intéressants du droit.

Ainsi, on espère avoir montré que les théories de la défaisabilité des règles juridiques qui prétendent tirer de cette dernière des arguments à l'appui d'une théorie robuste du droit nourrissent de grandes illusions. Arguer de ce que les règles peuvent être défaites pour des raisons morales n'est ainsi nullement un obstacle au positivisme juridique ; et la défaisabilité ne peut pas même servir à trancher le différend qui existe depuis une trentaine d'années au sein du positivisme juridique lui-même.

Par ailleurs même les théoriciens qui, refusant le postulat hartien selon lequel une règle qui se termine par « sauf si... » est encore une règle, soutiennent que l'on ne peut traiter une directive comme une règle et la considérer comme défaisable sur le fondement de ses justifications d'arrière-plan, sont obligés de reconnaître que les

acteurs juridiques ne traitent pas toujours les règles comme des règles. On soutiendra avec force que les règles ne sont pas défaisables, mais que le droit organise la répartition des tâches entre auteurs et applicateurs de telle manière que ceux-ci puissent les considérer comme défaisables. Et, de toute façon, une version modérée du particularisme juridique vient inverser le schéma et montrer que les règles sont, par définition, défaisables et que l'indéfaisabilité momentanée des règles est un trait qui résulte précisément de leur structuration défaisable.

Cependant, on a des raisons de prendre au sérieux les exceptions, et elles révèlent certains traits importants du raisonnement juridique et du droit lui-même.

En premier lieu, les exceptions structurent en profondeur le raisonnement juridique. Elles permettent d'effectuer des inférences par défaut à partir des règles ; on peut appliquer ces dernières tout en tenant pour non pertinentes un certain nombre de considérations qui pourraient l'être dans certaines circonstances, mais dont on n'a pas besoin de s'assurer qu'elles ne le sont pas pour pouvoir dériver une conclusion. C'est l'intuition fondamentale de Hart, dans son article séminal de 1948 : l'application d'une règle ne pourra pas passer par la détermination de toutes les circonstances qui pourraient être pertinentes. Lorsque celles-ci se révèlent l'être, l'application est bloquée. Et, comme Hart le soutenait également, cela suppose une répartition de la charge de l'argumentation et de la charge de la preuve entre deux parties asymétriquement constituées. Cela ne veut pas dire que l'argumentation réelle prendra la forme d'une inférence par défaut suivie d'une défaite au moyen d'une exception ; souvent la présence de l'exception est si évidente qu'on n'a pas à attendre que la partie intéressée à la soulever la mette en avant. D'ailleurs le « dialogue procédural » prendra fréquemment place au sein d'un même raisonnement (*e.g.* d'un juge pesant les enjeux du cas). Mais la défaisabilité structure le raisonnement ; elle explique pourquoi les juristes raisonnent par défaut, et pourquoi l'argumentation juridique est séquencée au moyen de règles procédurales contraignantes. Lorsqu'on se pose la question de savoir à qui on va attribuer la charge de la preuve, on raisonne, peut-être sans le savoir, en termes d'exceptions.

En second lieu, ce qu'on a appelé la défaisabilité des règles juridiques ne devrait pas être conçue comme une propriété objective des règles dont on pourrait se demander si elle existe ou non, et quelle forme elle prend. Si la notion de « défaisabilité » a un intérêt, et si elle n'est pas redondante à l'endroit des autres catégories mobilisées par la théorie du droit, elle doit apparaître comme une *construction théorique* visant à présenter le droit et ses règles sous un certain jour. Pour expliquer certains constats empiriques (les juges font des exceptions, qu'ils déguisent parfois), on a recours à une conceptualisation des règles juridiques comme étant, intrinsèquement, ouvertes à défaite. Il ne s'agit pas d'une thèse conceptuelle sur les règles en tant que tel ; c'est une manière de faire sens du chaos de l'activité juridique. Autrement dit, lorsqu'on se demande si les règles juridiques sont défaisables, on se pose une question qui n'a rien d'analogue à la question de savoir, par exemple, si telle ou telle règle est valide. La validité est une propriété des règles juridiques ; il n'y a rien de tel qu'une « défaisabilité » qui serait la caractéristique des règles de droit ou de certaines d'entre elles. En revanche

on peut parler d'un modèle défaisabiliste des règles, qui envisage la possibilité de règles ouvertes à exceptions, et se demander si ce modèle permet de faire sens de l'activité juridique.

Pour ces raisons, les exceptions doivent assurément être prises au sérieux. Bien qu'elles ne nous apprennent rien sur le droit lui-même, elles mettent à l'épreuve la capacité de la théorie du droit à rendre de compte du chaos (relatif) qu'elles introduisent dans la pratique juridique. Si les règles juridiques sont défaisables, c'est que la théorie qui les représente comme telles est plus certaine de succès qu'une théorie qui nie qu'elles le soient et ramène les « exceptions implicites » à des jugements *contra legem*, et qu'elle est moins décourageante qu'une théorie qui met en doute la pertinence de la notion de défaisabilité au motif que, dans le droit, il n'y aurait en fin de compte rien à défaire – pour qu'il y ait des exceptions, il faut qu'il y ait des règles, et rien ne permet d'assurer que le droit soit véritablement un système de règles, ni que les règles y jouent un rôle particulièrement important. Entre ces deux extrêmes, la notion de défaisabilité des règles peut éventuellement permettre de trouver une voie médiane, et jeter une lumière différente sur le phénomène faisant l'objet de la dispute ; il est cependant douteux que la dispute soit soluble.

A l'aune de ces observations, on peut tenter de jeter un regard rétrospectif sur le travail qui s'achève dans ces lignes.

La première partie a tenté de fournir les soubassements théoriques du propos des parties qui la suivent ; elle concentre avant tout des explications relatives à des notions (énoncé normatif, proposition normative, norme conditionnelle, applicabilité etc.) qui jouent un rôle important dans le reste de l'étude, et qu'il nous a paru utile d'isoler afin de justifier les choix implicites se manifestant dans l'approche des parties suivantes.

Dans la seconde partie on a tenté de montrer de quelle manière le raisonnement juridique était affecté par la présence d'exceptions, au point de vue tant inférentiel, argumentatif que procédural. Rétrospectivement, les limites du choix des modèles étudiés apparaissent évidentes : il s'agit de modèles essentiellement privatistes et/ou pénalistes, comme l'attestent d'ailleurs les exemples retenus. Ils se fondent sur des règles « primaires », applicables ou non, et supposant un strict séquençage des arguments selon une charge de la preuve ordonnée. En ce sens il n'est pas certain qu'ils soient applicables à d'autres branches du droit, où les règles sont principalement des règles de compétence, où les mémoires écrits remplacent les plaidoiries, ce qui entraîne un tout autre séquençage de l'argumentation et de la charge de la preuve. La preuve de la possibilité d'une adaptation à ces branches du droit (telles que *e.g.* le droit administratif) reste à apporter.

Enfin la troisième partie a tenté d'apporter des éléments de réponse au problème – jugé, peut à être à tort, plus intéressant que le précédent par de nombreux auteurs – de la défaisabilité des règles juridiques. Il n'est pas certain que l'on ait entendu apporter une réponse tranchée à la question de savoir s'il est pertinent ou souhaitable de représenter le droit comme un modèle de règles juridiques défaisables. Le seul point

ferme que l'on espère pouvoir retirer du 6^e chapitre est que la (soi-disant) défaisabilité des règles ou sa réfutation ne peuvent pas être mobilisée à l'appui d'une théorie de la nature du droit. En tout cas, si la notion de défaisabilité juridique doit faire sens, elle ne saurait désigner des phénomènes qu'elle ne peut pas servir à illuminer. Ainsi, les exceptions ne sont pas des cas-limites. Ici, l'enjeu était purement conceptuel : on ne fait pas une exception à une règle dont l'applicabilité est douteuse. Cependant il est possible de bâtir un modèle de la défaisabilité fondé sur l'interprétation, comme on a tenté de le montrer *in fine*, même si tant la théorie de l'interprétation que la théorie de la défaisabilité qui en constituent les piliers devraient être développés bien au-delà de l'esquisse qui en est donnée ici.

Plutôt que de se demander si les règles juridiques sont défaisables, on aurait pu se demander s'il existe des règles qui ne le soient pas¹. Ici, tout dépend de la valeur et du poids que le droit accorde non seulement au fait d'avoir des règles, mais à certaines règles en particulier. Certaines règles, généralement très élevées dans la hiérarchie des normes, revêtent une importance cruciale dans la constitution de l'identité d'un ordre juridique prétendant refléter les valeurs d'une communauté politique – par exemple les règles constitutionnelles « substantielles » ou les garanties procédurales. Or ce que « l'état d'exception » manifeste, en dépit de sa grande complexité, c'est qu'il n'y a aucune règle du système juridique, y compris celles qui traduisent les plus hautes valeurs de la communauté politique, qui ne soit virtuellement défaisable. Mais ici comme ailleurs, la théorie du droit ne peut offrir davantage que ce qu'elle peut donner. L'analyse des enjeux théoriques de la défaisabilité ne nous donne aucune indication sur les seuils réellement acceptables de défaite ; elle ne nous permet jamais de dire à partir de quand l'exception commence à détruire la règle qu'elle avait pour but de préserver.

1 Certaines normes prévoient explicitement leur indéfaisabilité. Un cas intéressant est l'article 3 du Protocole n° 6 de la Conv. EDH portant abolition de la peine de mort qui prévoit qu'« aucune dérogation n'est autorisée aux dispositions du présent Protocole » – les règles de la Conv. EDH étant généralement dérogeables en cas « d'état d'urgence » par le mécanisme de l'article 15. Il faut cependant remarquer que l'article 2 du Protocole n° 6 prévoit une dérogation « en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ». On a donc là en réalité une norme quasi indéfaisable. Je remercie le professeur Gwenaële Calvès d'avoir attiré mon attention sur cet exemple.



BIBLIOGRAPHIE

N.B. Lorsque les ouvrages cités ont fait l'objet de plusieurs éditions, j'ai, pour des raisons de simplification, indiqué exclusivement soit la dernière édition en date, sans mentionner la date de la première édition (voir par exemple RAZ, 2009a), soit l'édition consultée (voir par exemple FRYDMAN, 2005). Lorsqu'un ouvrage est sensiblement modifié d'une édition à l'autre, c'est-à-dire lorsque les éditions ultérieures ne procèdent pas uniquement à des ajouts mais à des modifications substantielles du texte original, les deux éditions font l'objet de deux références distinctes (voir KELSEN, 1983 et KELSEN, 2008).

D'autre part, les sources juridiques (textes, codes, décisions juridictionnelles, etc.) ne font pas l'objet de références bibliographiques.

AARNIO, Aulis (1987) : *The Rational As Reasonable. A Theory of Legal Justification*, Dordrecht, Reidel.

AARNIO, Aulis (1992) : *Le rationnel comme raisonnable : la justification en droit*, trad. G. Warland, Paris, Paris, Bruxelles, LGDJ/Story Scientia.

AARNIO, Aulis (2011) : *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Dordrecht, Springer.

AGAMBEN, Giorgio (1995) : *Homo Sacer*, trad. M. Raiola, Paris, Seuil.

AGAMBEN, Giorgio (2003) : *Etat d'exception*, trad. J. Gayraud, Paris, Seuil.

AGUILO REGLA, Josep (1990) : « Sobre "Definiciones e Norma" » *Doxa*, 8, pp. 273- 282.

AGUILO REGLA, Josep (1991) : « Le derogacion de normas en la obra de Hans Kelsen », *Doxa*, 10, pp. 223-258.

AGUILO REGLA, Josep (1992) : « Derogacion, Rechazo y Sistema Juridico », *Doxa*, 11, pp. 263-280.

ALCHOURRON, Carlos E. (1969) : « Logic of Norms and Logic of Normative Propositions », *Logique et Analyse*, 12, pp. 242-248.

ALCHOURRON, Carlos E. (1972) : « The Intuitive Background of Normative Legal Discourse and its Formalization », *Journal of Philosophical Logic*, 1, pp. 447-463.

ALCHOURRON, Carlos E. (1982) : « Normative Order and Derogation » in A. A. Martino (dir.) *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, vol. 2, Amsterdam, North-Holland.

ALCHOURRON, Carlos E. (1991) : « Normative Conflicts and the Revision of Normative Systems », *Law and Philosophy*, 10, pp. 413-425.

- ALCHOURRON, Carlos E. (1993) : « Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals », in J. J. Meyer et R. J. Wieringa (dir.), *Deontic Logic in Computer Science. Normative Systems Specification*, New York, Wiley & Sons.
- ALCHOURRON, Carlos E. (1995) : « Defeasible Logics : Demarcation and Affinities », in G. Grocco, L. Fariñas del Cerro et A. Herzog (dir.), *Conditionals : From Philosophy to Computer Science*, Oxford, Clarendon Press.
- ALCHOURRON, Carlos E. (1996a) : « Detachment and Defeasibility in Deontic Logic », *Studia Logica*, 57, pp. 5-18.
- ALCHOURRON, Carlos E. (1996b) : « On Law and Logic », *Ratio Juris*, 9, pp. 331-348.
- ALCHOURRON, Carlos E. (2010) : *Fundamentos para una teoria general de los deberes*, édité par J.J. Moreso et J.L. Rodriguez, Madrid, Marcial Pons.
- ALCHOURRON, Carlos E. et BULYGIN, Eduardo (1971) : *Normative Systems*, Vienne, New York, Springer Verlag.
- ALCHOURRON, Carlos E. et BULYGIN, Eduardo (1976) : « Sobre el concepto de orden juridico », *Critica*, 8, pp. 3-21.
- ALCHOURRON, Carlos E. et BULYGIN, Eduardo (1984) : « Pragmatic Foundations for a Logic of Norms », *Rechtstheorie*, 15, pp. 453-464.
- ALCHOURRON, Carlos E. et BULYGIN, Eduardo (1989) : « Von Wright on Deontic Logic and The Philosophy of Law » in P.E. Schilpp et L.E. Hahn (dir.), *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, La Salle, Open Court.
- ALCHOURRON, Carlos E. et BULYGIN, Eduardo (1991) : *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALCHOURRON, Carlos E. et BULYGIN, Eduardo (1992) : « Limits of Logic and Legal Reasoning » in A. A. Martino (dir.), *Expert Systems in Law*, Amsterdam, North Holland.
- ALCHOURRON, Carlos E. et BULYGIN, Eduardo (1996) : « Norma Juridica » in E. Garzon Valdes et F. Laporta (dir.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Editorial Trotta.
- ALCHOURRON, Carlos E. et BULYGIN, Eduardo (1998) : « The Expressive Conception of Norms » in S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press.
- ALCHOURRON, Carlos E. et MAKINSON, David (1981) : « Hierarchies of Regulations and Their Logic » in R. Hilpinen (dir.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht, Reidel.
- ALCHOURRON, Carlos E. et MAKINSON, David (1982) : « On the Logic of Theory Change : Contraction Functions and Their Associated Revision Functions », *Theoria*, 48, pp. 14-37.
- ALCHOURRON, Carlos E., GARDENFORS, Peter et MAKINSON, David (1985) : « On the Logic of Theory Change. Partial Meet Contraction and Revision Functions », *Journal of Symbolic Logic*, 50, pp. 510-530.
- ALEXANDER, Larry (1995) : « All or Nothing at All » in A. Marmor (dir.), *Law and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press.
- ALEXANDER, Larry (2012) : « Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles » in M. Klatt (dir.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press.
- ALEXANDER, Larry et KRESS, Kenneth (1995) : « Against Legal Principles » in A. Marmor (dir.), *Law and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press.

- ALEXANDER, Larry et SHERWIN, Emily (1994) : « The Deceptive Nature of Rules », *University of Pennsylvania Law Review*, 142, pp. 1191-1225.
- ALEXANDER, Larry et SHERWIN, Emily (2001) : *The Rule of Rules. Morality, Rules and the Dilemmas of Law*, Durham [N. C.], Duke University Press.
- ALEXANDER, Larry et SHERWIN, Emily (2008) : *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ALEXANDER, Larry et FERZAN, Kimberly K. (2009) : *Crime and Culpability*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ALEX, Robert (1979) : « Zum Begriff des Rechtsprinzips », *Rechtstheorie*, Supplément n° 1, pp. 59-87
- ALEX, Robert (1985) : « Rechtsregeln und Rechtsprinzipien », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Supplément NF 25, pp. 13-29.
- ALEX, Robert (1988) : « Sistema juridico, principios juridicos y razon practica », *Doxa*, 5, pp. 139-151.
- ALEX, Robert (1989) : *A Theory of Legal Argumentation*, trad. N. MacCormick et R. Adler, Oxford, Clarendon Press.
- ALEX, Robert (2000a) : « Compte-rendu de Henry Prakken (1997), *Logical Tools for Modelling Legal Argument* », *Argumentation*, 14, pp. 65-72.
- ALEX, Robert (2000b) : « On the Structure of Legal Principles », *Ratio Juris*, 13, pp. 294-304.
- ALEX, Robert (2002a) : *A Theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, Oxford, Oxford University Press
- ALEX, Robert (2002b) : *The Argument from Injustice. Reply to Legal Positivism*, trad. S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson, Oxford, Oxford University Press.
- ALEX, Robert (2003) : « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, 16, pp. 433-449.
- AMSELEK, Paul (1999) : « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Kelsen », *Revue Juridique Thémis*, 33, pp. 185-223
- AMSELEK, Paul (2012) : *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, Armand Colin.
- AMSELEK, Paul, dir. (1986) : *Actes de langage, éthique et droit*, Paris, Presses Universitaires de France.
- AMSELEK, Paul et GRZEGORCZYK, Christophe, dir. (1989) : *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France.
- ANDERSON, Allan Ross (1958) : « A Reduction of Deontic Logic to Alethic Modal Logic », *Mind*, 67, pp. 100-103.
- ANDERSON, Allan Ross (1959) : « On the Logic of Commitment », *Philosophical studies*, 10, pp. 23-27.
- ANSCOMBE, G.E.M. (1958) : « On Brute Facts », *Analysis*, 18/3, pp. 69-72.
- ANTONIOU, Grigoris et WANG, Kewen (2007) : « Default Logic » in D. Gabbay et J. Woods (dir). *Handbook of the History of Logic Volume 8. The Many Valued and Nonmonotonic Turn in Logic*, Amsterdam, North-Holland.
- ÅQVIST, Lennart (1967) : « Good Samaritans, Contrary-to-Duty Imperatives and Epistemic Obligations », *Noûs*, 1/4, pp. 361-379.

- ÅQVIST, Lennart (1973) : « Modal Logic with Subjunctive Conditionals and Dispositional Predicates », *Journal of Philosophical Logic*, 2, pp. 1-76.
- ARISTOTE (2001) : *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin.
- ARLO COSTA, Horacio L. et SHAPIRO, Scott J. (1992) : « Maps between Nonmonotonic and Conditional Logic » in B. Nebel, C. Rich et W. Swartout (dir.), *Principles of Knowledge Representation and Reasoning. Proceedings of the Third International Conference*, San Mateo [Calif.], Morgan Kaufmann.
- ARLO COSTA, Horacio L. (1995) : « Epistemic Conditionals, Snakes and Stars » in G. Grocco, L. Fariñas del Cerro et A. Herzig (dir.), *Conditionals : From Philosophy to Computer Science*, Oxford, Clarendon Press.
- ARLO COSTA, Horacio L. (1999) : « Epistemic Context, Defeasible Inference and Conversational Implicature » in P. Bouquet, *et al.* (dir.), *Modelling and Using Context*, Berlin, Springer-Verlag.
- ARVIV, Nadav (2010) : « Autonomy Here and Now. Cavell's Criticisms of Rawls », *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, 2, pp. 186-210.
- ASGEIRSSON, Hrafn (2013) : « Vagueness and Power-Delegation in Law. A Reply to Sørensen » in M. Freeman et F. Smith, *Law and Language. Current Legal Issues Vol. 15*, Oxford, Oxford University Press
- ASHER, Nicholas et BONEVAC, Daniel (1996) : « Prima Facie Obligation », *Studia Logica*, 57, pp. 19-45.
- ASHER, Nicholas et BONEVAC, Daniel (1997) : « Commonsense Obligation » in D. Nute (dir.), *Defeasible Deontic Logic*, Dordrecht, Kluwer.
- ASHER Nicholas et MORREAU, Michael (1991) : « Commonsense Entailment : A Modal Theory of Nonmonotonic Reasoning » in *Proceedings of the 12th IJCAI*, Palo Alto [Calif.], Morgan Kaufmann.
- ATIENZA, Manuel (1993) : *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelone, Ariel.
- ATIENZA, Manuel (1997) : *Las Razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ATIENZA, Manuel (2005) : *Las razones del derecho*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de Mexico.
- ATIENZA, Manuel (2008) : « Sobre "Creación jurídica" del derecho de Eugenio Bulygin » in E. Bulygin, M. Atienza et J.C. Bayon, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo.
- ATIENZA, Manuel et RUIZ MANERO, Juan (1992) : « Objeciones de Principio. Respuestas a Luis Sanchis Prieto y Aleksander Peczenik », *Doxa*, 12, pp. 333-352.
- ATIENZA, Manuel et RUIZ MANERO, Juan (1998) : *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer.
- ATIENZA, Manuel et RUIZ MANERO, Juan (2000) : « Rules and Principles Revisited », *Associations*, 4, pp. 147-156.
- ATIENZA, Manuel et RUIZ MANERO, Juan (2012) : « Rules, Principles and Defeasibility » in J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press.

