

Paul Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, coll. Le temps des idées, 2012, 647 pages.

Le titre de l'ouvrage de Paul Amselek est admirablement bien choisi. Ces « cheminements philosophiques », bien loin de ces chemins qui ne mènent nulle part de Heidegger, empruntent à tout instant des chemins de traverse, des sentiers inattendus, pour stimuler la réflexion d'une manière toujours originale, au croisement de la théorie du droit et de la philosophie. Car Paul Amselek est philosophe autant qu'il est juriste, et s'il défend la philosophie du droit comme « une branche à part entière de la philosophie » (p.11), il est sans doute, à ses yeux, plus raisonnable d'en charger les juristes, les philosophes qui se sont occupé de droit ayant paradoxalement « particulièrement contribué à déconsidérer la réflexion philosophique sur le droit en développant cette réflexion de l'extérieur, sans chercher à prendre véritablement connaissance des réalités spécifiques de l'expérience juridique, intégrant le droit dans leur système de pensée de façon artificielle et très approximative, en l'identifiant vaguement au concept de justice » (p.10) Si Hegel assumait explicitement cette désinvolture, Kant ne trouve pas davantage grâce aux yeux de Paul Amselek, qui confirme le jugement sévère déjà porté en son temps par Michel Villey sur la *Doctrina du droit*. Riche, touffu, l'ouvrage ne manque pas de surprendre le lecteur universitaire, habitué aux notes de bas de page trapues ; Paul Amselek en prévient d'emblée le lecteur, il s'agit d'une compilation de cours professés, durant vingt ans par l'auteur, augmentée des acquis de ses recherches publiées par ailleurs. Ce livre correspond à « l'état actuel de sa pensée » (p.13). Ces « cheminements » concernent ainsi successivement l'ontologie du droit, la pragmatique langagière juridique, et l'herméneutique des actes de parole du droit.

Le projet de l'« itinéraire 1 », « *Le droit c'est quoi ? Enquête phénoménologique* », se réclame de la méthode phénoménologique husserlienne. Amselek explique ainsi que la « structure typique des choses que l'on classe sous le concept de droit comporte trois grandes séries d'éléments constitutifs » (p.47) : des « éléments génériques », des « éléments spécifiques », et des « éléments particuliers ». Les « choses » en question rentrent dans le genre de la *règle*, elles se spécifient comme règles *de conduite*, parmi lesquelles elles se distinguent des règles éthiques par « des traits typiques ultimes » qui en font ce qu'elles sont, des règles juridiques (p.48). Mais une ontologie du droit ne peut se borner à l'élucidation de ces « traits typiques ultimes », car « une théorie générale des règles n'a jamais vu le jour », si bien qu'il faut en passer d'abord par une élucidation du mode d'être de la règle elle-même. C'est dire l'ambition du projet. Le premier itinéraire va donc s'attacher d'abord à une phénoménologie de