- ATRIA, Fernando (1999) : « Legal Reasoning and Legal Theory Revisited », *Law and Philosophy*, 18, pp. 537-577.
- ATRIA, Fernando (2001) : *On Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing.
- ATRIA, Fernando (2002) : « The Powers of Application », *Ratio Juris*, 15, pp. 347-376.
- ATRIA, Fernando (2006) : « Adjudication and the Particular », in Z. Bankowski et J. MacLean (dir.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Aldershot, Ashgate.
- ATRIA, Fernando (2012) : « Legislation and Adjudication », » in J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press
- AUSTIN, John (1885) : *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Londres, J. Muray.
- AUSTIN, John (1995) : *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press.
- AUSTIN, John L. (1956) : « A Plea for Excuses », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 57, pp. 1-30
- AUSTIN, John L. (1961) : *Philosophical Papers*, éd. J.O. Urmson et G. J. Warnock, Oxford, Clarendon Press.
- AUSTIN, John L. (1962) : *How to do Things with Words*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press.
- AVILA, Humberto (2007) : *Theory of Legal Principles*, Dordrecht Springer
- AZAR, Moshe (2007) : « Transforming Ambiguity into Vagueness in Legal Interpretation » in A. Wagner, W. Werner et D. Cao (dir.), *Interpretation, Law and the Construction of Meaning*, Dordrecht, Springer.
- AZUELO-ATIAS, Sol : « Semantically Cued Contextual Implicatures in Legal Texts », *Journal of Pragmatics*, 42, pp. 728-743.
- BACH, Kent (2006) : « The Top 10 Misconceptions About Implicature » in B.J. Birner et G. Ward, *Drawing the Boundaries of Meaning*, Amsterdam, John Benjamins.
- BÄCKER, Carsten (2011) : « Regras, principios e derrotabilidade », *Revista Brasileira de Estudos Politicos*, 102, p. 55-82.
- BÄCKER, Carsten (2012) : *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*, Baden Baden, Nomos Verlag.
- BAIER, Kurt (1958) : *The Moral Point of View*, Ithaca, Cornell University Press.
- BAKER, Gordon P. (1977) : « Defeasibility and Meaning » in J. Raz et P. M.S. Hacker (dir.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A Hart*, Oxford, Clarendon Press.
- BAKER, Gordon P. et HACKER, Peter M.S. (1980) : *Wittgenstein. Understanding and Meaning*, 1^e édition, Oxford, Blackwell.
- BAKER, Gordon P. et HACKER, Peter M.S. (2005) : *Wittgenstein. Understanding and Meaning : Part II – Exegesis §§1-184*, 2^e édition, Oxford, Wiley-Blackwell.
- BAKER, Gordon P. et HACKER, Peter M.S. (2009) : *Wittgenstein. Rules, Grammar and Necessity*, 2^e édition, Oxford, Wiley-Blackwell.
- BANKOWSKI, Zenon (1990) : « The Jury and Reality » in P. Nerhot (dir.), *Law Interpretation and Reality*, Dordrecht, Kluwer.
- BANKOWSKI, Zenon (1996) : « Law, Love and Computers », *Edinburgh Law Review*, 1/1, pp. 25-42

- BANKOWSKI, Zenon, WHITE, Ian et HAHN, Ulrike (1995) : *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer.
- BANKOWSKI, Zenon et MACLEAN, James, dir. (2006) : *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Aldershot, Ashgate.
- BARBERIS, Mauro (1990) : *Il diritto come discorso e come comportamento*, Turin, Giapicchielli.
- BARON, Marcia (2005) : « Justifications and Excuses », *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2, pp. 387-406.
- BARTH, José Francisco (2005) : « Principios y normas en la concepcion del derecho de Dwor-kin », *Revista de Ciencias Juridicas*, 108, pp. 181-202.
- BAYLES, Michael D. (1992) : *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht, Kluwer.
- BAYON, Juan Carlos (1991) : *La Normatividad del Derecho. Deber juridico y razones para la accion*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BAYON, Juan Carlos (2001) : « Why is Legal Reasoning Defeasible ? » in A. Soeteman, *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer.
- BAYON, Juan Carlos (2003a) : « Propositiones normativas e indeterminacion del derecho » in, J. C. Bayon et J. Rodriguez, *Relevancia normativa en la justificacion de las decisions judiciales*, Bogota, Universidad Externado de Colombia
- BAYON, Juan Carlos (2003b) : « Derrotabilidad, indeterminacion del derecho y positivismo juridico » in, J. C. Bayon et J. Rodriguez, *Relevancia normativa en la justificacion de las decisions judiciales*, Bogota, Universidad Externado de Colombia
- BAYON, Juan Carlos (2009) : « Sobre el principio de prohibicion y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas » in E. Bulygin, M. Atienza et J.C. Bayon, *Problemas logicos en la teoria y practica del Derecho*, Madrid, Fundacion coloquio juridico europeo.
- BAYON, Juan Carlos et RODRIGUEZ, Jorge (2003) : *Relevancia normativa en la justificacion de las decisions judiciales*, Bogota, Universidad Externado de Colombia.
- BEALL, JC et COLYVAN, Mark (2001) : « Heaps of Gluts and Hyde-ing the Sorites », *Mind*, 110, pp. 401-408.
- BECCARIA, Cesare (2009) : *Des délits et des peines*, trad. P. Audegean, Lyon, ENS Editions.
- BECHER, Veronica, FERME, Eduardo, RODRIGUEZ, Riccardo, LAZZER, Sandra, OLLER, Carlos et PALAU, Gladys (1999) : « Some observations on Carlos Alchourron's theory of defeasible conditionals » in H. Prakken et P. McNamara (dir.), *Norms, Logics and Informations Systems*, Amsterdam, IOS Press.
- BELL, John (2006) : « Institutional Constraints on Particularism » in Z. Bankowski et J. MacLean (dir.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Aldershot, Ashgate.
- BENCH-CAPON, Trevor, GELDARD, T. et LENG, Paul H. (2000) : « A Method for the Computational Modelling of Dialectical Argument with Dialogue Games », *Artificial Intelligence and Law* 8 : 233-54.
- BENCH CAPON, Trevor, PRAKKEN, Henry et SARTOR, Giovanni (2009) : « Argumentation in Legal Reasoning » in I. Rahwan et G. Simari (ed.), *Artgumentation in Artificial Intelligence*, Dordrecht, Springer.
- BENDITT, Theodore M. (1978) : *Law as Rule and Principle*, Stanford, Stanford University PRes.
- BENTHAM, Jeremy (1843a) : *Introductory View of the Rationale of Evidence in The Works of Jeremy Bentham. Vol. 6*, éd. J. Bowring, Edimbourg, W. Tait.

- BENTHAM, Jeremy (1843b), *The Works of Jeremy Bentham. Vol. VIII*, éd. J. Bowring, Edimbourg, William Tait.
- BENTHAM, Jeremy (1970a) : *Of Laws in General*, éd. H.L.A Hart, Londres, The Athlone Press of the University of London
- BENTHAM, Jeremy (1970b) : *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, éd. J.H. Burns et H.L.A Hart, Londres, The Athlone Press of the University of London.
- BENTHAM, Jeremy (1977) : *A Comment on the Commentaries* suivi de *A Fragment on Government*, éd. J.H. Burns et H.L.A Hart, Londres, The Athlone Press of the University of London.
- BENTHAM, Jeremy (1988) : *A Fragment on Government*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BINDREITER, Uta (2002) : *Why Grundnorm ? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine*, Dordrecht, Kluwer.
- BIX, Brian (1991) : « H.L.A. Hart and the "Open Texture" of Language », *Law and Philosophy*, 10/1, pp. 51-72
- BIX, Brian (1993) : *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford, Oxford University Press
- BIX, Brian (2012a) : « Legal Interpretation and the Philosophy of Language » in P. M. Tiersma et L.M. Solan (dir.), *The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, Oxford University Press.
- BIX, Brian (2012b) : « Defeasibility and Open Texture » in J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press.
- BIX, Brian, dir. (1998) : *Analyzing Law*, Oxford, Oxford University Press.
- BLACK, Max (1937) : « Vagueness. An exercise in Logical Analysis », *Philosophy of Science*, 4, pp. 427-455.
- BLACK, Max (1962) : *Models and Metaphors*, Ithaca, Cornell University Press.
- BLACK, Max (1970) : *Margins of Precision*, Ithaca, Cornell University Press.
- BLACKSTONE, William (1807) : *Commentaries on the Laws of England*, Portland [Maine], Thomas B. Wait and Co.
- BOBBIO, Norberto (1954) : « La logica giuridica di Eduardo Garcia Maynez », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 31/5-6, pp. 644-669.
- BOBBIO, Norberto (1962) : « Nature et fonction de la philosophie du droit », *Archives de Philosophie du droit*, 7, pp. 1-11.
- BOBBIO, Norberto (1988) : « Philosophie du droit », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, ARNAUD André-Jean (dir.), Paris, Bruxelles, LGDJ, Story-Scientia, 1988.
- BOBBIO, Norberto (1998) : *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Paris-Bruelles, Bruylant-LGDJ.
- BOERSEMA, David (2009) : *Pragmatism and Reference*, Cambridge [Mass.], The MIT Press.
- BONEVAC, Daniel (1998) : « Against Conditional Obligation », *Noûs*, 32/1, pp. 37-53
- BOONIN, Leonard G. (1966) : « Concerning the defeasibility of legal rules », *Philosophy and Phenomenological Research*, 26/3, pp. 371-378.
- BOROWSKI, Martin (1998) : *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.

- BOUVERESSE, Jacques (1987) : *Le Mythe de l'intériorité*, 2^e édition, Paris, Editions de Minuit.
- BOYD, Richard (1991) : « Realism, Anti-foundationalism, and the Enthusiasm for Natural Kinds », *Philosophical Studies*, 6, pp. 127-148.
- BRATMAN, Michael (1999) : *Faces of Intention. Selected Essays in Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BREST, Paul (1980) : « The Misconceived Quest for Original Understanding », *Boston University Law Review*, 60, pp. 204-238.
- BREWKA, Gerhard (1989) : « Preferred Subtheories : An Extended Logical Framework for Default Reasoning », in N.S. Sridharan (dir.), *Proceedings of the 11th International Joint Conference on Artificial Intelligence. IJCAI '89*, vol. 2, San Francisco, Morgan Kaufmann.
- BREWKA, Gerhard (1991a) : *Nonmonotonic Reasoning. Logical Foundations of Commonsense*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BREWKA, Gerhard (1991b) : « Belief Revision in A Framework for Default Reasoning » in A. Fuhrmann et M. Morreau (dir.), *The Logic of Theory Change*, Berlin, Springer-Verlag.
- BREWKA, Gerhard (1994a) : « Adding Priorities and Specificities to Default Logic » in C. MacNish, D. Pearce et L.M. Pereira (dir.), *Logics in Artificial Intelligence. European Workshop JELIA '94*, Berlin, Springer-Verlag.
- BREWKA, Gerhard (1994b) : « Reasoning About Priorities in Default Logic », in B. Hayes-Roth et R.E. Kopf (dir.), *Proceedings of the Twelfth National Conference on Artificial Intelligence. AAAI '94. Volume 2*, Menlo Park [Calif.], AAAI Press/The MIT Press.
- BROEKMAN, Jan (1985) : « Beyond Legal Gaps », *Law and Philosophy*, 4, pp. 217-237.
- BROZEK, Bartosz (2004) : *Defeasibility and Legal Reasoning*, Cracovie, Zacamycze.
- BROZEK, Bartosz (2005) : « Law, Defeasibility and Logical Consequence », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Supplément n° 97, pp. 69-78.
- BROZEK, Bartosz (2007) : « The Weight Formula and Argumentation » in G. Pavlakos, dir., *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart Publishing.
- BROZEK, Bartosz (2008) : « Defeasibility versus Revisability », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 59/1, pp. 139-147.
- BRUNET, Pierre (2010) : « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné » in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit français*, Paris, Dalloz.
- BULYGIN, Eugenio (198a2) : « Norms, Normative Propositions and Legal Statements » in G. Floistad, *Contemporary Philosophy. A New Survey*, vol. 3, La Haye, Nijhoff.
- BULYGIN, Eugenio (1982b) : « Time and Validity », in A.A. Martino (dir.), *Deontic Logic, Computational Linguistic and Legal Information Systems*, Amsterdam, North Holland Publishing Company.
- BULYGIN, Eugenio (1985) : « Norms and Logic », *Law and Philosophy*, 4, pp. 145-163.
- BULYGIN, Eugenio (1991a) : « Algunas consideraciones sobre los sistemas juridicos », *Doxa*, 9, pp. 257-279.
- BULYGIN, Eugenio (1991b) : « Regla de Reconocimiento : ¿ Norma de obligacion o criterio conceptual ? », *Doxa*, 9, pp. 311-318.
- BULYGIN, Eugenio (1995) : « Cognition and Interpretation of Law » in L. Gianformaggio et S. Paulson (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turin, Giappichelli.

- BULYGIN, Eugenio (1998) : « Existence of Norms », in G. Meggle (dir.), *Actions, Norms and Values. Discussions with G.H. von Wright*, Berlin, New York, de Gruyter.
- BULYGIN, Eugenio (1999) : « True or False Statements in Normative Discourse » in R. Egidi (dir.), *In Search for a New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Dordrecht, Kluwer.
- BULYGIN, Eugenio (2003) : « Review of Jaap Hage's Law and Defeasibility », *Artificial Intelligence and Law*, 11, 245-250
- BULYGIN, Eugenio (2004) : « On legal gaps » in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 2002-2003*, Turin, G. Giappichelli Editore.
- BULYGIN, Eugenio (2005) : « Objectivity of Law in the view of Legal Positivism » in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 2004*, Turin, G. Giappichelli Editore.
- BULYGIN, Eugenio (2009) : « La importancia de la distincion entre normas y proposiciones normativas » in E. Bulygin, M. Atienza et J.C. Bayon, *Problemas logicos en la teoria y practica del Derecho*, Madrid, Fundacion coloquio juridico europeo.
- BURGESS, John A. et HUMBERSTONE I. Lloyd (1987) : « Natural Deduction Rules For a Logic of Vagueness », *Erkenntnis*, 27, pp. 197-229.
- BURTON, Steven (1994) : « Particularism, Discretion and the Rule of Law », in I. Shapiro (dir.), *The Rule of Law : NOMOS XXXVI*, New York, New York University Press.
- BURTON, Steven (2007) : *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, New York, Aspen Publishers.
- BUSTAMANTE, Thomas (2010) : « Principios, reglas y derrotabilidad » in P.R. Bonorino Ramirez (dir.), *Teoria del derecho y decision judicial*, Madrid, Bubok.
- CAMPBELL, Richmond (1974) : « The Sorites Paradox », *Philosophical Studies*, 26, pp. 175-191.
- CARACCIOLO, Riccardo (1988) : « Justificacion normativa y pertenencia. Modelos de decision judicial », *Analisis Filosofico*, 7, 37-68.
- CARACCIOLO, Ricardo (1991) : « Sistema juridico y regla de reconocimiento », *Doxa*, 9, pp. 295-309.
- CARACCIOLO, Ricardo (1996) « Existenza di norme e di sistemi normativi », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Turin, Giappichelli.
- CARACCIOLO, Ricardo (2005) : « Una discusion sobre normas derrotables », *Discusiones*, 5, pp. 87-100
- CARACCIOLO, Ricardo (2006) : « La concepcion de Carlos Alchourron », *Analisis Filosofico*, 26/1, pp. 156-177.
- CARACCIOLO, Riccardo (2008) : « Un dilema en torno a la naturaleza de las normas », *Doxa*, 31, pp. 91-104.
- CARCATERRA, Gaetano (1974) : *Le norme costitutive*, Milan, Giuffrè.
- CARGILE, James (1969) : « The Sorites Paradox », *British Journal for the Philosophy of Science*, 20, pp. 193-302.
- CARPENTIER, Mathieu (2011) : « Autorité, intention, innovation : Joseph Raz et la théorie de l'interprétation », *Klésis*, 21, pp. 157-191. (<http://www.revue-klesis.org/pdf/Klesis-Philosophie-analytique-du-droit-7-Carpentier.pdf>)

- CARSTON, Robyn (2013) : « Legal Texts and Canons of Construction » in M. Freeman et F. Smith, *Law and Language. Current LÉgal Issues Vol. 15*, Oxford, Oxford University Press.
- CASTANEDA, Hector-Néri (1960) : « Obligation and Modal Logic », *Logique et analyse*, 9, pp. 40-48.
- CAVALCANTE PEQUENO, Marcelino (1994) : *Defeasible Reasoning with Exceptions First*, Thèse, Université de Londres.
- CAVELL, Stanley (1979) : *The Claim of Reason*, Oxford, Oxford University Press.
- CELANO, Bruno (1998) : « Norm Conflicts : Kelsen's View and a Rejoinder » in S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press.
- CELANO, Bruno (2000) : « Validity as Disquotatation » in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 1999*, Turin, G. Giappichelli Editore
- CELANO, Bruno (2003) : « La regola di riconoscimento è una convenzione ? », *Ragion pratica*, 2003/2, pp. 347-360.
- CELANO, Bruno (2005) : « ¿ Podemos elegir entree particularismo y universalismo ? », *Discusiones*, 5, pp. 101-128.
- CELANO, Bruno (2012) : « True Exceptions » in J. Ferrer et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press.
- CHAPMAN, Bruce (1993) : « Tort Law Theories and the Achievement of the Good » in K. Cooper-Stephenson et E. Gibson (dir.), *Tort Theory*, North York, Catpus Press.
- CHAPMAN, Bruce (1998) : « Law Games : Defeasible Rules and Rational Revisability » *Law and Philosophy*, 17, pp. 443-480.
- CHAPMAN, Bruce (2012) : « Defeasible Rules and Interpersonal Accountability » in, J. Ferrer et G.B. Ratti, *The Logic of legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press.
- CHAPUS, René (2001) : *Droit administratif général*, t. 1, 15^e édition, Paris, Domat-Montchrestien.
- CHARNOCK, Ross (2005) : « Jugements lexicologiques : définition lexicale et « texture ouverte » dans l'interprétation juridique » in R. Greenstein, *La langue, le discours et la culture en anglais du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne.
- CHARNOCK, Ross (2013) : « Hart as Contextualist ? Theories of Interpretation in Language and Law » in M. Freeman et F. Smith, *Law and Language. Current LÉgal Issues Vol. 15*, Oxford, Oxford University Press.
- CHELLAS, Brian F. (1974) : « Conditional Obligation » in S. Stenlund (dir.), *Logical Theory and Semantic Analysis*, Dordrecht, Reidel.
- CHERRY, Christopher (1974) : « The Limits of Defeasibility », *Analysis*, 34/3, pp. 101-107.
- CHEROT, Jean-Yves (2012) : « L'analyse des concepts en droit. Sur quatre thèses de Hart », *Revue de la recherche juridique*, 37, pp. 2273-2285.
- CHIASSONI, Pierluigi (2000) : « Interpretive Games : Statutory Construction Through Griean Eyes » in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 1999*, Turin, G. Giappichelli Editore.
- CHIASSONI, Pierluigi (2007) : « A Tale of Two Traditions : Civil Law, Common Law, and Legal Gaps » in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 2006*, Turin, G. Giappichelli Editore.

- CHIASSONI, Pierluigi (2008a) : « La defettibilità nel diritto », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 38/2, pp. 471-506.
- CHIASSONI, Pierluigi (2008b) : « On the Wrong Track : Andrei Marmor on Legal Positivism, Interpretation and Easy Cases », *Ratio Juris*, 21, pp. 248-267.
- CHIASSONI, Pierluigi (2012) : « Defeasibility and Legal Indeterminacy » in J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press
- CHISHOLM, Roderick M. (1963) : « Contrary-to-Duty Imperatives and Deontic Logic », *Analysis*, 24, pp. 33-36.
- CHISHOLM, Roderick M. (1964) : « The Ethics of Requirement », *American Philosophical Quarterly*, 1, pp. 147-153.
- CHISHOLM, Roderick M. (1974) : « Practical Reason and the Logic of Requirement » in S. Körner (dir.), *Practical Reason*, Oxford, Blackwell.
- CHRISTIE, George C. (1964) : « The Notion of Validity in Modern Jurisprudence », *Minnesota Law Review*, 48, pp. 1049-1079.
- CHRISTIE, George C. (2000) : *The Notion of an Ideal Audience in Legal Argument*, Dordrecht, Kluwer.
- CHURCHLAND, Paul M. et CHURCHLAND, Patricia S. (1990) : « Could a Machine Think ? », *Scientific American*, 262, pp. 32-37.
- CIANCIARDO, Juan (2003) : « Principios y Reglas. Una aproximación desde los criterios de distinción », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 108, pp. 891-916.
- CICERON, Marcus Tullius (1962) : *Discours. T. XV : Pour Caelius. Sur les provinces consulaires. Pour Balbus*, trad. J. Cousin, Paris, Les Belles Lettres.
- CICERON, Marcus Tullius (1991) : *La République*, t. II, trad. E. Bréguet, Paris, Les Belles Lettres.
- COHEN, Felix (1935) : « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », *Columbia Law Review*, 35, pp. 809-849.
- COHEN, Mathilde (2009) : *Giving Reasons : Why and How Public Institutions Justify Their Decisions*, Thèse, New York, Columbia University.
- COLEMAN, Jules (1995) : « Truth and Objectivity in Law », *Legal Theory*, 1, pp. 33-68.
- COLEMAN, Jules (1998) : « Incorporationism, Conventionalism and the Practical Difference Thesis », *Legal Theory*, 4, pp. 381-425.
- COLEMAN, Jules, dir. (2001a) : *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press.
- COLEMAN, Jules (2001b) : *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press.
- COLEMAN, Jules et LEITER, Brian (1995) : « Determinacy, Objectivity and Authority » in A. Marmor (dir.), *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press.
- COMANDUCCI, Paulo (1999) : « L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale » in M. Bessone (dir.), *Interpretazione e diritto giudiziale*, Turin, Giappichelli.
- COMANDUCCI, Paulo (2010) : « Alcuni problemi concettuali relativi alla applicazione del diritto », *Diritto e questioni pubbliche*, 10, pp. 121-134.
- COOK, Roy T. (2011) : « Vagueness and Meaning » in G. Ronzitti (dir.), *Vagueness : A Guide*, Dordrecht, Springer
- CORNU, Gérard, dir. (2005) : *Vocabulaire juridique*, 7^e édition, Paris, PUF.

- CORTELL, Andrew P. et DAVIS, James W. (1996) : « How do International Institution Matter : the Domestic Impact of International Rules and Norms », *International Studies Quarterly*, 40, pp. 451-478.
- COSSIO, Carlos (1948) : « Phenomenology of the decision » in L. Recasens Siches et al, *Latin-American Legal Philosophy*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press.
- COVAL, Samuel C. et SMITH, Joseph, C. (1982) : « Rights, Goals and Hard Cases », *Law and Philosophy*, 1, pp. 451-480.
- CRAVO Maria R. et MARTINS, João P. (1993) : « A Unified Approach to Default Reasoning and Belief Revision » in M. Filgueiras et L. Damas (dir.), *Progress in Artificial Intelligence*, Berlin, Springer-Verlag.
- CULLITY, Garrett (2002) : « Particularism and Presumptive Reasons », *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplément n° 76, pp. 169-209.
- DAHLMAN, Christian (2005) : « Adjudicative and Epistemic Recognition », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 2004*, Turin, Giappichelli.
- D'AMATO, Anthony (1984) : *A Descriptive and Normative Analysis of Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff
- DAN-COHEN, Meir (1984) : « Decision Rules and Conduct Rules : On Acoustic Separation in Criminal Law », *Harvard Law Review*, 97, pp. 625-677.
- DANCY, Jonathan (1993) : « An Ethic of Prima Facie Duties » in P. Singer, *A Companion to Ethics*, Oxford, Blackwell.
- DANCY, Jonathan (2000) : *Practical Reality*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- DANCY, Jonathan (2004) : *Ethics Without Principles*, Oxford, Clarendon Press.
- DASCAL, Marcelo et WROBLEWSKI Jerzy (1988) : « Transparency and Doubt : Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law », *Law and Philosophy*, 7, p. 203-224.
- DEMOS, Raphael (1958) : « Is Moral Reasoning Deductive ? », *The Journal of Philosophy*, 55/4, pp. 153-159.
- DECEW, Judith W. (1981) : « Conditional Obligation and Counterfactuals », *The Journal of Philosophy*, 10, pp. 55-72.
- DELACROIX, Sylvie (2006) : *Legal Norms and Normativity*, Oxford, Hart Publishing.
- DELGRANDE, James (1988) : « An Approach to Default Reasoning Based on First-Order Conditional Logic », *Artificial Intelligence*, 36, pp. 63-80.
- DELMAS-MARTY, Mireille (2006) : *Les forces imaginantes du droit II. Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil.
- DICKSON, Julie (2007) : « Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule ? », *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, pp. 373-402.
- DOBBINS, Jeffrey (2010) : « Structure and Precedent », *Michigan Law Review*, 108, pp. 1453-1496.
- DOWNING, P. B. (1961) : « Opposite Conditionals and Deontic Logic », *Mind*, 70, pp. 491-502
- DREIER, Horst (1990) : *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2e édition, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.
- DUARTE, David (2011) : « Linguistic objectivity in norm sentences », *Ratio Juris*, 24/2, pp. 112-139.

- DUARTE D'ALMEIDA, Luis (2007a) : « Descriptivism, Ascriptivism and Action in the Criminal Law », *Ratio Juris*, 20/2, pp. 170-195.
- DUARTE D'ALMEIDA, Luis (2007b) : « Against Prohibitions (First Round) », in C. Penco et al. (dir.), *Proceedings of the Fourth Latin Meeting in Analytic Philosophy*, <http://ceur-ws.org/Vol-278/>
- DUARTE D'ALMEIDA, Luis (2011) : « Legal Statement and Normative Language », *Law and Philosophy*, 30/2, pp. 167-199.
- DUARTE D'ALMEIDA, Luis (2013) : « A Proof-Based Account of Legal Exceptions », *Oxford Journal of Legal Studies*, 33, pp. 133-168
- DUBUCS, Jacques (1995) : « Les arguments défaisables », *Hermès*, 15, pp. 271-290.
- DUFF, Anthony (2004) : « Rethinking Justifications », *Tulsa Law Review*, 39, pp. 829-850.
- DUMMETT, Michael (1978) : *Truth and Other Enigmas*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press.
- DUMMETT, Michael (1981) : *The Interpretation of Frege's Philosophy*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press.
- DWORKIN, Ronald (1977) : *Taking Rights Seriously*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press.
- DWORKIN, Ronald (1978) : « No Right Answer ? », *New York University Law Review*, 53, pp. 1-32
- DWORKIN, Ronald (1985) : *A Matter of Principle*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press.
- DWORKIN, Ronald (1986) : *Law's Empire*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press.
- DWORKIN, Ronald (1989) : « La complétude du droit », in P. Amselek et C. Grzegorzczak (dir.) *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France.
- DWORKIN, Ronald (1995) : *Prendre les droits au sérieux*, trad. F. Michaut et al., Paris, Presse Universitaires de France.
- DWORKIN, Ronald (2006) : *Justice in Robes*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press.
- DYZENHAUS, David (2006) : *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge, Cambridge University Press.
- EDGINGTON, Dorothy (1993) : « Wright and Sainsbury on Higher-Order Vagueness », *Analysis*, 53, pp. 193-200.
- EKINS, Richard (2012) : *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press.
- ELHAG Abdullatif A.O., BREUKER, Joost A.P.J. et BROUWER Bob W. (1999), « On the Formal Analysis of Normative Conflicts », in H. van den Herik et al. (dir.), *Legal Knowledge Based Systems, JURIX '99*, Nijmegen, GNI.
- ELY, John Hart (1963) : « The Limits of Logic : Syntactic Ambiguity in Article One of the U.S. Constitution », *MULL : Modern Uses of Logic in Law*, 4, pp. 117-129.
- ENDICOTT, Timothy A. O. (1996) : « Linguistic Indeterminacy », *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, pp. 667-697.
- ENDICOTT, Timothy A. O. (2000) : *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press.
- ENDICOTT, Timothy A. O. (2003) : « Raz on Gaps – The Surprising Part », in L. Meyer, S. Paulson et T. Pogge (dir.), *Rights, Culture and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press.

- ENDICOTT, Timothy A.O. (2011a) : « Vagueness and Law » in G. Ronzitti (dir.), *Vagueness : A Guide*, Dordrecht, Springer.
- ENDICOTT, Timothy A.O. (2011b) : « The Value of Vagueness » in A. Marmor et S. Soames (dir.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press.
- ENDICOTT, Timothy A. O. (2012) : « Legal interpretation », in A. Marmor (dir.), *Routledge Companion to the Philosophy of Law*, Londres, Routledge.
- ENGEL, Pascal (1992) : « Les concepts vagues sont-ils des concepts sans frontière ? », *Revue internationale de philosophie*, 46, pp. 527-538.
- EPSTEIN, Richard A. (1973) : « Pleadings and Presumptions », *The University of Chicago Law Review*, 40, pp. 556-582
- EPSTEIN, Richard A. (2005) : « The Not So Minimum Content of Natural Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 25/2, pp. 219-255.
- ESSER, Josef (1990) : *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4^e édition, Tübingen, Mohr.
- ETHERINGTON, David W. (1988) : *Reasoning with Incomplete Information*, Londres, Pitman.
- EVANS, Gareth (1978) : « Can There Be Vague Objects ? », *Analysis*, 38, pp. 208.
- FARA, Delia Graff (2001) : « Phenomenal Continua and Sorites », *Mind*, 110, pp. 905-935 (originellement publié sous le nom Delia Graff).
- FARLEY, Arthur et FREEMAN, Kathleen (1995) : « Burden of Proof in Legal Argumentation », in *Proceedings of the Fifth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York, ACM Press.
- FEINBERG, Joel (1974) : *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press.
- FERRER BELTRAN, Jordi (2006) : « Legal Proofs and Fact Finders' Beliefs », *Legal Theory*, 12, pp. 293-314.
- FERRER BELTRAN, Jordi et RATTI, Giovanni Battista (2010) : « Validity and Defeasibility in the Legal Domain », *Law and Philosophy*, 29/5, 601-626.
- FERRER BELTRAN, Jordi et RATTI, Giovanni Battista, dir. (2012) : « Defeasibility and Legality : A Survey » in J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press.
- FIELD, Hartry (2010) : « The Magic Moment » in R. Dietz et S. Moruzzi (dir.), *Cuts and Clouds : Vagueness, Its Nature, Its Logic*, Oxford, Oxford University Press.
- FINE, Kit (1975) : « Vagueness, Truth and Logic », *Synthese*, 30, pp. 265-300.
- FINKELSTEIN, Claire (1999) : « When the Rule Swallows the Exception », in L. Meyer (dir.), *Rules and Reasoning. Essays in Honour of Fred Schauer*, Oxford, Hart Publishing.
- FINNIS, John (1973) : « Revolutions and Continuity of Law » in A.W.B. Simpson (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Second Series*, Oxford, Clarendon Press.
- FISS, Owen (1982) : « Objectivity and Interpretation », *Stanford Law Review*, 34, pp. 739-763.
- FLANAGAN, Brian (2011) : « A Fullerian Challenge to Legal Intentionalism », *Ratio Juris*, 24, pp. 330-334.
- FLETCHER, George (2000) : *Rethinking Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press.

- F-LLESDAL, Dagfinn et HILPINEN, Risto (1971) : « Deontic Logic : An Introduction » in R. Hilpinen (dir.), *Deontic Logic : Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel.
- FOOT, Philippa (1983) : « Moral Dilemmas and Moral Realism », *Journal of Philosophy*, 80, pp. 379-398.
- FORD, Marilyn (2005) : « Human Nonmonotonic Reasoning : The Importance of Seeing the Logical Strength of Arguments », *Synthese*, 146, pp. 71-92.
- FRANK, Jerome (1947) : « Words and Music. Some Remarks on Statutory Interpretation », *Columbia Law Review*, 47, pp. 1259-1278.
- FRANK, Jerome (1973) : *Courts on Trial*, Princeton, Princeton University Press.
- FRANK, Jerome (2009) : *Law and the Modern Mind*, Piscataway, Transaction Publishers.
- FRAZIER, Robert L. (1995) : « Moral Relevance and *Ceteris Paribus* Principles », *Ratio*, 8, pp. 113-127.
- FREEMAN, Kathleen et FARLEY, Arthur M (1996) : « A Model of Argumentation and Its Application to Legal Reasoning », *Artificial Intelligence and Law*, 4, pp. 163-197.
- FREEMAN, Michael (1978) : « The Social Construction of Truth. Some Thoughts on Jury Trials and Current Research into Juries », *Preston Law Review*, 1, pp. 3-17
- FREGE, Gottlob (1999) : *L'Idéographie*, trad. C. Besson, Paris, Vrin.
- FREGE, Gottlob (2009) : *Grundgesetze der Arithmetik*, Paderborn, Mentis.
- FULLER, Lon L. (1958) : « Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart », *Harvard Law Review*, 71, pp. 630-672.
- FULLER, Lon L. (1968) : *The Anatomy of the Law*, New York, Praeger.
- FULLER, Lon L. (1969) : *The Morality of Law*, 2^e édition, New Haven, Yale University Press.
- FRYDMAN, Benoit (2005) : *Le sens des lois*, Paris, Bruxelles, LGDJ/Bruylant.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio (2010) : « Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas » in P.R. Bonorino Ramirez (dir.), *Teoría del derecho y decisión judicial*, Madrid, Bubok.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo (1948) : « The Philosophical-Juridical Problem of the Validity of Law » in L. Recasens Siches et al, *Latin-American Legal Philosophy*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo (1978) : *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, Mexico, Editorial Porrúa.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo (1989) : *Filosofía del derecho*, Mexico, Editorial Porrúa.
- GÄRDENFORS, Peter (1990) : « Belief Revision and Nonmonotonic Logic : Two Sides of the Same Coin ? » in L. C. Aiello (dir.), *Proceedings of the Ninth European Conference on Artificial Intelligence (ECAI '90)*, Londres, Pitman.
- GÄRDENFORS, Peter (1992) : « Belief Revision : An Introduction », in P. Gärdenfors, *Belief Revision*, Cambridge, Cambridge University Press.
- GARDIES, Jean-Louis (1972) : *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, Paris, LGDJ.
- GARDNER, John (1988) : « Concerning Permissive Sources and Gaps », *Oxford Journal of Legal Studies*, 8, pp. 457-461.
- GARDNER, John (2001), « Legal Positivism. 5½ Myths », *The American Journal of Jurisprudence*, 46, 2001, pp. 199-227.
- GARDNER, John (2007) : *Offences and Defences*, Oxford, Oxford University Press.

- GARDNER, Martin (2010) : « Decision Rules and Kids », *Nebraska Law Review*, 81, pp. 1-46.
- GARNER, Bryan, dir. (2009) : *Black's Law Dictionary*, 9^e édition, Saint Paul [Min.], West.
- GASCON ABELLAN, Marina (1994) : « Cuestiones sobre la derogacion », *Doxa*, 15-16, pp. 845-859.
- GASCON ABELLAN, Marina (2010) : *Los hechos en el derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- GAUS, Gerald (2011) : *The Order of Public Reason*, Cambridge, Cambridge University Press.
- GEACH, Peter (1960) : « Ascriptivism », *Philosophical Review*, 69, pp. 221-225.
- GIBBARD, Allan (1990) : *Wise Choices, Apt Feelings*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press.
- GIBBARD, Allan (2003) : *Thinking How to Live*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press.
- GIDDENS, Anthony (1984) : *The Constitution of Society*, Cambridge, Polity Press.
- GILBERT, Margaret (1996) : *Living Together. Rationality, Sociality and Obligation*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1996
- GIRILL, T.R. (1978) : « On the Defeasibility of Duties », *Journal of Value Inquiry*, 12, pp. 197-209.
- GIUDICE, Michael (2008) : « The Regular Practice of Morality in Law », *Legal Theory*, 21, pp. 94-106
- GODDEN, David M. et WALTON, Douglas (2008) : « Defeasibility in Judicial Opinion : Logical or Procedural ? », *Informal Logic*, 28, pp. 6-19.
- GOLDING, Martin (1971) : « Kelsen and the Concept of 'Legal System' » in R.S. Summers (dir.), *More Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Blackwell.
- GOLDING, Martin (1984), « Discovery and Justification in Science and Law », in A. Peczenik *et al.* (dir.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, Reidel.
- GOLDSTEIN, Laurence, dir (1987) : *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press.
- GOLTZBERG, Stefan (2008) : « Esquisse de typologie de l'argumentation juridique », *International Journal for the Semiotics of Law*, 21, pp. 363-375.
- GOLTZBERG, Stefan (2010) : « Présomption et théorie bidimensionnelle de l'argumentation », *Dissensus*, 3, pp. 88-99.
- GONZALEZ LAGIER, Daniel (1993) : « Algunas cuestiones sobre las reglas tecnicas », *Doxa*, 14, pp. 473-496.
- GORDON, Thomas F. (1993) : « The Pleadings Game. Formalizing Procedural Justice » in *Proceedings of the Fourth International Conference on Artificial intelligence and Law*, Amsterdam, ACM.
- GORDON, Thomas F. (1994) : « The Pleadings Game. An exercise in Computational Dialectics », *Artificial Intelligence and Law*, 2, pp. 239-292
- GRABOWSKI, Andrzej (2013) : *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law*, Dordrecht, Springer.
- GREEN, Leslie (1988) : *The Authority of the State*, Oxford, Clarendon Press.
- GREEN, Leslie (1999) : « Positivism and Conventionalism », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12/1, pp. 35-52
- GREENAWALT, Kent R. (1987) : « The Rule of Recognition and the Constitution », *Michigan Law Review*, 85, pp. 621-671.

- GREENAWALT, Kent R. (2010) : *Legal Interpretation*, Oxford, Oxford University Press.
- GRICE, Paul (1989) : *Studies in the Ways of Words*, Cambridge [Mass.] : Harvard University Press.
- GROSS, Oren (2000) : « The Normless and Exceptionless Exception. Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the Norm-Exception Dichotomy », *Cardozo Law Review*, 21, pp. 1825-1867.
- GRZEGORCZYK, Christophe (1986) : « L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique : essai de bilan » in PP. Amselek (dir.), *Théorie des Actes de Langage, Ethique et Droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986.
- GRZEGORCZYK, Christophe et STUDNICKI, Tomasz (1974) : « Les rapports entre la norme et la disposition légale », *Archives de philosophie du droit*, 19, pp. 243-256.
- GUASTINI, Riccardo (1986) : « Six Concepts of "Constitutive Rules" », *Rechtstheorie. Beiheft 10*, 1986, pp. 261-269.
- GUASTINI, Riccardo (1993) : *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milan, Giuffrè.
- GUASTINI, Riccardo (1998) : « Normativism or the Normative Theory of Legal Science » in S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press.
- GUASTINI, Riccardo (2001) : « 'Sollsätze' : An Exercise in Hard Legal Positivism » in P. Chiasoni (dir.), *The Legal Ought*, Turin, Giappichelli.
- GUASTINI, Riccardo (2004) : *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milan, Giuffrè.
- GUASTINI, Riccardo (2006a) : *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Turin, Giappichelli.
- GUASTINI, Riccardo (2006b) : « Bulygin e Mazzaresse su interpretazione e proposizioni normative », *Diritto e questioni pubbliche*, 6, pp. 97-100
- GUASTINI, Riccardo (2006c), « A sceptical view on interpretation », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 2005*, Turin, G. Giappichelli Editore.
- GUASTINI, Riccardo (2006d) : « Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin : derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación », *Analisis Filosófico*, 26, p. 277-293.
- GUASTINI, Riccardo (2008) : « Les principes de droit en tant que sources de perplexité théorique », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 2007*, Turin, G. Giappichelli Editore.
- GUASTINI, Riccardo (2010) : *Le fonti del diritto*, Milan, Giuffrè.
- GUASTINI Riccardo (2011a) : « Rule-Scepticism Restated » in L. Green et B. Leiter (dir.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press.
- GUASTINI, Riccardo (2011b) : *Interpretare e argumentare*, Milan, Giuffrè.
- GUASTINI, Riccardo (2012) : « Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation », in J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press.
- GUIBOURG, Ricardo (1993) : « Hart, Bulygin y Ruiz Manero : Tres Enfoques Para un Modelo », *Doxa*, 14, 1993, pp. 429-434.
- GUNTHER, Klaus (1993) : *The Sense of Appropriateness*, trad. J. Farrell, Albany, SUNY Press.
- GUR, Noam (2010) : « Are Legal Rules Content-Independent Reasons ? », *Problema*, 5, 2010, pp. 175-210.

- HAARSCHER, Guy (1995) : « Le procès chez Perelman », *Archives de philosophie du droit*, 39, pp. 201-210.
- HACKER, Peter M. S. (1977) : « Hart's Philosophy of Law » in J. Raz et P. M. S. Hacker (dir.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A Hart*, Oxford, Clarendon Press.
- HACKING, Ian (1991) : « A Tradition of Natural Kinds », *Philosophical Studies*, 61, pp. 109-126.
- HAGE, Jaap (1993) : « Monological Reason Based Logic » in *Proceedings of the Fourth International Conference on Artificial Intelligence and Law. ICAIL '93*, New York, ACM-Press.
- HAGE, Jaap (1996) : « A Theory of Legal Reasoning and a Logic to Match », *Artificial Intelligence and Law*, 4, pp. 199-273.
- HAGE, Jaap (1997) : *Reasoning with rules*, Dordrecht, Kluwer.
- HAGE, Jaap (2000a) : « Dialectical Models in Artificial Intelligence and Law », *Artificial Intelligence and Law*, 8, pp. 137-72.
- HAGE, Jaap (2000b) : « Rule Consistency », *Law and Philosophy*, 19, pp. 369-390.
- HAGE, Jaap (2005) : *Studies in Legal Logic*, Dordrecht, Springer.
- HAGE, Jaap (2009) : « What is a Legal Transaction ? » in M. Del Mar et Z. Bankowski (dir.), *Law as Institutional Normative Order*, Farnham-Burlington, Ashgate.
- HAGE, Jaap et PECZENIK Aleksander (2000) : « Law, Morals and Defeasibility », *Ratio Juris*, 13, pp. 305-325.
- HAGE, Jaap et VERHEIJ, Bart (1994) : « Reason-Based Logic : A Logic for Reasoning with Rules and Reasons », *Information and Communications Technology Law*, 3, pp. 171-209
- HÄGERSTRÖM, Axel (1953) : *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, trad. C.D. Broad, Uppsala, Aqvist&Wiksell.
- HAMBLIN, Charles L. (1970) : *Fallacies*, Londres, Methuen
- HANSSON, Bengt (1971) : « An Analysis of Some Deontic Logics » in R. Hilpinen (dir.), *Deontic Logic : Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel.
- HARE, Richard M. (1952) : *The Language of Morals*, Oxford, Oxford University Press.
- HARE, Richard M. (1965) : *Freedom and Reason*, Oxford, Oxford University Press.
- HARE, Richard M. (1971) : *Practical Inferences*, Berkeley, University of California Press.
- HARRIS, James W. (1986) : « Kelsen and Normative Consistency » in R. Tur et W. Twining (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press.
- HART, Henry M. et SACKS, Albert M. (1994) : *The Legal Process : Basic Problems in the Making and Application of Law*, édité par W.N. Eskridge et P.P. Frickey, Westbury, The Foundation Press.
- HART, Herbert L. A. (1948) : « The Ascription of Responsibility and Rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, pp. 171-194.
- HART, Herbert L.A. (1955) : « Axel Hägerström – Inquiries into the Nature of Law and Morals », *Philosophy*, 30, pp. 369-373.
- HART, Herbert L.A. (1958) : « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 71, pp. 593-629
- HART, Herbert L. A. (1982) : *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- HART, Herbert L.A. (1983) : *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press.

- HART, Herbert L. A. (1991) : *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press.
- HART, Herbert L.A. (1994) : *The Concept of Law*, 2^e édition, Oxford, Clarendon Press.
- HART, Herbert L. A. (2005) : *Le concept de droit*, 2^e édition, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Presses des Facultés universitaires Saint-Louis.
- HART, Herbert L.A. (2008) : *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2^e édition avec une introduction de J. Gardner, Oxford, Oxford University Press.
- HART, William D. (1992) : « Hat-Tricks and Heaps », *Philosophical Studies*, 33, pp. 1-24.
- HATZISTAVROU, Antony (2007) : « An Epistemic Account of the Internal Point of View » in M. Freeman et R. Harrison (dir.), *Law and Philosophy. Current Legal Issues 2007*, Oxford, Oxford University Press.
- HAURIOU, Maurice (1929) : *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits*, t. 1, Paris, Sirey.
- HAYEK, Friedrich (2011) : *The Constitution of Liberty*, 2^e édition, Chicago, University of Chicago Press.
- HELM, Paul (1968) : « Defeasibility and Open Texture », *Analysis*, 28, pp. 173-175.
- HERNANDEZ MARIN, Rafael (2012) : « Defeasible Properties » in J.Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press.
- HEUSCHLING, Luc (2002) : *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz.
- HEUSCHLING, Luc (2014) : « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in M. Fatin-Rouge Stefanini et A. Vidal-Naquet (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant.
- HILPINEN, Risto (1985) : « Normative Conflicts and Legal Reasoning » in E. Bulygin, J.-L. Gardies et I. Niiniluoto (dir.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht, Kluwer.
- HILPINEN, Risto (1987) : « Conflicts and Change in Normative Systems » in A. Frändberg et M. van Hoecke (dir.), *The Structure of Law*, Uppsala, Iustus Förlag.
- HILPINEN, Risto (2006) : « Norms, Normative Utterances and Normative Propositions », *Analisis Filosofico*, 26/2, pp. 229-276
- HINTIKKA, Jaako (1969) : *Models for Modalities*, Dordrecht, Reidel.
- HINTIKKA, Jaako (1971) : « Some Main Problems of Deontic Logic » in R. Hilpinen (dir.), *Deontic Logic : Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel.
- HOLMES, Oliver Wendell (1897) : « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 10, pp. 457-478.
- HOLMES, Oliver Wendell (1952) : *Collected Legal Papers*, New York, Peter Smith.
- HOLTON, Richard (1998) : « Positivism and the Internal Point of View », *Law and Philosophy*, 17, pp. 597-625.
- HOLTON, Richard (2002) : « Principles and Particularism », *Proceedings of the Aristotelian Society. Supplementary Volumes*, 76, pp. 191-209.
- HOLTON, Richard (2010) : « The Exception Proves the Rule », *The Journal of Political Philosophy*, 18, pp. 369-388.
- HOLTON, Richard (2011) : « Modeling Legal Rules » in A. Marmor et S. Soames (dir.) : *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press.
- HONORE, Anthony M. (1977) : « Real Laws », in J. Raz et P. Hacker (dir.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A Hart*, Oxford, Clarendon Press

- HORGAN, Terry et TIMMONS, Mark (2006) : « Cognitive expressivism » in T. Horgan et M. Timmons, *Metaethics after Moore*, Oxford, Oxford University Press.
- HORTY, John (1991) : « Moral Dilemmas and Nonmonotonic Logic », *Journal of Philosophical Logic*, 23, pp. 35-65.
- HORTY, John (1997) : « Nonmonotonic Foundations for Deontic Logic » in D. Nute, *Defeasible Deontic Logic*, Dordrecht, Kluwer.
- HORTY, John (2007) : « Reasons as Defaults », *Philosophers' Imprint*, 7, pp. 1-28.
- HORTY, John (2011), « Rules and Reasons in the Theory of Precedent », *Legal Theory*, 17, pp. 1-33
- HORTY, John (2012) : *Reasons as Defaults*, Oxford, Oxford University Press.
- HRUSCHKA, Joachim (1991) : « Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln », *Rechtstheorie*, 22, 449-460.
- HURD, Heidi (1998) : « Justification and Excuses, Wrongdoing and Culpability », *Notre Dame Law Review*, 74, pp. 1551-1573.
- HURTIG, Kent (2007) : « On Prima Facie Obligations and Nonmonotonicity », *Journal of Philosophical Logic*, 36, pp. 599-604.
- HUSAK, Douglas (2005) : « On the Supposed Priority of Justification to Excuse », *Law and Philosophy*, 24, pp. 557-594.
- HYDE, Dominic (1997) : « From Heaps and Gaps to Heaps of Gluts », *Mind*, 106, pp. 641-660.
- HYDE, Dominic (2008) : *Vagueness, Logic and Ontology*, Aldershot, Ashgate, 2007.
- IGLESIAS VILA, Marisa (2001) : *Facing Judicial Discretion*, Dordrecht, Kluwer.
- JACKSON, Frank (1987) : *Conditionals*, Oxford, Basil Blackwell.
- JAMES, M. H. (1973) : « Bentham on the Individuation of Laws », *Northern Ireland Law Quarterly*, 24, pp. 357-382.
- JEAMMAUD, Antoine (2008) : « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes » in S. Caudal (dir.), *Les Principes en droit*, Paris, Economica.
- JONES, Andrew et PÖRN, Ingmar (1985) : « Ideality, Sub-Ideality and Deontic Logic », *Synthese*, 65/2, pp. 275-290
- JØRGENSEN, Jørgen (1937) : « Imperatives and Logic », *Erkenntnis*, 7, pp. 288-296.
- KALINOWSKI, Georges (1959) : « Y a-t-il une logique juridique ? », *Logique et Analyse*, 2, pp. 48-53.
- KALINOWSKI, Georges (1964) : *Introduction à la logique juridique*, Paris, LGDJ
- KALINOWSKI, Georges (1965) : « Les thèmes actuels de la logique déontique », *Studia Logica*, 17, pp. 75-113.
- KALINOWSKI, Georges (1967) : *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Lyon, E. Vitte.
- KALINOWSKI, Georges (1972) : *La logique des normes*, Paris, Presses Universitaires de France.
- KAMP, Hans (1981) : « The Paradoxe of the Heap » in U. Mönnich (dir.), *Aspects of Philosophical Logic*, Dordrecht, Reidel.
- KANT, Immanuel (1988) : *Métaphysique des mœurs. Première partie : Doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, Paris, Vrin, 1988.
- KANT, Immanuel (2001) : *Critique de la raison pure*, trad. A. Renaut, Paris, GF-Flammarion.

- KANT, Immanuel (2006) : *Vers la paix perpétuelle* et autres écrits, trad. J-F. Poirier et F. Proust, Paris, GF-Flammarion
- KAPLAN, Mark (2011) : « Tales of the Unknown : Austin and the Argument from Ignorance » in M. Gustafsson et R. Sørli, *The Philosophy of J.L. Austin*, Oxford, Oxford University Press.
- KATZ, Jerrold J. (2004) : *Sense, Reference and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- KEEFE, Rosanna (2000) : *Theories of Vagueness*, Cambridge, Cambridge University Press.
- KELSEN, Hans (1928) : « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *Revue du droit public et de la science politique*, 45, pp. 197-257.
- KELSEN, Hans (1962a) : *Théorie pure du droit*, 2^e édition, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz.
- KELSEN, Hans (1962b) : « Derogation », in « Legal Language and Reality » in R. Newman (dir.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, Bobbs-Merrill.
- KELSEN, Hans (1983) : *Reine Rechtslehre*, 2^e édition [1960], Vienne, Franz Deuticke.
- KELSEN, Hans (1988) : *Théorie pure du droit*, 1^e édition modifiée par l'auteur, traduction H. Thévenaz, Neuchâtel, Editions de la Baconnière.
- KELSEN, Hans (1991) : *General Theory of Norms*, trad. M. Hartney, Oxford, Clarendon Press.
- KELSEN, Hans (1992) : *Introduction to the Problems of Legal Theory*, traduction anglaise de KELSEN (2008), trad. B. Litschewski Paulson et S. Paulson, Oxford, Clarendon Press.
- KELSEN, Hans (1996) : *Théorie générale des normes*, trad. F. Malkani et O. Beaud, Paris, Presses Universitaires de France.
- KELSEN, Hans (1997) : *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris-Bruxelles, Bruylant-LGDJ.
- KELSEN, Hans (2008) : *Reine Rechtslehre*, 1^e édition [1934] avec une introduction de M. Jes-taedt, Tübingen, Mohr Siebeck.
- KENNEDY, Duncan (2008) : *Legal Reasoning. Collected Essays*, Aurora, The Davies Group Publishers.
- KENNY, Anthony (2006) : *Wittgenstein*, 2^e édition, Oxford, Blackwell.
- KERN-ISBERNER, Gabriele (2001) : *Conditionals in Nonmonotonic Reasoning and Belief Revision*, Berlin, Springer-Verlag.
- KERVEGAN, Jean-François (2005) : *Hegel, Carl Schmitt. La politique entre spéculation et positivité*, Paris, PUF.
- KERVEGAN, Jean-François (2011) : « Une défense du positivisme juridique », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2, pp. 247-261.
- KOCOUREK, Albert (1930) : *An Introduction to the Science of Law*, Boston, Little, Brown and Co.
- KONOLIGE, Kurt (1988) : « On the Relation Between Default Logic and Autoepistemic Theories », *Artificial Intelligence*, 35, pp. 343-382.
- KONOLIGE, Kurt (1994) : « Autoepistemic Logic » in D.M. Gabbay, C.J. Hogger, J.A. Robinson et D. Nut (dir.) *Handbook of Logic in Artificial Intelligence and Logic Programming. Volume 3 : Nonmonotonic Reasoning and Uncertain Reasoning*, Oxford, Clarendon Press.
- KRAMER, Matthew (1999) : *In Defense of Legal Positivism. Law Without the Trimmings*, Oxford, Oxford University Press.

- KRAMER, Matthew (2001) : « Dogmas and Distortions. Legal Positivism Defended », *Oxford Journal of Legal Studies*, 21, pp. 673-201.
- KRAMER, Matthew (2004) : *When Law and Morality Meet*, Oxford, Oxford University Press.
- KRAMER, Matthew (2009) : « Moral Principles and Legal Validity », *Ratio Juris*, 22, pp. 44-61.
- KREIT, Alex (2010) : « Making Sense of Facial and As-Applied Challenges », *William and Mary Law Review*, 18, pp. 657-707
- KRESS, Kenneth (1989) : « Legal Indeterminacy », *California Law Review*, 77, 283-337.
- KYBURG, Henry E. (1991) : « A Two-Level System of Knowledge Representation Based on Evidential Probability », *Philosophical Studies*, 64, pp. 105-114.
- LANCE, Mark et LITTLE, Margaret (2004) : « Defeasibility and the Normative Grasp of Context », *Erkenntnis*, 61, pp. 435-455.
- LANCE, Mark et LITTLE, Margaret (2008) : « From Particularism to Defeasibility » in M. Lance, M. Potrc et V. Strahovnik (dir.), *Challenging Moral Particularism*, Londres, Routledge.
- LAUGIER, Sandra (2010), *Wittgenstein et le mythe de l'inexpressivité*, Paris, Vrin.
- LANGFORD, C. H. et LANGFORD, Marion (1954) : « Introduction to Logic », *Philosophy and Phenomenological Research*, 14/4, pp. 560-566.
- LEITER, Brian (2007) : *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press.
- LENOBLE, Jacques (1984) : « Epistemology and Validity in Law », in A. Peczenik, L. Lindahl et B. van Roermund (dir.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, Reidel.
- LEVI, Isaac (1980) : *The Enterprise of Knowledge*, Cambridge [Mass.], The MIT Press.
- LEVI, Isaac (1996) : *For the Sake of the Argument. Ramsey Test Conditionals, Inductive Inference, and Nonmonotonic Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press.
- LEVINSON, Stephen (2000) : *Presumptive Meaning*, Cambridge [Mass.], The MIT Press.
- LEWIS, David K. (1973) : *Counterfactuals*, Oxford, Blackwell.
- LEWIS, David K. (1974) : « Semantical Analysis for Dyadic Deontic Logic » in S. Stenlund (dir.), *Logical Theory and Semantic Analysis*, Dordrecht, Reidel.
- LEWIS, David K. (1983) : *Philosophical Papers. Volume 1*, Oxford, Oxford University Press.
- LIFSCHITZ, Vladimir (1994) : « Circumscription » in D.M. Gabbay, C.J. Hogger, J.A. Robinson et D. Nut (dir.) *Handbook of Logic in Artificial Intelligence and Logic Programming. Volume 3 : Nonmonotonic Reasoning and Uncertain Reasoning*, Oxford, Clarendon Press.
- LINDAHL, Lars (1992) : « Conflicts in Systems of Legal Norms : A Logical Point of View » in B. Brower (dir.), *Coherence and Conflict in Law*, Dordrecht, Kluwer.
- LIST, Christian et PETTIT, Philip (2011) : *Group Agency*, Oxford, Oxford University Press.
- LITTLE, Margaret (2000) : « Moral Generalities Revisited » in B. Hooker et M. Little (dir.), *Moral Particularism*, Oxford, Oxford University Press.
- LIVET, Pierre, et PARENT, Xavier (2002) : « Argumentation, révisions et conditionnels » in P. Livet, *Révision des croyances*, Paris, Hermes science.
- LLEWELLYN, Karl N. (1950) : « Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to Be Construed », *Vanderbilt Law Review*, 3, pp. 395-405.
- LLEWELLYN, Karl N. (2008) : *The Bramble Bush*, Oxford, Oxford University Press.

- LODDER, Arno (1999) : *DiaLaw. On Legal Justification and Dialogical Models of Argumentation*, Dordrecht, Kluwer.
- LONG, Marceau, *et al.* (2011) : *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^e édition, Paris, Dalloz.
- LORENZEN, Paul et LORENZ, Kuno (1978) : *Dialogische Logik*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- LOUGHLIN, Martin (2010) : *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press.
- LOUI, Ronald P. (1995) : « Hart's Critics on Defeasible Concepts and Ascriptivism » in *Proceedings of the Fifth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New-York, ACM Press.
- LOUI, Ronald P. (1997) : « Alchourron and von Wright on Conflicts Among Norms » in D. Nute (dir.), *Defeasible Deontic Logic*, Dordrecht, Kluwer.
- LOVELAND, Donald W. et NADATHUR, Gopalan (1998) : « Proof Procedures for Logic Programming » in D.M. Gabbay, C.J. Hogger et J.A. Robinson, *Handbook of Logic in Artificial Intelligence and Logic Programming. Volume 5 : Logic Programming*, Oxford, Clarendon Press.
- LYONS, David (1965) : *Forms and Limits of Utilitarianism*, Oxford, Oxford University Press.
- LYONS, David (1977) : « Principles, Positivism and Legal Theory », *The Yale Law Journal*, 87, pp. 415-435.
- LYONS, David (1985) : « Justification and Easy Cases », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Supplément NF 25, pp. 162-167.
- LYONS, David (1999) : « Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation », *Law and Philosophy*, 18, pp. 297-309.
- MACCALLUM, Gerald (1966) : « Legislative Intent », *The Yale Law Journal*, 75, pp. 754-787.
- MACCORMICK, Neil (1992) : « Natural Law and the Separation of Law and Morals » in R.P. George (dir.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press.
- MACCORMICK, Neil (1994) : *Legal Reasoning and Legal Theory*, 2^e édition, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- MACCORMICK, Neil (1998) : « Norms, Institutions and Institutional Facts », *Law and Philosophy*, 17/3, pp. 301-345.
- MACCORMICK, Neil (2005) : *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- MACCORMICK, Neil (2007) : *Institutions of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- MACCORMICK, Neil (2008a) : *HLA Hart*, 2^e édition, Stanford, Stanford University Press.
- MACCORMICK, Neil (2008b) : *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press.
- MACCORMICK, Neil et WEINBERGER, Ota (1986) : *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, Reidel.
- MACKENZIE, Jim (1990) : « Four Dialog Systems », *Studia Logica*, 49, pp. 567-583.
- MACKIE, John L. (1955) : « Responsibility and Language », *Australasian Journal of Philosophy*, 33, pp. 143-159
- MACKIE, John L. (1985) : *Persons and Values*, Oxford, Clarendon Press.

- MAKINSON, David et GÄRDENFORS, Peter (1991) : « Relations Between the Logic of Theory Change and Non-Monotonic Logic » in A. Fuhrmann et M. Morreau (dir.), *The Logic of Theory Change*, Berlin, Springer-Verlag.
- MARANHÃO, Juliano S.A. (2006) : « Why Was Alchourron Afraid of Snakes ? », *Analisis Filosofico*, 26, pp. 62-92.
- MARANHÃO, Juliano S. A. (2009) : « Von Wright's Therapy to Jørgensen's Syndrome », *Law and Philosophy*, 28, pp. 163-201.
- MARANHÃO, Juliano S. A. (2012) : « Defeasibility, Contributory Conditionals and the Refinement of Legal Systems » in J.Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press.
- MARCUS, Ruth Barcan (1980) : « Moral Dilemmas and Consistency », *The Journal of Philosophy*, 77, pp. 121-136.
- MARGALIT, Avishai (1979) : « Open Texture » in A. Margalit (dir.), *Meaning and Use*, Dordrecht, Reidel
- MARKWICK, Paul (2000) : « Law and Content-Independent Reasons », *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, pp. 579-596.
- MARMOR, Andrei (2001) : *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press.
- MARMOR, Andrei (2005) : *Interpretation and Legal Theory*, 2^e édition, Oxford, Hart Publishing.
- MARMOR, Andrei (2008) : « The Pragmatics of Legal Language », *Ratio Juris*, 21, pp. 423-452.
- MARMOR, Andrei (2009) : *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton, Princeton University Press.
- MARMOR, Andrei (2011) : « Can the Law Imply More Than It Says ? » in A. Marmor et S. Soames (dir.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press.
- MARMOR, Andrei (2013a) : « Varieties of Vagueness in the Law » (à paraître, disponible sur le site : <http://mylaw2.usc.edu/users/amarmor/documents/VaguenessinlawJuly13.pdf>, consulté le 26 juillet 2013).
- MARMOR, Andrei (2013b) : « Textualism in Context », (à paraître, disponible sur le site : <http://mylaw2.usc.edu/users/amarmor/documents/Textualismincontext.pdf>, consulté le 26 juillet 2013).
- MARMOR, Andrei, dir. (1997) : *Law and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press.
- MARMOR, Andrei et SOAMES, Scott, dir. (2011) : *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press.
- MATHIOT, André (1956) : « La théorie des circonstances exceptionnelles », in *L'Evolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey.
- MAZZARESE, Tecla (1991) : « 'Norm Proposition' : Epistemic and Semantic Queries », *Rechtstheorie*, 22, p. 39-70.
- MAZZARESE, Tecla (1999) : « 'Norm Proposition' : A Tentative Defense of a Sceptical Point of View » in R. Egidi (dir.), *In Search for a New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Dordrecht, Kluwer.
- MAZZARESE, Tecla (2000) : « Legal Interpretation as Translation : Three Readings of a Current Analogy » in G. Zaccaria, dir., *Translation in Law*, Münster, Lit.
- MCCARTHY, John (1980) : « Circumscription : A Form of Nonmonotonic Reasoning », *Artificial Intelligence*, 13, pp. 27-39.

- McCARTHY, John (1986) : « Applications of Circumscription to Formalizing Common-Sens Knowledge », *Artificial Intelligence*, 28, pp. 89-116.
- McCARTY, L. Thorne (1994) : « Defeasible Deontic Reasoning », *Fundamenta Informaticae*, 21, pp. 125-148.
- McCARTY, L. Thorne et COHEN, William W. (1994) : « The Case for Explicit Exceptions », *Methods of Logic in Computer Science*, 1, pp. 19-50.
- McDOWELL, John (1988) : *Meaning, Knowledge and Reality*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press.
- McNAUGHTON, David et RAWLING, Piers (2000) : « Unprincipled Ethics » in B. Hooker et M. Little (dir.), *Moral Particularism*, Oxford, Oxford University Press.
- MENDONCA, Daniel (1998) : « Presumptions », *Ratio Juris*, 11, pp. 399-412.
- MENDONCA, Daniel (2012) : « Exceptions » in J.Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press.
- MILIKAN, Ruth G. (1999) : « Historical Kinds and the Special Sciences », *Philosophical Studies*, 95, pp. 45-65.
- MILL, John Stuart (2003) : *La Nature*, trad. E. Reus, Paris, La Découverte.
- MILLARD, Eric (2007) : « Point de vue interne et science du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 59, pp. 59-71.
- MILLER, Bruce L. (1972) : « Open Texture and Judicial Decision », *Social Theory and Practice*, 2, pp. 163-176.
- MOESCHLER, Jacques (1998) : « Ordre temporel, causalité et relations de discours : une approche pragmatique » in S. Vogelee et al. (dir.), *Temps et Discours*, Louvain-la-Neuve, Peeters.
- MOORE, Michael S. (1981) : « The Semantics of Judging », *Southern California Law Review*, 54, pp. 151-294.
- MOORE, Michael S. (1985) : « A Natural Law Theory of Interpretation », *Southern California Law Review*, 8, pp. 277-398.
- MOORE, Michael S. (1989) : « Authority, Law and Razian Reasons », *Southern California Law Review*, 62, pp. 827-896.
- MOORE, Michael S. (1991) : « Three Concepts of Rules », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 14, pp. 771-795.
- MOORE, Robert C. (1985) : « Semantical Considerations on Nonmonotonic Logic », *Artificial Intelligence*, 25, pp. 75-94.
- MOORE, Ronald (1973) : « The Deontic Status of Legal Norms », *Ethics*, 83/2, pp. 151-158.
- MORAWSKI, Lech (1999) : « Law, Fact and Legal Language », *Law and Philosophy*, 18, pp. 461-473.
- MORESO, José Juan (1992) : *La Teoria del derecho de Bentham*, Barcelone, PPU.
- MORESO, José Juan (1998) : *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht, Kluwer.
- MORESO, José Juan (2001), « In Defense of Inclusive Legal Positivism », in P. Chiassoni (dir.) *The Legal-Ought*, Turin, Giappichelli.
- MORESO, José Juan (2005) : « Putting Legal Objectivity in its Place », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 2004*, Turin, G. Giappichelli Editore.

- MORESO, José Juan (2012a) : « Legal Defeasibility and the Connection Between Law and Morality », in J.Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press.
- MORESO, José Juan (2012b) : « Conflicts of Constitutional Rights : Proportionalism and Specificationism », *Ratio Juris*, 25, pp. 31-46.
- MORESO, José Juan et NAVARRO, Pablo E. (1998) : « The Reception of Norms and Open Legal Systems » in S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press
- MORREAU, Michael (1996) : « Prima Facie and Seeming Duties », *Studia Logica*, 57, pp. 47-71.
- MORREAU, Michael (2002) : « What Vague Objects Are Like », *The Journal of Philosophy*, 99, pp. 333-361.
- MOTT, Peter R. (1973) : « On Chisholm's Paradox », *Journal of Philosophical Logic*, 2, pp. 197-211.
- MUNZER, Stephen (1973) : « Validity and Legal Conflicts », *Yale Law Journal*, 82, pp. 1140-1174.
- NAVARRO, Pablo E. (1993) : « Promulgation and Derogation of Legal Rules », *Law and Philosophy*, 12, pp. 385-394.
- NAVARRO, Pablo E. (2001) : « Legal Reasoning and Systematization of Law » in A. Soeteman (dir.), *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer.
- NAVARRO, Pablo E. (2007) : « Normas Condicionales y Fallacia Naturalista », *Doxa*, 30, pp. 601-616.
- NAVARRO, Pablo E. et MORESO, Juan Jose (1997) : « Applicability and Effectiveness of Legal Norms », *Law and Philosophy*, 16/2, pp. 201-209.
- NAVARRO, Pablo E. et RODRIGUEZ, Jorge Luis (2000) : « Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas », *Isonomia*, 13, pp. 61-85.
- NAVARRO, Pablo E., ORUNESU, Claudina, RODRIGUEZ, Jorge L. et SUCAR Germán (2001) : « La aplicabilidad de las normas jurídicas », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 2000*, Turin, G. Giappichelli Editore
- NAVARRO, Pablo E., ORUNESU, Claudina, RODRIGUEZ, Jorge L. et SUCAR Germán (2004) : « Applicability of Legal Norms », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 17/2, 2004, pp. 337-359.
- NAWIASKY, Hans (1948) : *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2e édition, Leipzig, Benziger.
- NEALE, Stephen (2008) : « Textualism with Intent » (manuscrit, disponible sur le site : http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/docs/2008/08_coll_neale.pdf, consulté le 5 octobre 2013).
- NIINILUTO, Ikka (1981) : « On the Truth of Norm Propositions », *Rechtstheorie*, Beiheft 3, pp. 171-180.
- NINO, Carlos S. (1998) : « Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity » in S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press.
- NOWAK, Leszek (1969) : « De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique », *Logique et analyse*, 12, pp. 65-86.

- NUTE, Donald (1992) : « Basic Defeasible Logic » in L. Fariñas del Cerro et M. Penttonen (dir.), *Intensional Logics for Programming*, Oxford, Oxford University Press.
- NUTE, Donald (1994) : « Defeasible Logic » in in D.M. Gabbay, C.J. Hogger, J.A. Robinson et D. Nute (dir.) *Handbook of Logic in Artificial Intelligence and Logic Programming. Volume 3 : Nonmonotonic Reasoning and Uncertain Reasoning*, Oxford, Clarendon Press.
- NUTE, Donald (1999) : « Norms, Priorities and Defeasibility » in H. Prakken et P. McNamara (dir.), *Norms, Logics and Informations Systems*, Amsterdam, IOS Press.
- NUTE, Donald (2003) : « Defeasible Logic » in O. Bartenstein, U. Geske, M. Hannebauer et O. Yoshie (dir.), *Web Knowledge Management and Decision Support : Proceedings of INAP 2001, 14th International Conference on Applications of Prolog*, Berlin, Springer
- NUTE, Donald et YU, Xiaochang (1997) : « Introduction », in D. Nute (dir.), *Defeasible Deontic Logic*, Dordrecht, Kluwer.
- OLIVECRONA, Karl (1962) : « Legal Language and Reality » in R. Newman (dir.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, Bobbs-Merrill.
- OLLER, Carlos (2006) : « Obligaciones prima facie y derrotabilidad », *Analisis Filosofico*, 26, pp. 147-155.
- OPALEK, Kazimierz (1972) : « Les normes, les énoncés sur les normes et les propositions déontiques », *Archives de philosophie du droit*, 17, pp. 355-372.
- OPALEK, Kazimierz (1999) : *Selected Papers in Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer.
- OPALEK, Kazimierz et WOLENSKI, Jan (1987) : « Is, Ought and Logic », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 73, pp. 373-385.
- OST, François et VAN DE KERCHOVE, Michel (1987) : *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
- PALOMBELLA, Gianluigi (2010) : « The Rule of Law as an Institutional Ideal » in L. Morlino et G. Palombella (dir.), *Rule of Law and Democracy. Inquiries Into Internal and External Issues*, Leyde, Brill.
- PARENT, Xavier (2002) : *Logiques non-monotones et modes d'argumentation*, Thèse, Université Aix-Marseille 1.
- PASCAL, Blaise (2004) : *Pensées*, édition de Michel Le Guern, Paris, Gallimard.
- PATTARO, Enrico (2005) : *The Law and the Right*, Dordrecht, Springer.
- PAULSON, Stanley L. (1986) : « On the Status of the *Lex Posterior* Derogating Rule » in R. Tur et W. Twining, *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press.
- PAZOS, Maria Inés (1995) : « Contradiciones normativas y jerarquia de normas », *Doxa*, 17-18, pp. 383-402.
- PAZOS, Maria Inés (2002) : « Derrotabilidad sin indeterminacion », *Doxa*, 25, pp. 441-470
- PAZOS, Maria Inés (2005) : « La Semantica de la derrotabilidad » in E. Caceres, I. B. Flores, J. Saldaña et E. Villanueva (dir.), *Problemas contemporaneos de la filosofia del derecho*, Mexico, Universidad Nacional Autonoma de Mexico.
- PECZENIK, Aleksander (1996) : « Jumps and Logic in the Law », *Artificial Intelligence and Law*, 4, pp. 297-329.
- PECZENIK, Aleksander (2000) : « Scientia Juris : An Unsolved Philosophical Problem », *Ethical Theory and Moral Practice*, 3, pp. 273-302.

- PECZENIK, Aleksander (2005) : *Scientia Juris. Legal Doctrine as Knowledge and as a Source of Law*, Dordrecht, Springer.
- PECZENIK, Aleksander (2008) : *On Law and Reason*, 2^e édition, Dordrecht, Springer.
- PEÑA FREIRE, Antonio M (2002), « Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 2001*, Turin, G. Giappichelli Editore
- PERELMAN, Chaïm (1960) : « Logique formelle, logique juridique », *Logique et analyse*, 3, pp. 226-230
- PERELMAN, Chaïm, dir. (1968) : *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant.
- PERELMAN, Chaïm (1990) : *Ethique et droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles.
- PERELMAN, Chaïm (1999) : *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz.
- PERELMAN, Chaïm et OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (2008) : *Traité de l'argumentation*, 6^e édition, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles.
- PERRIN, Denis (2007) : *Le Flux et l'Instant. Wittgenstein aux prises avec le mythe du présent*, Paris, Vrin.
- PERRY, Stephen (1995) : « Interpretation and Methodology in Legal Theory » in A. Marmor (dir.), *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press.
- PERRY, Stephen (2006) : « Hart on Social Rules and the Foundations of Law : Liberating the Internal Point of View », *Fordham Law Review*, 75, pp. 1171-1209.
- PFERSMANN, Otto (2000) : « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in P. Livet (dir.), *L'Argumentation. Droit, philosophie, sciences sociales*, Québec, Presses de l'Université Laval.
- PIETROSKI, Paul M. (1993) : « Prima Facie Obligations, Ceteris Paribus Law in Moral Theory », *Ethics*, 103, pp. 489-515.
- PITCHER, George (1960) : « Hart on Action and Responsibility », *The Philosophical Review* 69, pp. 226-235
- PLATON (1966) : *La République*, trad. R. Baccou, Paris, GF-Flammarion.
- POLOUVIEZ, Mélanie (2010) : *Normes et normativité dans la sociologie d'Emile Durkheim*, Thèse, Paris, Université Paris-I Panthéon-Sorbonne.
- POGGI, Francesca (2011) : « Law and Conversational Implicatures », *International Journal for the Semiotics of Law*, 24, pp. 21-40.
- POLLOCK, John L. (1974) : *Knowledge and Justification*, Princeton, Princeton University Press.
- POLLOCK, John L. (1986) : « A Theory of Moral Reasoning », *Ethics*, pp. 506-523.
- POLLOCK, John L. (1987) : « Defeasible Reasoning », *Cognitive Science*, 11, pp. 481-518.
- POLLOCK, John L. et CRUZ, Joseph (1999) : *Contemporary Theories of Knowledge*, 2^e édition, Lanham, Rowman and Littlefield.
- POOLE, David L. (1985) : « On the Comparison of Theories : Preferring the Most Specific Explanation » in A. Joshi (dir.), *Proceedings of the 9th International Joint Conference on Artificial Intelligence (IJCAI '85)*, vol. 1., Los Altos, Morgan Kaufmann.
- POOLE, David L. (1988) : « A Logical Framework for Default Reasoning », *Artificial Intelligence*, 36, pp. 27-47.

- POOLE, David L. (1994) : « Default Logic » in D.M. Gabbay, C.J. Hogger, J.A. Robinson et D. Nute (dir.) *Handbook of Logic in Artificial Intelligence and Logic Programming. Volume 3 : Nonmonotonic Reasoning and Uncertain Reasoning*, Oxford, Clarendon Press.
- POSCHER, Ralf (2009) : « Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles », *Ratio Juris*, 22, pp. 425-454.
- POSNER, Richard (1990) : *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge [Mass.] : Harvard University Press.
- POST, Robert C. (1994) : « Reconceptualizing Vagueness. Legal Rules and Social Orders », *California Law Review*, 82, 491-507.
- POSTEMA, Gerald J. (1987) : « The Normativity of Law » in R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press.
- POSTEMA, Gerald J. (1994) : « Implicit Law », *Law and Philosophy*, 13, pp. 361-387.
- POSTEMA, Gerald J. (2011) : *Legal Philosophy in the Twentieth Century. The Common Law World*, Dordrecht, Springer
- PRADEL, Jean (2008) : *Droit pénal comparé*, 3e édition, Paris, Dalloz.
- PRAKKEN, Henry (1996) : « Two Approaches to the Formalization of Defeasible Deontic Reasoning », *Studia Logica*, 57, pp. 73-90.
- PRAKKEN, Henry (1997) : *Logical Tools for Modelling Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer.
- PRAKKEN, Henry (2001) : « Modelling Defeasibility in Law : Logic or Procedure ? », *Fundamenta Informaticae*, 48, pp. 253-271.
- PRAKKEN, Henry et SARTOR, Giovanni (1996) : « A Dialectical Model of Assessing Conflicting Arguments in Legal Reasoning », *Artificial Intelligence and Law*, 4, pp. 331-368.
- PRAKKEN, Henry et SARTOR, Giovanni (1997) : « Argument-Based Extended Logic Programming With Defeasible Priorities », *Journal of Applied Non-Classical Logics*, 7, pp. 25-75.
- PRAKKEN, Henry et SARTOR, Giovanni (2004) : « The Three Faces of Defeasibility in the Law », *Ratio Juris*, 17, pp. 118-139.
- PRAKKEN, Henry et SARTOR, Giovanni (2006) : « Presumptions and Burdens of Proof », T.M. van Engers (dir.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2006 : The Nineteenth Annual Conference*. Amsterdam, IOS Press.
- PRAKKEN, Henry et SARTOR, Giovanni (2008) : « More on presumptions and burdens of proof » in E. Francesconi, G. Sartor et D. Tiscornia (dir.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2008 : The Twenty-First Annual Conference*. Amsterdam, IOS Press.
- PRAKKEN, Henry et SERGOT, Marek (1996) : « Contrary-To-Duty Obligations », *Studia Logica*, 57, pp. 91-115.
- PRAKKEN, Henry et SERGOT, Marek (1997) : « Dyadic Deontic Logic and Contrary-To-Duty Obligations » in D. Nute (dir.), *Defeasible Deontic Logic*, Dordrecht, Kluwer.
- PRAKKEN, Henry et VREESWIJK, Gerard (2002) : « Logics For Defeasible Argumentation » in D. Gabbay et F. Guenther (dir.), *Handbook of Philosophical Logic. Volume 4*, 2^e édition, Dordrecht, Kluwer.
- PRIETO SANCHIS, Luis, 1998 : *Ley, Principios, Derecho*, Madrid, Dykinson.
- PRIOR, Arthur N. (1954) : « The Paradoxes of Derived Obligation », *Mind*, 63, pp. 64-65.
- PRIOR, Arthur N. (1973) : *Formal Logic*, Oxford, Clarendon Press.

- PUFENDORE, Samuel (1987) : *Le droit de la nature et des gens*, trad. J. Barbeyrac, Caen, Université de Caen.
- PUTNAM, Hilary (1975) : *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers, Vol. 2*, Cambridge, Cambridge University Press.
- QUINE, William V. O. (2003) : *Du point de vue logique*, trad. S. Laugier et al., Paris, Vrin.
- QUIVIGER, Pierre-Yves (2007) : « Derrida : de la philosophie au droit », *Cités*, 30, pp. 41-52.
- RADBRUCH, Gustav (1994) : « Injustice légale et droit supralégal », trad. Michael Walz, *Archives de Philosophie du droit*, 39, pp. 309-320.
- RADIN, Max (1930) : « Statutory Interpretation », *Harvard Law Review*, 43, pp. 863-885.
- RAFFMAN, Diana (1994) : « Vagueness Without Paradox », *Philosophical Review*, 103, pp. 41-74.
- RAFFMAN, Diana (2011) : « Vagueness and Observationality » in G. Ronzitti (dir.), *Vagueness : A Guide*, Dordrecht, Springer.
- RATTI, Giovanni Battista (2008) : « The Consequences of Defeasibility », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 2007*, Turin, Giappichelli.
- RATTI, Giovanni Battista (2013) : « Normative Inconsistency and Logical Theories : A First Critique of Defeasibilism » in M. Araszkiewicz and J. Šavelka (dir.), *Coherence : Insights from Philosophy, Jurisprudence and Artificial Intelligence*, Dordrecht, Springer.
- RAWLS, John (1955) : « Two Concepts of Rules », *The Philosophical Review*, 64, pp. 3-32.
- RAWLS, John (1997) : *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Seuil.
- RAZ, Joseph (1972) : « Legal Principles and the Limits of Law », *Yale Law Journal*, 81/5, pp. 823-854.
- RAZ, Joseph (1974) : « Comment : 'Reasons, Requirements and Practical Conflicts' » in S. Körner (dir.), *Practical Reason*, Oxford, Blackwell.
- RAZ, Joseph (1976) : « Kelsen's General Theory of Norms », *Philosophia*, 6, pp. 495-504.
- RAZ, Joseph (1980) : *The Concept of a Legal System*, 2e édition, Oxford, Clarendon Press.
- RAZ, Joseph (1982) : « The Problem about the Nature of Law » in G. Floistad, *Contemporary Philosophy. A New Survey*, vol. 3, La Haye, Nijhoff.
- RAZ, Joseph (1986) : *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press.
- RAZ, Joseph (1989) : « Facing Up : A Reply », *Southern California Law Review*, 62, pp. 1153-1235.
- RAZ, Joseph (1994) : *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press.
- RAZ, Joseph (1999) : *Practical Reason and Norms*, 2e édition, Oxford, Oxford University Press.
- RAZ, Joseph (2006) : « The Problem of Authority. Revisiting the Service Conception », *Minnesota Law Review*, 90, pp. 1003-1044.
- RAZ, Joseph (2009a) : *The Authority of Law*, 2e édition, Oxford, Oxford University Press.
- RAZ, Joseph (2009b) : *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press.
- RAZ, Joseph (2011) : *From Normativity to Responsibility*, Oxford, Oxford University Press.
- RECANATI, François (2004) : *Literal Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press.
- REDONDO, Maria Cristina (1997) : « Teorías del derecho y indeterminación normativas », *Doxa*, 20, pp. 177-196.

- REDONDO, Maria Cristina (1999a) : « "Reglas genuinas" y positivismo jurídico », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 1998*, Turin, Giapichelli.
- REDONDO, Maria Cristina (1999b) : *Reasons for Action and the Law*, Dordrecht, Kluwer.
- REDONDO, Maria Cristina (2005) : « Legal Reasons », *Journal of Moral Philosophy*, 2, pp. 47-68.
- REGAN, Donald (1989) : « Authority and Value : Reflections on Raz's *Morality of Freedom* », *Southern California Law Review*, 62, pp. 995-1095.
- REITER, Raymond (1978) : « On Closed-World Databases » in H. Gallaire et J. Minker (dir.), *Logic and Databases*, New York, Plenum Press.
- REITER, Raymond (1980) : « A logic for default reasoning », *Artificial Intelligence*, 13, pp. 81-132.
- REITER, Raymond (1987) : « Nonmonotonic reasoning », *Annual Review of Computer Science*, 2, pp. 147-186.
- REITER, Raymond et CRISCUOLO, Giovanni (1981) : « On Interacting Defaults » in P. Hayes (dir.), *Proceedings of the 7th International Joint Conference on Artificial Intelligence (IJCAI '81)*, San Francisco, Morgan Kaufmann.
- REMY, Benjamin (2008) : *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris, Dalloz.
- RESCHER, Nicholas (1959) : « An Axiom System for Deontic Logic », *Philosophical Studies*, 9, pp. 24-30.
- RESCHER, Nicholas (1977) : *Dialectics. A Controversy-Oriented Approach to the Theory of Knowledge*, Albany, State University of New York Press.
- RESCHER, Nicholas (2006) : *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*, Cambridge, Cambridge University Press.
- RICHARDSON, Henry (1990) : « Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems », *Philosophy and Public Affairs*, 19, pp. 279-310.
- ROBINSON, Paul H. (1982) : « Criminal Law Defenses : A Systematic Analysis », *Columbia Law Review*, 82, pp. 199-291.
- ROBINSON, Paul H. (1990) : « Rules of Conduct and Principles of Adjudication », *University of Chicago Law Review*, 57, pp. 729-771.
- RODENAS, Angeles (2001) : « En la penumbra : indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas », *Doxa*, 24, pp. 63-83.
- RODRIGUEZ, Jorge Luis (1995) : « Contradicciones normativas. Jaque a la concepción deductivistas de los sistemas jurídicos », *Doxa*, 17-18, pp. 357-382.
- RODRIGUEZ, Jorge Luis (2000) : « Axiological Gaps and Normative Relevance », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 86/2, pp. 151-167.
- RODRIGUEZ, Jorge Luis (2002) : *Logica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de estudios constitucionales.
- RODRIGUEZ, Jorge Luis (2003a) : « La derrotabilidad de las normas jurídicas » in, J. C. Bayon et J. Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogota, Universidad Externado de Colombia.
- RODRIGUEZ, Jorge Luis (2003b) : « Derrotabilidad y indeterminación del derecho » in, J. C. Bayon et J. Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogota, Universidad Externado de Colombia.

- RODRIGUEZ, Jorge Luis (2005) : « Un dilema en la representacion de las normas condicionales », *Isonomia*, 23, pp. 97-114.
- RODRIGUEZ, Jorge Luis (2012) : « Against the Defeasibility of Legal Rules », in J.Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press.
- RODRIGUEZ, Jorge Luis et SUCAR, German (2003) : « La trampa de la derrotabilidad. Niveles de analisis de la indeterminacion del derecho » in, J. C. Bayon et J. Rodriguez, *Relevancia normativa en la justificacion de las decisiones judiciales*, Bogota, Universidad Externado de Colombia.
- RODRIGUEZ, Jorge Luis et VICENTE, Daniel E. (2009) : « Aplicabilidad y validez de las normas del Derecho internacional », *Doxa*, 32, pp. 177-204.
- ROSS, Alf (1958) : *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons.
- ROSS, Alf (1968) : *Directives and Norms*, Londres, Routledge.
- ROSS, Alf (2004) : *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant.
- ROSS, W. David (1939) : *Foundations of Ethics*, Oxford, Clarendon Press.
- ROSS, W. David (2002) : *The Right and the Good*, Oxford, Oxford University Press.
- ROTT, Hans (1991) : « A Nonmontonic Conditional Logic For Belief Revision » in A. Fuhrmann et M. Morreau (dir.), *The Logic of Theory Change*, Berlin, Springer-Verlag.
- ROYAKKERS, Lamber M. M. (1998) : *Extending Deontic Logic for the Formalisation of Legal Rules*, Dordrecht, Kluwer.
- ROYAKKERS, Lamber M. M. et DIGNUM, Frank (1997) : « Defeasible Reasoning with Legal Rules », in D. Nute (dir.), *Defeasible Deontic Logic*, Dordrecht, Kluwer.
- RUIZ MANERO, Juan (1990) : *Juridiccion y norma*, Madrid, Marcial Pons.
- RUIZ MANERO, Juan (1991) : « Normas indepientes, criterios concetuales y trucos verbales. Respuesta a E. Bulgin », *Doxa*, 9, pp. 281-293.
- RUSSELL, Bertrand (1923) : « Vagueness », *Australasian Journal of Philosophy and Psychology*, 1, 84-92.
- RUSSELL, Bertrand (1983) : *The Collected Papers of Bertrand Russell. Vol. 3 : Foundations of Logic (1903-1905)*, Londres, Routledge.
- RUSSELL, Bertrand (1993) : « Descriptions » in A.W. Moore, *Meaning and Reference*, Oxford, Oxford University Press.
- SAINSBURY, Mark (1991) : « Is There Higher Order Vagueness ? », *Philosophical Quarterly*, 41, pp. 167-182.
- SAINT-BONNET, François (2001) : *L'Etat d'exception*, Paris, PUF.
- SANCHEZ BRIGIDO, Rodrigo et SELEME, Hugo O. (2002) : « Justificacion sin verdad », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 2001*, Turin, Giappicchelli.
- SANFORD, David H. (1979) : « Nostalgia for the Ordinary : Comments on Papers by Unger and Wheeler », *Synthese*, 41, pp. 175-184.
- SARFATI, Jean-Jacques (2009) : *Le rôle créateur de l'exception en droit*, Thèse, Paris, Université Paris IV Sorbonne.
- SARTOR, Giovanni (1992) : « Normative Conflicts in Legal Reasoning », *Artificial Intelligence and Law*, 1, pp. 209-235.

- SARTOR, Giovanni (1993) : « Defeasibility in Legal Reasoning », *Rechtstheorie*, 24, pp. 281-316
- SARTOR, Giovanni (1994) : « A Formal Model of Legal Argumentation », *Ratio Juris*, 7, pp. 177-211.
- SARTOR, Giovanni (2005) : *Legal Reasoning. A Cognitive Approach to the Law*, Dordrecht, Springer.
- SARTOR, Giovanni (2008) : « Syllogism and Defeasibility : A Comment on Neil MacCormick's Rhetoric and the Rule of Law », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 59, pp. 20-31
- SARTOR, Giovanni et BRANTING, Karl, dir. (1998) : *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, Dordrecht, Kluwer.
- SAUSSURE, Louis de (2003) : *Temps et pertinence. Éléments de pragmatique cognitive du temps*, Bruxelles, De Boeck-Duculot.
- SCALIA, Antonin (1997) : *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press.
- SCANLON, Thomas M. (1998) : *What We Owe to Each Other*, Cambridge, Harvard University Press.
- SCHAUER, Frederick (1985) : « Easy Cases », *Southern California Law Review*, 58, 399-440.
- SCHAUER, Frederick (1988) : « Formalism », *Yale Law Journal*, 97, pp. 509-548.
- SCHAUER, Frederick (1991a) : « Exceptions », *Chicago Law Review*, 58, pp. 871-899
- SCHAUER, Frederick (1991b) : *Playing By the Rules*, Oxford, Oxford University Press, 1991
- SCHAUER, Frederick (1995) : « Giving Reasons », *Stanford Law Review*, 47, pp. 633-659.
- SCHAUER, Frederick (1998) : « On the Supposed Defeasibility of Legal Rules », *Current Legal Problems*, 51, pp. 223-240.
- SCHAUER, Frederick (2008) : « A Critical Guide to Vehicles in the Park », *New York University Law Review*, 83, pp. 1109-1134.
- SCHAUER, Frederick (2009) : *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press.
- SCHAUER, Frederick (2012) : « Is Defeasibility an Essential Property of Law ? » in J.Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press.
- SCHAUER, Frederick (2013a) : « Legal Realism Untamed », *Texas Law Review*, 91, pp. 749-780.
- SCHAUER, Frederick (2013b) : « On the Open Texture of Law » in C. Blöser, M. Janvid, H.O. Matthiessen et M. Willaschek (dir.), *Defeasibility in Philosophy*, Amsterdam, Rodopi.
- SCHEFFLER, Israel (1979) : *Beyond The Letter. Philosophical Inquiries into Ambiguity, Vagueness and Metaphor in Language*, Londres, Routledge.
- SCHLICK, Moritz (1936) : « Meaning and Verification », *Philosophical Review*, 45, 339-369.
- SCHMILL ORDONEZ, Ulises (2001) : « Orden juridico y derrotabilidad normativa », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 2000*, Turin, G. Giappichelli Editore.
- SCHMITT, Carl : *Théologie politique*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard.
- SCHROEDER, Mark (2011) : « Ought, Agents and Actions », *Philosophical Review*, 120, pp. 1-41.

- SCIARAFFA, Stefan (2009) : « On Content-Independent Reasons : It's Not in the Name », *Law and Philosophy*, 28, 233-260.
- SEARLE, John (1964) : « How to Derive Ought From Is », *The Philosophical Review*, 73, pp. 43-58.
- SEARLE, John (1969) : *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SEARLE, John (1979) : *Expression and Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SEARLE, John (1980a) : « Prima-facie Obligations » in Z. van Stratten (dir.), *Philosophical Subjects. Essays Presented to P. F. Strawson*, Oxford, Clarendon Press.
- SEARLE, John (1980b) : « Minds, brains, and programs », *Behavioral and Brain Sciences*, 3, pp. 417-457
- SEARLE, Searle (1995) : *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press.
- SELLARS, Wilfrid (1967) : « Reflections on Contrary-to-Duty Imperatives », *Noûs*, 1/4, pp. 303-344.
- SHAPIRO, Scott J. (2001) : « On Hart's Way Out », in J. Coleman (dir.), *Hart's Postscript*, Oxford, Clarendon Press.
- SHAPIRO, Scott J. (2006) : « What Is the Internal Point of View ? », *Fordham Law Review*, 75, 1157-1170
- SHAPIRO, Scott J. (2009) : « What Is the Rule of Recognition (and Does it Exist) ? » in M. Adler et K.E. Himma, dir., *The Rule of Recognition and the US Constitution*, Oxford, Oxford University Press.
- SHAPIRO, Scott J. (2011) : *Legality*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press.
- SHAPIRO, Stewart (2006) : *Vagueness in Context*, Oxford, Clarendon Press.
- SHAPIRO, Stewart (2013) : « Vagueness, Open Texture and Retrievability », *Inquiry*, 56, pp. 307-326
- SHEPHERDSON, J.C. (1998) : « Negation as Failure, Completion and Stratification » in D.M. Gabbay, C.J. Hogger et J.A. Robinson, *Handbook of Logic in Artificial Intelligence and Logic Programming. Volume 5 : Logic Programming*, Oxford, Clarendon Press.
- SHINER, Roger (1985) : « Rules vs. Rights : A Paradigmatically Philosophical Dispute », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Supplément NF 25, pp. 61-67.
- SHINER, Roger (1992) : *Norm and Nature*, Oxford, Oxford University Press.
- SIECKMANN, Jan-R. (1990) : *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden Baden, Nomos.
- SIECKMANN, Jan-R. (2003) : « Why Nonmonotonic Logic is Inadequate to Represent Balancing Arguments », *Artificial Intelligence and Law*, 11, pp. 211-219.
- SILTALA, Raimo (2000) : *A Theory of Precedent*, Oxford, Hart Publishing.
- SIMARI, Guillermo R. et LOUI, Ronald P. (1992) : « A Mathematical Treatment of Defeasible Argumentation », *Artificial Intelligence*, 53, pp. 125-157.
- SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (1988) : *Moral Dilemmas*, Oxford, Blackwell.
- SKALAK, David B. et RISSLAND Edwina L. (1991) « Argument moves in a rule-guided domain » in *Proceedings of the Third International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York ACM Press.

- SLOB, Wouter H. (2006) : « The Voice of The Other : A Dialogico-Rhetorical Understanding of Opponent and of Toulmin's Rebuttal » in D. Hitchcock et B. Verheij, *Arguing on the Toulmin Model*, Dordrecht, Springer.
- SMART, John J.C. (1984) : *Ethics, Persuasion and Truth*, Londres, Routledge
- SOAMES, Scott (1999) : *Understanding Truth*, Oxford, Oxford University Press.
- SOAMES, Scott (2002) : « Replies », *Philosophy and Phenomenological Research*, 65, pp. 429-452.
- SOAMES, Scott (2009) : *Philosophical Essays. Volume 1*, Princeton, Princeton University Press.
- SOAMES, Scott (2011) : « What Vagueness and Inconsistency Tell Us About Interpretation » in A. Marmor et S. Soames (dir.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press.
- SOETEMAN, Arend (1989) : *Logic in Law*, Dordrecht, Kluwer.
- SOETEMAN, Arend (2003) : « Legal Logic ? Or Can We Do Without ? », *Artificial Intelligence and Law*, 11, 197-210.
- SOLUM, Lawrence (1994) : « Equity and the Rule of Law », in I. Shapiro (dir.), *The Rule of Law : NOMOS XXXVI*, New York, New York University Press.
- SORENSEN, Roy (1988) : *Blindspots*, Clarendon Press, Oxford.
- SORENSEN, Roy (2001) : « Vagueness Has No Function in Law », *Legal Theory*, 7, pp. 387-417.
- SORENSEN, Roy (2004) : *Vagueness and Contradiction*, Oxford, Oxford University Press.
- SORENSEN, Roy (2011) : « Vague Music », *Philosophy*, 86, pp. 231-248.
- SMITH, Michael (1994) : *The Moral Problem*, Oxford, Blackwell.
- SPAAK, Torben (2005) : « Legal Positivism and the Objectivity of Law », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 2004*, Turin, G. Giappichelli Editore.
- STALNAKER, Robert (1968) : « A Theory of Conditionals » in N. Rescher (dir.), *Studies in Logical Theory*, Oxford, Blackwell.
- STALNAKER, Robert (1993) : « A Note on Nonmonotonic Modal Logic », *Artificial Intelligence*, 64, pp. 183-196.
- STALNAKER, Robert (1994) : « What is A Nonmonotonic Consequence Relation ? », *Fundamenta Informaticae*, 21, pp. 7-21.
- STANLEY, Jason (2007) : *Language in Context*, Oxford, Oxford University Press.
- STAVROPOULOS, Nicos (1996) : *Objectivity In Law*, Oxford, Clarendon Press.
- STEIN, Jeremy B. (2007) : « The Necessary Language of Exceptions. A Response to Frederick Schauer's "Exceptions" », *NYU Annual Survey of American Law*, 63, 99-137.
- STERLING, Leon et SHAPIRO, Ehud (1999) : *The Art of Prolog*, 2^e édition, Cambridge [Mass.], The MIT Press.
- STOLJAR, Samuel (1959) : « Ascriptive and Prescriptive Responsibility », *Mind*, 68, 350-360
- STONE, Julius (1968) : *Legal System and Lawyer's Reasoning*, Stanford, Stanford University Press.
- STRANIERI, Andrew et ZELEZNIKOV, John (2005) : *Knowledge Discovery From Legal Databases*, Dordrecht, Springer.

- STRAWSON, Peter F. (1993) : « On Referring » in A.W. Moore, *Meaning and Reference*, Oxford, Oxford University Press.
- SUNSTEIN, Cass R. (1995) : « Problems with Rules », *California Law Review*, 73, 953-1026.
- SUNSTEIN, Cass R. (1996) : *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press.
- SUSSKIND, Richard (1987) : *Experts Systems in Law*, Oxford, Clarendon Press.
- SWAIN, Marshall (1974) : « Epistemic Defeasibility », *American Philosophical Quarterly*, 11, pp. 15-25.
- TAMANAHA, Brian : *On the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- TAPPER, Colin F.H. (1973) : « Powers and Secondary Rules of Change », in A.W.B. Simpson (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, Clarendon Press.
- TARELLO, Giovanni (1974) : *Diritto, Enunciati, Usi*, Bologne, Il Mulino.
- TARUFFO, Michele (1992) : *La Prova dei Fatti Giuridici*, Milan, Giuffrè.
- THOMAS D'AQUIN (1993) : *Somme Théologique. Tome 2 : Ia IIae*, div. trad., Paris, Editions du Cerf.
- TOH, Kevin (2007) : « Raz on Detachment, Acceptance and Describability », *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, pp. 403-427.
- TOMBERLIN, James E. (1989) : « Deontic Paradox and Conditional Obligation », *Philosophy and Phenomenological Research*, 50/1, pp. 107-114.
- TOULMIN, Stephen (1993) : *Les Usages de l'argumentation*, trad. P. de Brabanter, Paris, PUF, 1993.
- TOULMIN, Stephen (2003) : *The Uses of Argument*, Cambridge, Cambridge University Press.
- TRAVIS, Charles (2008) : *Occasion-Sensitivity*, Oxford, Oxford University Press.
- TRIBE, Lawrence (1997) : « Comment » in A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press.
- TROPER, Michel (1986) : « Système juridique et Etat », *Archives de Philosophie du Droit*, 31, pp. 29-44.
- TROPER, Michel (1989) : « Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit » in P. Amselek et C. Grzegorzczak, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France.
- TROPER, Michel (1994) : *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, Presses Universitaires de France.
- TROPER, Michel (2001) : *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, Presses Universitaires de France.
- TROPER, Michel (2004) : « Réplique à Otto Pfersmann » in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 2002-2003*, Turin, G. Giappichelli Editore.
- TROPER, Michel (2011) : *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses Universitaires de France.
- TROPER, Michel, GRZEGORCZYK, Christophe et GARDIES, Jean-Louis (1991) : « Statutory Interpretation in France », in N. MacCormick et R. Summers (dir.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth.
- TUOMELA, Raimo (2005) : « We-Intentions Revisited », *Philosophical Studies*, 125, pp. 327-369.
- TUR, Richard T.S. (2001) : « Defeasibilism », *Oxford Journal in Legal Studies*, 21, pp. 355-368

- TUR, Richard T.S. (2012) : « Defeasibility and Adjudication », in J.Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press.
- TUSSEAU, Guillaume (2006) : *Les Normes d'habilitation*, Paris, Dalloz.
- TUSSEAU, Guillaume (2008) : « Métathéorie de la notion de principe » in S. Caudal (dir.), *Les Principes en droit*, Paris, Economica.
- TUSSEAU, Guillaume (2009) : « Les contraintes intellectuelles de la construction des notions juridiques. L'exemple du concept de pouvoir chez Jeremy Bentham et John Austin » in G. Tusseau (dir.), *Les Notions juridiques*, Paris, Economica.
- TWINING, William (1973) : *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Londres, Weidenfeld and Nicolson.
- TWINING, William (2006) : *Rethinking Evidence*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press.
- TWINING, William et MIERS, David (1999) : *How to Do THings with Rules*, 4^e édition, Londres, Butterworths.
- TYE, Michael (1990) : « Vague Objects », *Mind*, 99, pp. 535-557.
- TYE, Michael (1994) : « Why the Vague Need *Not* Be Higher-Order Vague », *Mind*, 103, pp. 43-45.
- ULLMMAN-MARGALIT, Edna (1983) : « On Presumption », *Journal of Philosophy*, 80, pp. 143-163.
- UNGER, Peter (1979) : « There Are No Ordinary Things », *Synthese*, 41, pp. 117-154.
- URBINA, Sebastian (2002) : *Legal Method and the Rule of Law*, Dordrecht, Kluwer.
- URBINA, Sebastian (2005) : « What is Legal Philosophy ? », *Ratio Juris*, 18/2, 2005, pp. 144-161.
- VAN DER TORRE, Leendert et TAN, Yao-Hua (1997) : « The Many Faces of Defeasibility in Defeasible Deontic Logic » in D. Nute (dir.), *Defeasible Deontic Logic*, Dordrecht, Kluwer.
- VAN FRAASSEN, Bas (1972) : « The Logic of Conditional Obligation », *Journal of Philosophical Logic*, 1, pp. 417-438.
- VASCONCELLOS, Fernando Andreoni (2009) : *O Conceito de Derrotabilidade Normativa*, Thèse, Université de Curitiba.
- VÄYRYNEN, Pekka (2004) : « Particularism and Default Reasons », *Ethical Theory and Moral Practice*, 7, pp. 53-79.
- VÄYRYNEN, Pekka (2006) : « Moral Generalism : Enjoy With Moderation », *Ethics*, 116, pp. 716-741.
- VEDEL, Georges (1954) : « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Conseil d'Etat. Etudes et documents*, fasc. n° 8, Paris, Imprimerie nationale.
- VERHEIJ, Bart (1996) : *Rules, Reasons, Arguments. Formal Studies of Argumentation and Defeat*, Thèse, Université de Maastricht.
- VERHEIJ, Bart (2009) : « The Toulmin Argument Model in Artificial Intelligence » in I. Rahwan et G. Simari (ed.), *Argumentation in Artificial Intelligence*, Dordrecht, Springer.
- VERMEULE, Adrian (1998) : « Legislative History and the Limits of Judicial Competence : The Untold Story of Holy Trinity Church », *Stanford Law Review*, 50, pp. 1833-1896

- VERNENGO, Roberto J. (1986) : « Kelsen's *Rechtssätze* as Detached Statements » in R. Tur and W. Twining, *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press.
- VIDA, Silvia (2001) : *Norma e Condizione. Uno studio dell'implicazione normativa*, Milan, Giuffrè.
- VIDAL-NAQUET, Ariane (2014) : « Propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle », in M. Fatin-Rouge Stefanini et A. Vidal-Naquet (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant.
- VILLA, Vittorio (1984) : « Legal Science and Hermeneutic Point of View », in A. Peczenik, L. Lindahl et B. van Roermund (dir.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, Reidel.
- VILLA, Vittorio (2009) : « Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation and Value Judgements », *Ratio Juris*, 22, pp. 110-127.
- VILLA, Vittorio (2010) : « A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation », *Revus*, 12, pp. 89-120.
- VINX, Lars (2007) : *Hans Kelsen's Pure Theory of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- VIOLA, Francesco (1995) : « The Judicial Truth », *Persona y Derecho*, 32, pp. 249-266.
- VREESWIJK, Gerard (1993) : « Defeasible Dialectics : A Controversy-Oriented Approach Towards Defeasible Argumentation », *Journal of Logic and Computation*, 3, pp. 317-334.
- WAHLGREN, Peter (1992) : *Automated Legal Reasoning. A Study on Artificial Inteligence and Law*, Dordrecht, Kluwer.
- WAHLGREN, Peter (2000) : « Legal Resoning : A Jurisprudential Description », *Scandinavian Studies in Law*, 40, pp. 199-277.
- WAISMANN, Friedrich (1946) : « The Many-Level Structure of Language », *Synthese*, 5, pp. 221-229.
- WAISMANN, Friedrich (1965) : *The Principles of Linguistic Philosophy*, Londres, Macmillan.
- WAISMANN, Friedrich (2004) : « La vérifiabilité » in S. Laugier et P. Wagner (éds.), *Philosophie des sciences. Volume 1*, Paris, Vrin.
- WALDRON, Jeremy (1994) : « Vagueness in Law and Language : Some Philosophical Issues », *California Law Review*, 82, pp. 509-540.
- WALDRON, Jeremy (1999a) : *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press.
- WALDRON, Jeremy (1999b) : « All We Like Sheep », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12, pp. 169-190.
- WALDRON, Jeremy (2003) : « Authority for Officials », in L. Meyer, S. Paulson et T. Pogge (dir.), *Rights, Culture and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press.
- WALDRON, Jeremy (2011a) : « Legal Judgement and Moral Reservation » in A. J. Mendez et J.E. Fossum (dir.), *Law and Democracy in Deil MacCormick's Legal and Political Theory*, Dordrecht, Springer.
- WALDRON, Jeremy (2011b) : « Vagueness and the Guidance of Action » in A. Marmor et S. Soames (dir.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press.
- WALDRON, Jeremy (2012) : *Dignity, Ranks and Rights*, Oxford, Oxford University Press.

- WALTON, Douglas (2002) : *Legal Argumentation and Evidence*, University Park [Penn.], Pennsylvania State University Press.
- WALTON, Douglas (2008) : « A Dialogical Theory of Presumption », *Artificial Intelligence and Law*, 16, pp. 209-243
- WALTON, Douglas (2011) : « Defeasible Reasoning and Informal Fallacies », *Synthese*, 179, pp. 377-407.
- WALUCHOW, Wil (1985) : « Hart, Legal Rules and Palm Tree Justice », *Law and Philosophy*, 4/1, 1985, pp. 41-70.
- WALUCHOW, Wil (1994) : *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press.
- WALUCHOW, Wil (2007) : *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press.
- WALUCHOW, Wil (2009) : « Four Concepts of Validity » in M. Adler et K.E. Himma, dir., *The Rule of Recognition and the US Constitution*, Oxford, Oxford University Press.
- WALUCHOW, Wil (2012) : « Defeasibility and Legal Positivism » in J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press.
- WANG, Peng-Hsiang (2010a) : « Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning ? » in M. Borowski (dir.), *The Nature of Legal Principles*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag.
- WANG, Peng-Hsiang (2010b) : « Principles as Ideal Ought » in Jan-Reinard Sieckmann (dir.), *Legal Reasoning : The Method of Balancing*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag.
- WARNOCK, Geoffrey (1971) : *The Object of Morality*, Londres, Methuen & Co.
- WASSERSTROM, Richard (1961) : *The Judicial Decision*, Stanford, Stanford University Press.
- WEINBERGER, Ota (1957) : « Über die Negation von Sollsätzen », *Theoria*, 23/2, pp. 102-132.
- WEINBERGER, Ota (1984) : « On the Meaning of Norm Sentences, Normative Inconsistency and Normative Entailment », *Rechtstheorie*, 15, pp. 465-475.
- WEINBERGER, Ota (1986) : « Der normenlogische Szeptizismus », *Rechtstheorie*, 17, pp. 13-81.
- WEINBERGER, Ota (1998) : « The Expressive Conception of Norms : An Impasse for the Logic Of Norms », in S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press.
- WEINRIB, Ernest (1989) : « Legal Formalism. On the Immanent Rationality of Law », *Yale Law Journal*, 97, pp. 949-1016.
- WELLMAN, Carl (1985) : « Rules, Principles and Reasoning », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Supplément NF 25, pp. 68-75.
- WHEELER, Samuel C. : « On That Which Is Not », *Synthese*, 41, pp. 155-173.
- WILLIAMS, Bernard (2006) : *Ethics and the Limits of Philosophy*, 3^e édition, Londres, Routledge.
- WILLIAMS, Glanville (1988) : « The Logic of 'Exceptions' », *Cambridge Law Journal*, 47/2, pp. 261-295.
- WILLIAMSON, Timothy (1994) : *Vagueness*, Londres, Routledge.
- WILLIAMSON, Timothy (1996) : « What Makes It A Heap ? », *Erkenntnis*, 44, pp. 327-339.
- WILLIAMSON, Timothy (1999) : « On the Structure of Higher-Order Vagueness », *Mind*, 108, pp. 127-143.

- WINTGENS, Luc J. (2002) : « Legislation as an Object of Study of Legal Theory : Legisprudence » in L. J. Wiggins (dir.), *Legisprudence*, Oxford, Hart Publishing.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1984) : *Remarques philosophiques*, trad. J. Faure, Paris, Gallimard.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1983) : *Remarques sur les fondements des mathématiques*, trad. M. A. Lescourret, Paris, Gallimard.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (2004) : *Recherches Philosophiques*, trad. E. Rigal *et. al.*, Paris, Gallimard.
- WOBCKE, Wayne (1995) : « Belief Revision, Conditional Logic and Nonmonotonic Reasoning », *Notre Dame Journal of Formal Logic*, 36, pp. 55-102.
- WOLENSKI, Jan (1982) : « Deontic Sentences, Possible Worlds and Norms », *Reports on Philosophy*, 6, pp. 65-73.
- WRIGHT, Crispin (1975) : « On the Coherence of Vague Predicates », *Synthese*, 30, pp. 325-365.
- WRIGHT, Crispin (1992) : « Is Higher-Order Vagueness Coherent ? », *Analysis*, 52, pp. 129-139.
- WRIGHT, Crispin (2010) : « The Illusion of Higher-Order Vagueness » in R. Dietz et S. Moruzzi (dir.), *Cuts and Clouds : Vagueness, Its Nature, Its Logic*, Oxford, Oxford University Press.
- WRIGHT, R. George (2008) : « Dreams and Formulas : The Role of Particularism and Principlism in the Law », *Hofstra Law Review*, 37, 195-222.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1951a) : « Deontic Logic », *Mind*, 60, pp. 1-15.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1951b) : *An Essay on Modal Logic*, Amsterdam, North Holland.
- WRIGHT, Georg Henrik (1957) : *Logical Studies*, Londres, Routledge
- WRIGHT, Georg Henrik von (1963a) : *Norm and Action*, Londres, Routledge.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1963b) : *The Varieties of Goodness*, Londres, Routledge.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1971a) : *Explanation and Understanding*, Londres, Routledge.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1971b) : « A New System of Deontic Logic » in R. Hilpinen (dir.), *Deontic Logic : Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1971c) : « Deontic Logic and the Theory of Conditions » in R. Hilpinen (dir.), *Deontic Logic : Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1973) : « Deontic Logic Revisited », *Rechtstheorie*, 4, pp. 37-46.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1981) : « Problems and Prospects of Deontic Logic », in E. Agazzi (dir.), *Modern Logic. A survey*, Dordrecht, Springer.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1983) : *Practical Reason*, Oxford, Blackwell.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1984) : *Truth Knowledge and Modality*, Oxford, Blackwell.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1998a) : « Ought to Be – Ought to Do », in G. Meggle (dir.), *Actions, Norms and Values. Discussions with G.H. von Wright*, Berlin, New York, de Gruyter.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1998b) : « Is and Ought », in S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press
- WROBLEWSKI, Jerzy (1969) : « Legal Reasoning in Legal Interpretation », *Logique et analyse*, 12, pp. 3-31.

- WROBLEWSKI, Jerzy (1971) : « Legal Decision and Its Justification » in H. Hubien (dir.), *Le Raisonnement juridique*, Bruxelles Bruylant.
- WROBLEWSKI, Jerzy (1973) : « Facts in Law », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 59, pp. 161-176
- WROBLEWSKI, Jerzy (1974) : « Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision », *Rechtstheorie*, 5, pp. 33-56.
- WROBLEWSKI, Jerzy (1985) : « Legal Language and Legal Interpretation », *Law and Philosophy*, 4/2, pp. 239-255
- WROBLEWSKI, Jerzy (1989) : « Le non-dit en droit : présuppositions et conventions implicites » in P. Amselek et C. Grzegorzczak (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France.
- WROBLEWSKI, Jerzy (1992) : *The Judicial Application Of Law*, Dordrecht, Kluwer.
- ZELEZNIKOV, John (2004) : « The Split Up Project : Induction, Context and the Discovery of Knowledge in Law », *Law, Probability and Risk*, 3, 147-168.
- ZEMACH, Eddy (1992) : *Types. Essays in Metaphysics*, Leyde, E.J. Brill
- ZORZETTO, Silvia (2010) : *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pise, ETS.

INDEX NOMINUM

Cet index n'est pas exhaustif. Il recense pour chaque auteur la totalité des occurrences dans le corps du texte et les principales occurrences dans les notes. Les personnalités célèbres choisies arbitrairement pour exemplifier le propos (par exemple pour donner un exemple de « chauve ») ne sont pas référencées ici ; il en va de même pour les parties ayant donné leur nom aux arrêts et décisions juridictionnelles.

A

Aarnio, A. 42, 54, 85, 140, 157, 286, 291, 351
Agamben, G. 7, 9, 14
Aguilo Regla, J. 228, 249, 253, 256
Alchourrón, C. E. 35, 43, 48, 55, 56, 69-77, 80-82, 84, 89, 99, 114-116, 117, 148, 223, 225, 231, 249, 251, 252, 258, 265, 268-281, 319, 325, 326, 328, 329, 337, 361-365, 366, 414, 415, 418, 448, 492, 607, 608, 609, 616
Alexander, L. 53, 178, 437, 439, 593, 601
Alexy R. 117, 118, 140, 156, 157, 158, 159, 222, 268, 288, 290, 291, 298, 299, 438, 441, 443-448, 449, 450, 451, 459
Amselek, P. 42, 47, 56
Anderson, A. R. 57, 58, 97
Åqvist, L. 96, 276, 277, 279
Aristote 19, 26, 55, 111, 233, 527
Arlo Costa, H. L. 202, 274, 357

Asgeirsson, H. 521, 545
Asher, N. 233, 240, 241-243, 244
Atienza, M. 118, 157, 159, 286, 438, 442, 448-452, 458
Atria, F. 139, 166, 171, 343, 410, 421, 429-433, 435, 437, 438, 530, 531, 532, 556
Austin, J. 49, 62, 115, 124, 125, 130, 409, 527
Austin, J. L. 45, 71, 176, 178, 515
Avila, H. 459
Azuelo-Atias, S. 357

B

Bach, K. 354, 451
Bäcker, C. 29, 459
Baier, K. 249
Baker, G. P. 53, 175, 179, 182, 516, 517, 518
Bankowski, Z. 303, 330
Barberis, M. 45, 48, 51, 52, 179, 546
Bayles, M. D. 123, 131, 179, 525

Bayón, J. C. 30, 32, 63, 92, 117, 134, 148,
177, 310, 323, 334, 344, 345, 390,
391, 417, 418, 420, 424, 473

Beaud, O. 56, 249

Beccaria, C. 430, 569, 593

Becher, V. 268, 270, 276

Bell, J. 474

Bench-Capon, T. 293

Bentham, J. 49, 52, 54, 72, 88-90, 92, 108,
114, 117, 120, 121, 122, 124, 129,
130, 131, 136, 172, 173, 175, 176,
224, 250, 326, 327, 347, 430, 463

Bindreiter, U. 59, 225, 253

Bix, B. 166, 515, 518, 526, 528, 530, 533,
540

Black, M. 48, 49, 51, 52, 53, 518, 528

Blackstone, W. 121, 429

Bobbio, N. 41, 45, 59, 107, 131, 132, 344

Boersema, D. 525

Bonevac, D. 95, 99, 233, 240, 241-243, 244

Boonin, L. G. 343, 546

Borowski, M. 444

Bouveresse, J. 516, 517

Bratman, M. 604

Brest, P. 598

Breuker, J. 226

Brewka, G. 210, 213, 257, 262-265, 266,
267, 268

Brouwer B. W. 226

Brozek, B. 204, 280, 301, 310, 520

Brunet, P. 154

Bulygin, E. 43, 48, 55, 56, 60, 61, 63, 65,
69-77, 79, 80-82, 84, 89, 99, 114-
116, 117, 132, 144, 148, 149, 150,
151, 153, 154, 157, 166, 223, 225,
231, 232, 249, 251, 252, 254, 325,
326, 328, 329, 345, 361-365, 366,
448, 483, 492

Burgess, J. A. 508

Burton, S. 117, 470

Bustamante, T. 437, 459, 460, 461

C

Campbell, R. 498, 506

Campbell, T. 409

Caracciolo, R. 48, 76, 154, 268, 329, 414

Carcattera, G. 139

Cargile, J. 498

Carston, R. 170, 540, 552, 553, 590

Castañeda, H.-N. 58

Cavalcante Pequeno, M. 204

Cavell, S. 380, 515

Celano, B. 57, 58, 84, 228, 345, 467, 469,
470, 479-482.

Chapman, B. 17, 25, 28, 166, 388, 392

Chapus, R. 369, 370

Charnock, R. 520, 527, 540

Chérot J.-Y. 181

Cherry, C. 178

Chiassoni, P. 30, 171, 364, 365, 565, 570,
581, 611, 612

Chisholm, R. M. 30, 95-99, 223, 238, 239,
241, 244, 246, 247, 262

Christie, G.C. 126, 287

Churchland, P. M. 36

Churchland, P. S. 36

Cicéron, M.T. 23, 24, 249, 250

Cohen, F. 175

Cohen, M. 470, 471, 472, 476,

Coleman, J. 132, 140, 346, 406, 422, 423,
491

Comanducci, P. 150, 568

Cook, R. T. 501

Cornu, G. 249, 586

Cortell, A. P. 42

Cossio, C. 41

Coval, S. C. 349, 437

Criscuolo, G. 194

Cullity, G. 464, 465

D

Dahlman, C. 423
 D'Amato, A. 124
 Dan-Cohen, M. 121, 122, 123, 131
 Dancy, J. 25, 140, 236, 463, 464, 465, 466,
 467, 468, 470, 478, 479, 484, 486
 Dascal, M. 561, 562, 572
 Davis, J. W. 42
 Demos, R. 175
 Decew, J. W. 95, 100
 Delacroix, S. 375
 Delgrande, J. 202, 203, 219, 241, 242, 276
 Delmas-Marty, M. 154
 Dickson, J. 84, 408
 Dobbins, J. 352
 Downing, P. B. 222
 Duarte, D. 522, 542, 547
 Duarte d'Almeida, L. 63, 67, 77, 121, 126,
 174, 177, 178, 300, 310, 319-325,
 328, 330-335
 Dubucs, J. 29, 191
 Dummett, M. 493, 496, 497, 505, 506, 509
 Dworkin, R. 30, 33, 42, 64, 66, 118, 130,
 135, 156, 166, 207, 223, 406, 412,
 413, 422, 438, 439-443, 444, 446,
 447, 448, 450, 451, 452, 455, 458,
 459, 524, 561, 565, 566, 568, 570,
 573, 596, 598
 Dyzenhaus, D. 8

E

Edgington, D. 494
 Ekins, R. 593, 598, 600, 604
 Elhag A. 226
 Ely, J. H. 592
 Endicott, T.A.O. 166, 421, 424, 425, 493,
 520, 527, 529, 542, 543, 544, 545,
 562, 565, 566, 567, 570, 571, 600,
 601
 Engel, P. 494

Epstein, R. A 183, 305
 Esser, J. 437, 438
 Etherington, D. W. 207

F

Fara, D. G. 497
 Farley, A. 293, 301, 314, 315, 316
 Feinberg, J. 301, 302
 Ferrer Beltran, J. 30, 169, 327, 329, 343,
 345, 350, 366, 426, 547
 Field, H. 504
 Fine, K. 505, 506, 507, 508, 520, 521, 523,
 526
 Finkelstein, C. 172, 173, 301, 392, 393, 394,
 440
 Finnis, J. 149
 Flanagan, B. 552
 Føllesdal, D. 97, 98, 99, 100
 Frank, J. 327, 549, 571
 Frazier, R. L. 175
 Freeman, K. 293, 301, 314, 315, 316
 Freeman, M. 326
 Frege, G. 181, 493, 495, 496, 497, 580
 Fuller, L. L. 347, 349, 410, 411, 413, 431,
 471, 472, 532, 533, 534, 535, 536,
 538, 551, 552, 555, 556, 557, 592,
 606
 Frydman, B. 286

G

Garcia Amado, J. A. 409
 Garcia Maynez, E. 53, 85, 124
 Gärdenfors, P. 272, 273, 274,
 Gardies, J.-L. 55, 562
 Gardner, J. 118, 146, 178, 409
 Gardner, M., 121
 Garner, B. 249
 Gascon Abellan, M. 148, 249, 254, 326

Geach, P. 180, 181
 Gibbard, A. 67
 Gilbert, M. 604
 Girill, T.R. 237
 Giudice, M. 405, 406, 423
 Godden, D. M. 170, 171, 301, 310
 Golding, M. 59, 106, 140
 Gonzalez Lagier, D. 78
 Gordon, T. F. 174, 291, 293, 298, 299, 300
 Grabowski, A. 148
 Green, L. 84, 401, 408
 Greenawalt, K. R. 131
 Grice, P. 353, 354, 356, 357, 533, 552, 555, 562, 563, 564, 575, 576, 583, 586, 587, 589, 591, 593, 609
 Gross, O. 8
 Grzegorzczuk, C. 29, 47, 562
 Guastini, R. 29, 47, 54, 59, 83, 139, 365, 458, 560, 561, 567, 568, 569, 570, 571, 574, 578, 580-584, 586, 587, 591, 606, 607, 611
 Gunther, K. 432, 437
 Gur, N. 401

H

Haarscher, G. 286
 Hacker, P. M. S. 53, 66, 131, 516, 517, 518
 Hage, J. 30, 41, 69, 70, 75, 167, 171, 174, 215, 217-222, 232, 242, 248, 268, 284, 344, 452-458, 459
 Hägerström, A. 47, 175
 Hamblin, C. L. 293
 Hansson, B. 95, 97, 99, 100
 Hare, R. M. 44, 59, 60, 71, 463, 467
 Harris, J. W. 253
 Hart, H. M. 142, 143
 Hart, H. L. A. 12, 29, 34, 35, 47, 50, 51, 59, 60, 61, 62, 63-67, 69, 78, 83, 107, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130-134, 138, 140, 143, 171, 172, 174, 175-184, 186, 187,

223, 280, 284, 285, 289, 301, 302, 304, 306, 308, 319, 320, 321, 323, 325, 334, 335, 337, 341, 342, 343, 352, 356, 374, 390, 401, 404, 421, 422, 425, 430, 431, 436, 437, 441, 442, 443, 449, 471, 472, 510, 513, 515, 524-538, 540, 543, 545, 546, 547, 548, 549, 551, 552, 555, 557, 568, 569, 570, 571, 581, 621, 622

Hart, W. D. 505
 Hatzistavrou, A. 62
 Hauriou, M. 20, 368
 Hayek, F. 471
 Helm, P. 547
 Hernandez Marin, R. 171
 Heuschling, L. 27, 471
 Hilpinen, R. 54, 74, 76, 97, 98, 99, 100, 222, 224, 231, 232, 275, 280
 Hintikka, J. 240
 Holmes, O. W. 126, 176, 475, 593
 Holton, R. 24, 25, 26, 62, 190, 268, 309, 463, 466, 467, 470, 471, 473, 483-488, 490, 547
 Honoré, A. M. 45, 135
 Horgan, T. 74
 Horty, J. 167, 168, 190, 223
 Hruschka, J. 121, 122
 Humberstone, I. L. 508
 Hurtig, K. 240, 243, 244, 246, 465
 Hyde, D. 508, 521

I

Iglesias Vila, M. 491, 533

J

Jackson, F. 202
 James, M. H. 120
 Jeammaud, A. 439
 Jørgensen, J. 55, 73, 74, 117

K

Kalinowski, G. 55, 94, 214
 Kamp, H. 509
 Kant, I. 21, 22, 436, 463, 474, 522
 Kaplan, M. 515
 Katz, J. J. 515
 Keefe, R. 499, 501, 502, 504 505, 508
 Kelsen, H. 41, 42, 44, 53, 56-60, 61, 63, 69, 83, 84, 106-111, 113, 116, 117, 121, 122, 124-129, 130, 131, 132, 134, 137, 144, 145, 147, 148, 150, 222, 223, 226, 228, 229, 230, 249, 250, 251, 252, 253, 266, 270, 326, 327, 330, 361, 433, 438, 460, 572-575, 576, 577, 581, 582
 Kennedy, A. 255
 Kennedy, D. 568
 Kenny, A. 517
 Kervegan, J.-F. 8, 408, 439
 Kocourek, A. 598
 Konolige, K. 194, 195
 Kramer, M. 62, 63, 67, 422, 423, 440
 Kreit, A. 255
 Kyburg, H. E. 207

L

Lance, M. 30, 467, 468, 469, 475, 479, 480, 481, 482, 484, 486
 Langford, C. H. 70
 Langford, M. 70
 Leiter, B. 166, 408, 491, 549, 568, 571
 Levi, I. 191, 202, 272, 274
 Levinson, S. 357, 358
 Lewis, C. I. 97, 202
 Lewis, D. K. 95, 100, 202, 241, 505, 512
 Lifschitz, V. 197, 198
 Lindahl, L. 224
 List, C. 604
 Little, M. 30, 465, 467, 468, 469, 475, 479, 480, 481, 482, 484, 486

Livet, P. 293
 Llewellyn, K. N. 549, 571
 Lodder, A. 200, 264, 293, 299
 Long, M. 469, 370
 Lorenz, K. 292, 293
 Lorenzen, P. 292, 293
 Loughlin, M. 471
 Loui, R. P. 181, 268, 293
 Lyons, D. 117, 422, 529

M

MacCallum, G. 598, 599
 McCormick, N. 43, 64, 66, 67, 117, 119, 140, 157, 158, 159, 165, 170, 171, 308, 310, 351, 352, 432, 433, 435-437, 438, 472, 473, 561
 MacKenzie, J. 293
 Mackie, J. L. 179, 180
 Makinson, D. 265, 272, 273, 274, 280
 Maranhão, J.S.A. 222, 231, 268, 274, 366
 Margalit, A. 523
 Markwick, P. 401
 Marmor, A. 132, 347, 355, 356, 403, 405, 406, 408, 410, 411, 416, 430, 431, 541, 544, 454, 552, 562, 563, 564, 565, 566, 570, 586, 595, 598, 599, 601, 604
 Mathiot, A. 467, 371, 372, 373
 Mazzarese, T. 49, 54, 82, 83, 84, 85
 McCarthy, J. 30, 36, 197-199, 201
 McCarty, L. T. 208, 223
 McDowell, J. 30
 McNaughton, D. 463, 466
 Mendonca, D. 305, 365
 Miers, D. 117, 471
 Mill, J. S. 44
 Millard, E. 29, 65
 Miller, B. L. 525
 Montesquieu, C. de 44, 430, 569
 Moore, G.E. 111, 112, 299

Moore, M.S. 387, 411, 597, 598, 599
 Moore, R(ober) C. 30, 194, 195, 196, 334
 Moore, R(onald) 128
 Moreso, J. J. 34, 53, 54, 81, 93, 117, 135,
 148-151, 157, 327, 422, 424, 425,
 426, 446, 492
 Morreau, M. 240, 241, 242, 493
 Mott, P. R. 100
 Munzer, S. 155, 223, 224

N

Navarro, P. E. 34, 93, 117, 135, 148-151,
 155, 156, 249, 413, 454
 Nawiasky, H. 107, 131
 Neale, S. 593, 594
 Nowak, L. 114
 Nute, D. 30, 214, 215, 216, 219, 237, 238,
 240, 244, 262, 267, 276

O

Olbrechts-Tyteca, L. 286, 287
 Olivecrona, K. 47, 175
 Oller, C. 268, 270
 Opalek, K. 54, 70
 Orunesu, C. 144, 148, 150, 155, 156
 Ost, F. 41

P

Palombella, G. 471
 Parent, X. 189, 290, 293
 Pascal, B. 10, 20
 Pattaro, E. 85, 175
 Paulson, S. 228
 Pazos, M. I. 177, 343
 Peczenik, A. 214, 215, 232, 449, 452-458
 Peña Freire, A. M. 154

Perelman, C. 157, 174, 214, 286, 287, 288,
 290
 Perry, S. 62, 123
 Pettit, P. 604
 Pietroski, P. M. 236, 240
 Pitcher, G. 178, 180, 181
 Platon 19, 48, 233, 287, 472
 Poggi, F. 355, 356
 Pollock, J. L. 30, 304, 232, 245, 464
 Poole, D. L. 30, 194, 257, 258-260, 262,
 263, 265, 266
 Posner, R. 342
 Postema, G. J. 62, 64, 67, 347, 409
 Pradel, J. 122
 Prakken, H. 30, 52, 168, 170, 173, 174, 186,
 187, 189, 193, 195, 196, 203, 204,
 206, 207, 108, 209, 210, 211, 212,
 213, 223, 238, 249, 267, 276, 293,
 294-297, 298, 299, 300, 303, 305,
 309, 310, 315, 316, 317, 318, 324,
 333, 334, 351, 546
 Prieto Sanchis, L. 437, 451
 Prior, A.N. 95, 96, 102, 106
 Pufendorf, S. 428, 429, 438, 556
 Putnam, H. 495, 504

Q

Quiviger, P.-Y. 25, 26
 Quine, W.V.O. 81, 513

R

Radbruch, G. 408
 Radin, M. 571, 597 598
 Raffman, D. 497, 509
 Ratti, G. B. 30, 169, 170, 226, 231, 254,
 268, 343, 345, 350, 366, 410, 356,
 547, 565, 570
 Rawling, P. 463, 466
 Rawls, J. 375-382, 385

Raz, J. 32, 44, 45, 52, 58, 60, 61, 62, 63, 67,
68, 69, 84, 89, 120, 121, 127, 129,
130, 131, 132, 134, 137, 138, 139,
140, 146, 147, 148, 149, 151, 182,
207, 208, 218, 220, 222, 232, 238,
244, 346, 352, 395-409, 411, 412,
416, 420, 423, 424, 425, 427, 440,
441, 442, 443, 449, 453, 459, 478,
483, 595, 599, 617

Recanati, F. 515, 537, 541, 588, 589, 590,
592

Redondo, C. 157, 158, 159, 344, 366, 407,
414, 415, 416, 417, 418, 419, 463,
470

Reiter, R. 30, 167, 168, 190, 191, 192, 194,
195, 196, 201, 203, 215, 279, 285,
290, 294, 332, 333, 334, 337, 341,
344, 357, 358

Rescher, N. 95, 97, 293, 305

Richardson, H. 480

Robinson, P. H. 121, 122, 178

Rodenas, A. 397

Rodriguez, J. L. 30, 84, 95, 99, 144, 148,
149, 150, 156, 228, 310, 334, 345,
365, 366, 367, 385, 390, 395, 413,
414, 416, 417, 418, 419, 547, 606

Ross, A. 28, 51, 53, 55, 62, 65, 69, 73, 74,
81, 84, 85, 92, 94, 102, 103, 125,
144, 147, 148, 176, 226-231, 250,
252, 255, 259, 280, 344, 556

Ross, W. D. 175, 233, 234, 235, 236, 237,
239, 240, 241, 247, 269, 270, 479

Royakkers, L. 80, 168

Ruiz Manero, J. 118, 132, 154, 228, 156,
438, 442, 448-452, 458

Russell, B. 80, 81, 492, 493, 494, 528

S

Sacks, A. M. 142, 143

Sainsbury, M. 494

Saint-Bonnet, F. 368, 369, 370

Sanchez Brigido, R. 326

Sanford, D. H. 495, 496

Sarfati, J.-J. 9

Sartor, G. 22, 29, 30, 33, 37, 167, 169, 170,
173, 174, 200, 211, 219, 222, 238,
248, 262, 265, 266, 274, 293-297,
298, 299, 300, 301, 303-313, 314,
315, 316, 317, 318, 319, 320, 322,
323, 324, 325, 330, 331, 333, 334,
458, 604

Scalia, A. 536, 593, 594, 596

Schauer, F. 15, 18, 33, 53, 54, 146, 169, 349,
381, 382, 383-392, 393, 394, 401,
408, 412, 429, 431, 437, 440, 489,
490, 515, 525, 533, 537, 546, 549

Schlick, M. 529

Schmill Ordonez, U. 53

Schmitt, C. 7, 8, 13, 15

Schroeder, M. 111

Sciaraffa, S. 401

Searle, J. 36, 80, 81, 139, 234, 235, 236,
380, 515, 525, 588, 589, 604

Seleme, H. O. 326

Sellars, W. 96

Shapiro, E. 200, 202

Shapiro, S(cott) 42, 43, 62, 63, 68, 69, 202,
345, 346, 408, 409, 412, 422, 425,
604

Shapiro, S(tewart) 509, 512, 514, 519, 539

Sherwin, E. 53, 593, 601

Shiner, R. 63, 64, 437

Sieckmann, Jan-R. 268, 437

Siltala, R. 59, 352

Sinnott-Armstrong, W. 233, 234, 467

Slob, W. H. 289

Smart, J. J.C. 93

Soames, S. 509-512, 523, 525, 528, 529,
533, 544, 545, 552, 553, 588, 594

Soeteman, A. 54, 58, 79, 95, 268

Solum, L. 470, 471

Sorensen, R. 493, 498, 499, 500, 525, 528

Smith, Joseph, C. 349, 437

Stalnaker, R. 195, 196, 202, 203, 274, 357

Stanley, J. 588, 592

Stavropoulos, N. 177, 184, 546

Stein, J. B. 15, 389

Sterling, L. 200, 203

Stoljar, S. 177

Stone, J. 106

Stranieri, A. 546

Strawson, P. F. 81, 82

Sucar G. 20, 144, 148, 150, 155, 156, 310,
334, 345, 347

Sunstein, C. R. 121, 437, 553

Swain, M. 232

T

Tamanaha, B. 408, 471

Tapper, C.E.H. 123

Tarello, G. 47, 572

Taruffo, M. 327

Thomas d'Aquin 19

Timmons, M. 74

Toh, K. 62, 63, 67

Toulmin, S. 174, 175, 205, 288, 289, 290,
314

Travis, C. 588, 589

Tribe, L. 553

Troper, M. 14, 15, 57, 148, 560, 562, 570,
575-579, 582, 598

Tur, R.T.S. 106, 392, 433, 434, 435, 437

Tusseau, G. 52, 128, 129, 132, 371, 437,
438

Twining, W. 117, 327, 471, 546, 549

Tye, M. 493, 494

U

Ullman-Margalit, E. 305, 317

Unger, P. 496, 497

Urbina, S. 41, 117, 330, 437

V

Van de Kerchove, M. 41, 122, 525

Van der Torre, L. 168

Vasconcellos, F. 117, 170, 268, 435

Väyrynen, P. 465, 466, 467, 470

Vedel, G. 370

Verheij, B. 215, 217, 290

Vernengo, R. J. 59, 63

Vicente, D. E. 144, 149

Vida, S. 93, 94, 95, 97, 100, 101, 111

Vidal-Naquet, A. 9, 23

Villa, V. 64, 422, 561, 583, 590, 591

Vinx, L. 63

Viola, F. 342

Vreeswijk, G. 213, 293

W

Wahlgren, P. 117, 334

Waismann, F. 35, 492, 513-518, 519, 520,
522, 523, 524, 525, 526, 527, 528,
529

Waldron, J. 142, 143, 405, 409, 545, 547,
595, 597, 598

Walton, D. 170, 171, 174, 305, 310, 546

Waluchow, W. 131, 156, 343, 345, 404, 406,
407, 408, 412, 413, 416, 422, 424,
426, 427, 529, 534-538, 560

Wang, P.-H. 401, 437

Wasserstrom, R. 140

Weinberger, O. 48, 69, 76, 77, 94, 139

Wheeler, S. 496

Williams, B. 465

Williams, G. 172, 173

Williamson, T. 493, 494, 495, 498, 499,
500-504, 505, 508, 512, 519, 520,
528

Wintgens, L. J. 64

Wittgenstein, L. 48, 65, 502, 515, 516, 517,
518, 525, 565

Wobcke, W. 274

Wolenski, J. 54

Wright, C. 494, 497

Wright, R. G. 470

Wright, G. H. von 21, 43, 45, 46, 49, 50, 51,
52, 58, 70, 77, 79, 90, 91, 92, 93,
94, 95, 97, 98, 99, 101, 102, 103,
104, 105, 106, 107, 109, 111, 112,
113, 114, 223, 448, 505

Wroblewski, J. 85, 327, 347, 349, 350, 561,
562, 572

Y

Yu, X. 237, 238, 240

Z

Zeleznikov, J. 546

Zorzetto, S. 222, 437



TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....XI

PRÉFACE.....XIII

ABRÉVIATIONS ET NOTATIONS PARTICULIÈRES 1

PRINCIPAUX SYMBOLES LOGIQUES ET MATHÉMATIQUES.....3

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....5

 I. Prendre congé de « l'état d'exception ».....7

 A. « L'exception devient la règle » 9

 B. Cas exceptés et cas exceptionnels 12

 II. L'exception et la règle : enjeux conceptuels.....16

 A. Faire une exception 16

 B. « *Exceptio probat regulam in casibus non exceptis* » 22

 C. Le réquisit de spécificité.....26

 III. Droit et défaisabilité.....29

 IV. Annonce du plan et remarques sur la méthode.....33

PARTIE I.	
ÉLÉMENTS D'UNE THÉORIE	
DES NORMES JURIDIQUES	39
Introduction. Conventions terminologiques	41
Chapitre 1. Normes, énoncés, propositions	47
Section 1. Norme et formulation de la norme	48
I. Norme et dépendance du langage	48
A. Thèse « forte » et « faible » de la dépendance	48
B. Les normes informulées	50
II. Equivalence des formulations et formulations canoniques	52
Section 2. Normes, propositions normatives, énoncés juridiques	54
I. Les propositions normatives sont-elles véritablement descriptives ?	56
A. <i>Rechtssatz</i>	56
B. « Énoncés désengagés » et point de vue interne	60
1. La notion d'énoncé désengagé	60
2. La possibilité d'un point de vue externe modéré	63
II. « Décrire » les normes ?	69
A. Conception expressive des normes et propositions normatives	69
B. Existence, contenu, validité	77
1. La thèse de l'unité des propositions normatives	77
2. Énoncés interprétatifs et énoncés de validité	82
Chapitre 2. Normes conditionnelles et règles juridiques	87
Section 1. Qu'est-ce qu'une norme conditionnelle ?	87
I. Condition de la norme, condition de l'action	87
A. Bentham et les « aspects » de la norme	88
B. Von Wright et les actions conditionnées	90
II. Conditions et implications	92
A. Implications interne et externe	92
B. Le paradoxe de Chisholm et la logique déontique dyadique	95
C. Une interprétation descriptive de l'implication matérielle	100
Section 2. Y a-t-il des normes générales catégoriques ?	106
I. Kelsen et la représentation des normes juridiques	106
II. <i>Tunsollen</i> , <i>Seinsollen</i> et conditionnalité	111

Section 3. Les règles juridiques, normes conditionnelles	113
I. Cas et solutions.....	113
II. La notion de règle juridique.....	116
Section 4. Structure et individuation des règles juridiques.....	119
I. Règles de conduite, règles de décision.....	120
II. Sanction et habilitation : Hart v. Kelsen.....	122
A. Austin, Kelsen et la norme prescrivant la sanction	124
B. Existe-t-il un principe d'individuation hartien ?.....	130
III. Une théorie neutre quant à l'individuation des normes.....	134
Appendice. Sur l'applicabilité des normes juridiques.....	137
I. Application et applicabilité.....	137
A. Suivre une règle, appliquer une règle.....	137
B. Applicabilité conceptuelle et normative	141
II. Applicabilité et validité	143
A. Normes valides, normes applicables : deux ensembles non coextensifs	143
B. Applicabilité « interne » et « externe » : une critique.....	148
III. Applicabilité, justification, exception	156

PARTIE II.

DÉFAISABILITÉ

DU RAISONNEMENT JURIDIQUE.....163

Chapitre 3. Les problématiques de la défaisabilité en droit 165

Section 1. Deux problématiques de la défaisabilité en droit 167

Section 2. La défaisabilité du raisonnement juridique : position du problème 172

Section 3. La notion de défaisabilité chez Hart.....175

- I. Le projet (avorté) de sémantique juridique de Hart.....175
 - A. La théorie originelle : la défaisabilité des concepts juridiques
 - B. Les limites de la théorie originelle.....180
- II. Le prix logique de la défaisabilité.....183

Chapitre 4. Théories inférentielles du raisonnement défectueux	189
Section 1. La modélisation des exceptions	190
I. Quelques outils de formalisation	190
A. La logique des défauts.....	190
1. La notion de théorie de défaut.....	190
2. Conflits de défauts et défauts semi-normaux.....	193
B. Autres théories.....	194
1. Logique autoépistémique.....	194
2. Circonscription.....	197
3. La négation par l'échec en programmation logique	200
4. Logique conditionnelle défectueuse	202
II. Les exceptions « explicites » dans le raisonnement juridique.....	204
A. Une classification des exceptions	204
B. Application de la logique des défauts	208
C. Autres approches	214
1. Peczenik et les « sauts »	214
2. La « logique défectueuse » de Nute	215
3. Aspects de la logique des raisons de Hage et Verheij.....	217
Section 2. Conflits de normes et obligations <i>prima facie</i>	222
I. Théories des conflits de normes	223
A. Contradiction, contrariété, incompatibilité.....	223
B. Ross, Kelsen et la nature des conflits normatifs.....	226
C. Aspects de la controverse Alchourrón/Hilpinen	231
II. Dilemmes normatifs et obligations <i>prima facie</i>	233
A. La notion d'obligation <i>prima facie</i>	233
B. Obligation <i>prima facie</i> et défaisabilité.....	237
1. Chisholm et la défaisabilité	238
2. Formalisations conditionnelles	240
3. Raisons <i>pro tanto</i> , obligations <i>prima facie</i> , règles <i>ceteris paribus</i>	243
III. Métarègles et priorités.....	247
A. « Dérogation »	248
B. Conflits de défauts et priorisations.....	257
1. Le choix de l'explication la plus spécifique.....	258
2. Les sous-théories préférées	262
3. Vers une représentation des métarègles.....	265
Section 3. Les objections d'Alchourrón à la non-monotonie	268
I. Arrière-plan théorique.....	269
A. Logique déontique conditionnelle	269
B. Révision de croyances	272
II. Défaisabilité et révisabilité.....	274
A. Les arguments d'Alchourrón.....	274
B. Examen critique	279

Chapitre 5. Argumentation et procédure :	
la structuration juridique de la défaisabilité.....	283
Section 1. Argumentation et dialectique	285
I. La notion d'argument	286
A. Perelman, l'orateur et l'auditoire.....	286
B. Toulmin et le schéma de l'argument	288
C. Alexy : argumentation et rationalité discursive.....	290
II. Quelques systèmes dialectiques d'argumentation défaisable	291
A. Le modèle de Prakken et Sartor	293
B. Les jeux de plaidoiries.....	298
Section 2. Théories procédurales.....	300
I. Retour à Hart : la notion de <i>prima facie case</i>	301
II. Le modèle de G. Sartor.....	303
A. <i>Probanda</i> et <i>non-refutanda</i>	303
B. Exceptions et conditions négatives.....	306
C. Argumentation et charge de la preuve.....	309
D. Examen critique	310
1. Les critiques de Bayón, Rodríguez et Sucar	310
2. Règles substantielles et règles procédurales.....	311
III. Quelques développements et modèles alternatifs.....	314
A. Le poids des preuves requises.....	314
B. Présomptions et charge de la preuve	316
IV. Le modèle « monologique » de L. Duarte d'Almeida.....	319
A. Le « <i>proof-based account</i> » : prouvé que non- <i>p</i> et non prouvé que <i>p</i>	319
B. <i>D-Facts</i> et <i>non-refutanda</i> : la critique de Sartor par Duarte d'Almeida.....	322
C. Examen critique	325
1. Une théorie raisonnable de la vérité judiciaire	325
2. Ontologie et théorie du raisonnement juridique.....	330
Conclusion de la Partie II.....	337
 PARTIE III.	
DÉFAISABILITÉ DES RÈGLES JURIDIQUES	
ET INTERPRÉTATION.....	339
 Chapitre 6. Défaisabilité des règles juridiques	341
Section 1. Position du problème. Défaisabilité forte et faible.....	341

Section 2. Qu'est-ce qu'une exception implicite ?	346
I. Défaissabilité implicite et exceptions implicites	347
II. L'implicite, une notion ambiguë	349
A. Dispositions implicites et conséquences logiques	350
B. Dispositions implicites et raisonnement par analogie	351
C. Dispositions implicites et implicatures	353
III. Exceptions implicites et arrière-plans normatifs des règles	359
A. La notion d'arrière-plan normatif	359
B. Arrière-plan normatif et lacune axiologique	361
1. La notion de lacune axiologique	361
2. Lacunes axiologiques et défaissabilité	365
3. Un exemple : circonstances exceptionnelles et décision <i>praeter legem</i>	367
a. La théorie des circonstances exceptionnelles	368
b. L'hypothèse des lacunes	371
IV. Deux questions sur la défaissabilité des règles	374
Section 3. Les exceptions et la nature des règles	374
I. Rawls et les deux concepts de règles	375
A. Justification d'une pratique, justification de l'acte	375
B. P-règles et S-règles	378
II. Schauer et la fonction des règles	383
A. Les règles comme généralisations enracinées	383
B. Sur-inclusivité et défaissabilité	387
1. Exceptions et contingences linguistiques	387
2. Défaissabilité des règles et contingences juridiques	389
3. Lorsque la règle « avale » l'exception	392
III. Raz, les raisons exclusives et l'autorité du droit	395
A. Règles et raisons exclusives	395
B. La revendication du droit à l'autorité légitime	399
C. Autorité et défaissabilité	404
Section 4. Défaissabilité, droit et morale	408
I. Défaissabilité et positivisme juridique	409
A. Défaissabilité, identification et application	410
1. Les thèses d'A. Marmor	410
2. Les thèses de W. Waluchow	412
3. Les thèses de J. L. Rodriguez	413
4. Les thèses de C. Redondo	414
5. Les thèses de J. C. Bayón	417
B. Clarifications conceptuelles	418
C. Positivisme inclusif et défaissabilité	422
II. Théories non- ou anti-positivistes de la défaissabilité	428
A. La ligne Pufendorf	428
1. Les thèses de F. Atria	429
2. Les thèses de R. Tur	433
3. Les thèses de N. MacCormick	435

B. Règles et principes	437
1. La théorie de R. Dworkin	439
2. La théorie de R. Alexy	443
3. La théorie de M. Atienza et J. Ruiz Manero	448
4. La théorie de J. Hage et A. Peczenik	452
5. Règles, principes et défaisabilité	458
Section 5. Vers un particularisme juridique ?	462
I. Aperçu du particularisme moral	462
A. Particularisme moral et holisme des raisons	463
B. Particularisme moral et généralisations défaisables	466
II. Particularisme et défaisabilité en droit	470
A. Enjeux normatifs	470
B. Enjeux conceptuels	475
1. La saisie normative de l'antécédent normatif des règles	476
2. Véritables exceptions <i>versus</i> exceptions <i>prima facie</i>	479
3. « <i>That's it</i> » et remplacement	483
Section 6. Conclusion provisoire	489
Chapitre 7. Indétermination sémantique et exceptions	491
Section 1. Sources d'indétermination sémantique	492
I. Prédicats vagues	492
A. Vague <i>stricto</i> et <i>lato sensu</i>	492
B. Tentatives de solution du paradoxe sorite	495
1. Du refus à l'acceptation : « il n'y a rien de tel qu'un tas »	495
2. Approches épistémiques	498
3. Théories sémantiques	504
a. Le <i>supervaluationnisme</i>	505
b. Le <i>contextualisme</i> (variante S. Soames)	509
II. La texture ouverte des concepts	513
A. La notion de texture ouverte	513
B. Texture ouverte et vague	519
C. Hart et la texture ouverte du droit	524
1. Noyau et pénombre	524
2. Ignorance de fait, indétermination des fins	529
Section 2. Exceptions et cas-limites	539
I. Cas-limites : un bilan	539
A. Cas-limites et variations contextuelles	539
B. Conséquences pour la théorie du droit	541
II. Les exceptions sont-elles dues à l'indétermination sémantique des règles ?	545
A. « Les ambulances sont des véhicules... »	545
B. « ... ou bien n'en sont-elles pas ? »	550
Section 3. Conclusion et transition	555

Chapitre 8. Le rôle de l'interprétation dans la défaisabilité juridique	559
Section 1. La notion d'interprétation juridique	561
I. Deux concepts d'interprétation	561
A. Un concept étroit	562
B. Un concept large	567
II. Interprétation et indétermination	568
A. Position du problème	568
B. Le scepticisme interprétatif : une critique	572
1. A la source : Kelsen et la norme comme cadre	572
2. Le scepticisme radical	575
3. Le scepticisme modéré	580
III. Interprétation, autorité, intention	585
A. Un concept d'interprétation	585
B. Contexte et accessibilité	586
C. Raisons pour l'interprétation	593
D. Quelle intention ?	597
Section 2. Défaisabilité et interprétation	605
I. Lacunes axiologiques, défaisabilité et interprétation	606
II. La théorie dispositionnelle d'Alchourrón	608
III. Une théorie dynamique de la défaisabilité	611
 CONCLUSION GÉNÉRALE	 619
 BIBLIOGRAPHIE	 625
 INDEX NOMINUM	 669
 TABLE DES MATIÈRES	 679



LA FONDATION VARENNE

Présidée par Daniel Pouzadoux, la Fondation Varenne, reconnue d'utilité publique, participe à la promotion de la démocratie, de la tolérance et des bonnes pratiques en matière de presse et de communication, au travers de ses nombreux axes d'intervention qui se déclinent en France et à l'international :

- **APPUI À LA PROFESSION**

- par les prix Varenne décernés annuellement aux journalistes, tous médias confondus, sélectionnés par des jurys *ad hoc*, pressentis par la Fondation, parmi les grands noms de la profession ;
- par un soutien aux Écoles de journalisme, sous la forme d'un accompagnement et d'un soutien à la formation, par l'octroi d'aides, sous forme financière ou de dotation en matériel pédagogique ;
- par l'octroi, sous le contrôle de la communauté pédagogique, de bourses aux élèves journalistes à qui leur situation matérielle ne permet pas d'entreprendre ou de poursuivre leurs études en journalisme et communication.

- **ÉDUCATION AUX MÉDIAS**

Ces opérations visent à donner aux jeunes, en collaboration avec les journalistes et les éducateurs, des grilles de lecture et le recul nécessaires à une compréhension responsable de l'information et de la communication. Cette thématique se traduit par des actions réalisées dans les Académies ou au niveau national, avec le Ministère de l'Éducation nationale, les Recteurs et les services académiques, avec, entres autres, la Presse Quotidienne Régionale, le plus souvent représentée par les journalistes de l'ARPEJ.

- **PÉRENNISATION DE L'ACTION D'ALEXANDRE VARENNE**

La Fondation Varenne promeut et met en œuvre toutes actions que son conseil d'administration juge de nature à assurer la pérennisation de l'action d'Alexandre Varenne, dans les domaines liés à ses activités, sa carrière et sa pensée. Ces actions de production et valorisation des savoirs prennent diverses formes et ont conduit à la création de l'Institut Universitaire Varenne.

• L'INSTITUT

Conformément à ses statuts, la principale mission de l'Institut Universitaire Varenne (IUV), créé le 31 janvier 2013, consiste à encourager **la production et la diffusion des connaissances**, tant par l'édition d'ouvrages et de revues que par la réalisation d'études et de rapports, l'organisation de séminaires ou de tables rondes ainsi que de toutes autres manifestations à caractère scientifique.

Organisé autour des objectifs de la Fondation Varenne et fidèle à ses valeurs, l'IUV exerce ses missions dans le cadre des **thématiques** suivantes :

- **Démocratie** (histoire, valeurs et construction) ;
- **Paix** (prévention des conflits, réconciliation et promotion du « vivre ensemble ») ;
- **Presse** (liberté, pluralisme, déontologie et droit de la presse).

Il est présidé par Jean-Pierre Massias, Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour. Magalie Besse en assure la direction.

• NOS ACTIVITÉS

Outre diverses manifestations scientifiques, l'IUV organise tous les ans un **Concours de thèses**. Il permet aux docteurs, dont les thèses ont été sélectionnées par un jury universitaire prestigieux, de voir financer la publication de leurs travaux dans la « **Collection des Thèses** » de l'Institut, diffusée par la LGDJ.

L'IUV édite également trois autres collections, diffusées par la LGDJ.

Généraliste, la « **Collection Colloques & Essais** » permet en premier lieu aux auteurs de promouvoir leurs travaux en constituant un support de publication pour les actes de colloque ou les essais. Les ouvrages portent sur des thèmes variés et liés aux valeurs qui sont au cœur des actions menées par la Fondation Varenne.

La « **Collection Transition & Justice** » se compose ensuite d'ouvrages afférents à la transition démocratique et notamment à la Justice transitionnelle et aux transitions constitutionnelles. Elle comprend d'ailleurs un Annuaire de Justice transitionnelle, préparé par l'Institut et ses partenaires.

Dans la « **Collection Kultura** » sont enfin publiés des ouvrages relatifs aux droits culturels, linguistiques et des minorités et à leurs interactions avec la Démocratie. Ils sont préparés par le réseau international Kultura, auquel l'Institut participe.

L'IUV édite enfin plusieurs revues, dont *Est Europa*, *Les Cahiers du Lonzac* et *Les Cahiers de l'Institut*.

Toutes les informations relatives à nos manifestations scientifiques et à nos éditions sont consultables dans une rubrique spéciale sur le site Internet de la Fondation Varenne, de même que l'ensemble des renseignements nécessaires pour candidater au Concours de thèses ou nous proposer une publication.

<http://www.fondationvarenne.com/>

Pour toute question, n'hésitez pas à nous contacter :

magalie.besse@fondationvarenne.com

Dans la même collection

1. **Albert SALGUEIRO**, *Les modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur*, 2006.
2. **Charlotte FAURE-GAUSSSEL**, *Droit pénal des affaires : étude comparative franco-espagnole de l'infraction*, 2006.
3. **Pierre-Alain COLLOT**, *Le principe de non-discrimination au regard de l'appartenance nationale dans le droit constitutionnel des états tchèque, slovène et hongrois*, 2006.
4. **Jean-Christophe PAGNUCCO**, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, 2006.
5. **Élise CARPENTIER**, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, 2006.
6. **Séverine NICOT**, *La sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne et États-Unis)*, 2006.
7. **Jacques PÉRICARD**, *Ecclesia Bituricensis. Le diocèse de Bourges des origines à la Réforme grégorienne*, 2006.
8. **Aurélien DUFFY**, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni. Recherches sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, 2007.
9. **Olivier LE BOT**, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, 2007.
10. **Odile PERROT**, *Les équivoques de la démocratisation sous contrôle international. Le cas du Kosovo (1999-2007)*, 2007.
11. **Sandrine GODELAIN**, *La capacité dans les contrats*, 2007.
12. **Loïc EYRIGNAC**, *La protection pénale du patrimoine de la société*, 2007.
13. **Jérôme PORTA**, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, 2007.
14. **Charles PAPON**, *Le système financier bourguignon dans la première moitié du XVIII^e siècle (1710-1752)*, 2007.
15. **Inna SHVEDA**, *La liberté de la presse dans la jurisprudence des cours constitutionnelles de la CEI*, 2007.
16. **Sophie FALGUÈRES**, *Presse quotidienne nationale et interactivité : trois journaux face à leurs publics. Analyse des forums de discussion du Monde, de Libération et du Figaro*, 2008.
17. **Laurent DOMINGO**, *Les actes internes du Parlement. Étude sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie)*, 2008.
18. **Alexandra PERI**, *Le pouvoir exécutif dans le processus de formation de la loi dans l'histoire constitutionnelle française*, 2008.
19. **Luc GUÉRAUD**, *Contribution à l'étude du processus coutumier au Moyen Âge : le viage en Poitou*, 2008.
20. **Olivia SABARD**, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, 2008.
21. **Pejman POURZAND**, *L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue. Étude critique de l'enchevêtrement des espaces normatifs*, 2008.
22. **Sébastien PLATON**, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, 2008.

23. **Aude DENIZOT**, *L'universalité de fait*, 2008.
24. **Frédéric GÉA**, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, 2008.
25. **Anne-Sophie MICHON-TRAVERSAC**, *La citoyenneté en droit public français*, 2009.
26. **Frédéric F. MARTIN**, *Justice et Législation sous le règne de Louis XI. La norme juridique royale à la veille des Temps modernes*, 2009.
27. **Guillaume BUSSEUIL**, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, 2009.
28. **Raphaëlle LIROU**, *La Russie entre fédération et empire. Contribution à la définition constitutionnelle de l'État russe*, 2009.
29. **Béatrice DELZANGLES**, *Activisme et Autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2009.
30. **Sophie DREYFUS**, *Généalogie du délit politique*, 2009.
31. **Emmanuelle GINDRE**, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, 2009.
32. **Marcel MORITZ**, *Les communes et la publicité commerciale extérieure. Pour une valorisation environnementale et économique de l'espace public*, 2009.
33. **Renaud BAUMERT**, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, 2009.
34. **Yves PASCOUAT**, *La politique migratoire de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne*, 2010.
35. **Nathalie DROIN**, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, 2010.
36. **Yerri URBAN**, *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, 2010.
37. **Sandie LACROIX-DE SOUSA**, *La cession des droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, 2010.
38. **Julien THOMAS**, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, 2010.
39. **Marion LACAZE**, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, 2010.
40. **Ludivine THOUVEREZ**, *Violence d'État et Médias. Le traitement informatif du GAL dans la presse française et espagnole de référence (1983-1986)*, 2010.
41. **Régis LANNEAU**, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, 2010.
42. **Marie CLARET DE FLEURIEU**, *L'État musulman, entre l'idéal islamique et les contraintes du monde temporel. La relativité de l'impact de l'Islam sur le droit constitutionnel des États musulmans*, 2010.
43. **Snejana DRUȚĂ SULIMA**, *La construction du système électoral en République de Moldavie. Sur la difficile démocratisation d'un État postsoviétique*, 2011.
44. **Carolina CERDA-GUZMAN**, *Codification et constitutionnalisation*, 2011.
45. **Céline FERCOT**, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral. Étude de droit comparé allemand, américain et suisse*, 2011.
46. **Kevin LUCIANO**, *Le droit à l'épreuve des mécanismes offshore*, 2011.
47. **Walter JEAN-BAPTISTE**, *L'Espérance légitime*, 2011.
48. **Fara Aina RAZAFINDRATSIMA**, *Entre droit français et coutumes malgaches : les magistrats de la Cour d'appel de Madagascar (1896-1960)*, 2011.
49. **Florian GRISEL**, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique. Application et création du droit en arbitrage international*, 2011.
50. **Guillemine TAUPIAC-NOUVEL**, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne. Contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation des décisions de justice*, 2011.

51. **Olivier MAETZ**, *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, 2011.
52. **Cécile SALCEDO**, *La transition démocratique sud-africaine. Essai sur l'émergence d'un droit public de la reconstruction de l'État*, 2011.
53. **Alexis LE QUINIO**, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, 2011.
54. **Anne-Élisabeth GAUTIER-BUDAI**, *Les instruments internationaux de lutte contre la criminalité organisée en Europe du Sud-Est*, 2011.
55. **Daniel BERT**, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, 2011.
56. **Diane KHAIR**, *Unité de l'État et droits des minorités. Étude constitutionnelle comparée du Proche-Orient*, 2011.
57. **Nassima FERCHICHE**, *La liberté de la presse écrite dans l'ordre juridique algérien*, 2011.
58. **Emmanuelle GATIEN**, *Prétendre à l'excellence. Prix Albert Londres, prix journalistiques et transformations du journalisme*, 2012.
59. **Valerio FORTI**, *La titrisation des créances en droit comparé. Contribution à l'étude de la propriété*, 2012.
60. **Lionel CHARBONNEL**, *La hiérarchie des normes conventionnelles. Contribution à l'analyse normativiste du contrat*, 2012.
61. **Marjorie DUPUIS-BERRUUX**, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, 2012.
62. **Mathieu JACQUELIN**, *L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, 2012.
63. **Thomas MARTY**, *Une histoire sociale de la réforme électorale sous la Troisième République. Mobilisations politiques et expertise électorale : la question de la « représentation proportionnelle »*, 2012.
64. **Stéphanie MAUCLAIR**, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, 2012.
65. **Florence PERRIN**, *L'intérêt général dans le libéralisme politique. Entre droits et intérêts particuliers (XVII^e-XIX^e siècles)*, 2012.
66. **Olivier PLUEN**, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, 2012.
67. **Frédéric SCHMIED**, *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres. L'invocabilité au service de l'influence de l'Union sur la mondialisation du droit*, 2012.
68. **Sébastien SOULIER**, *La chronique criminelle dans la presse du Puy-de-Dôme de 1852 à 1914*, 2012.
69. **Sylvain CHATRY**, *Le concours de droits de propriété intellectuelle. Essai d'une théorie générale*, 2012.
70. **Nataša DANELCIUC-COLODROVSKI**, *La justice constitutionnelle dans les pays de la CEI : évolutions et perspectives*, 2012.
71. **Elise BERNARD**, *Transitions et mutations de l'État contemporain – le cas serbe*, 2012.
72. **Julien CLEYET-MAREL**, *Le développement du système politique tibétain en exil*, 2012.
73. **Carmen POPOVICI**, *Roumanie : intégration européenne et consolidation démocratique. La révision constitutionnelle de 2003*, 2012.
74. **Clément STEUER**, *Le Wasat sous Moubarak. L'émergence contrariée d'un groupe d'entrepreneurs politiques en Égypte*, 2012.
75. **Sandra VERA ZAMBRANO**, *L'emprise du journalisme échothier ? Les professionnels de la politique dans la presse consacrée aux espaces privés des célébrités (1945-2008)*, 2013.
76. **Manon ALTWEGG-BOUSSAC**, *Les changements constitutionnels informels*, 2013.
77. **Géraldine BACHOUÉ PEDROUZO**, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne. Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, 2013.

78. **Bruno DEMONT**, *L'aléa dans le contrat d'assurance*, 2013.
79. **Mamadou Falilou DIOP**, *Essai de construction de poursuites des auteurs de crimes internationaux à travers les mécanismes nationaux et régionaux*, 2013.
80. **David FEUTRY**, *Plumes de fer et robes de papier. Logiques institutionnelles et pratiques politiques du parlement de Paris au XVIII^e siècle, 1715-1790*, 2013.
81. **Franck JUREDIEU**, *Ratification et acte juridique*, 2013.
82. **Sidi N'DIAYE**, *Le passé violent et la politique du repentir en Mauritanie : 1989-2012*, 2013.
83. **Frédéric OROBON**, *Santé publique et libertés individuelles. L'exemple des conduites par lesquelles on peut se nuire à soi-même*, 2013.
84. **Jérôme PERRIER**, *Entre administration et politique : Michel Debré (1912-1948). Du service de l'État à l'entrée au forum*, 2013.
85. **Émilie MATIGNON**, *La justice en transition. Le cas du Burundi*, 2013.
86. **Rémi OULION**, *Scribes et notaires face à la norme dans la Toscane du haut Moyen Âge (VII^e-XI^e siècles)*, 2013.
87. **Émilie GICQUIAUD**, *L'équivalence en droit de l'entreprise*, 2013.
88. **Thomas PASSOS MARTINS**, *La Cour suprême du Brésil et l'« État démocratique de droit ». Contribution à une théorie de la démocratie réflexive*, 2013.
89. **Richat SABITOV**, *Le fédéralisme russe contemporain et la République du Tatarstan*, 2013.
90. **Alexandre RIÉRA**, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, 2014.
91. **Samuel BENISTY**, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, 2014.
92. **Sophie KURKDJIAN**, *Lucien Vogel et Michel de Brunhoff, parcours croisés de deux éditeurs de presse illustrée au XX^e siècle*, 2014.
93. **Farah SAFI**, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, 2014.
94. **Marie BOKA**, *La CPI entre droit et relations internationales. Les faiblesses du Statut de Rome à l'épreuve de la politique internationale*, 2014.
95. **Dimitri LÖHRER**, *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé. L'exemple de l'ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français*, 2014.
96. **Elsa DÉLÉAGE**, *Les droits de la personne selon l'Église catholique de 1891 à 2013*, 2014.
97. **Antonio MARZAL YETANO**, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, 2014.
98. **Kevin SAULE**, *Le curé au prétoire. La délinquance ecclésiastique face à l'officialité au XVII^e siècle*, 2014.
99. **Mathieu CARPENTIER**, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, 2014.
100. **Christophe OTERO**, *Les rébellions du juge administratif. Recherches sur les décisions juridictionnelles subversives*, 2014.
101. **Thomas BOCCON-GIBOD**, *Autorité et démocratie. L'exercice du pouvoir dans les sociétés modernes*, 2014.
102. **Delphine LECOMBE**, « Nous sommes tous en faveur des victimes ». *La diffusion de la justice transitionnelle en Colombie*, 2014.
103. **Amélie ROBITAILLE-FROIDURE**, *Protection du mineur et Liberté d'expression sur Internet. Étude comparée des droits français et américain à l'aune du droit européen et international*, 2014.
104. **Thibault DOUVILLE**, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, 2014.

Votre Livre de A à Z

Conception

Maquette

Mise en page :

contact@akilafote.fr

Akilafote.com



Diffusion
L.G.D.J - lextenso éditions

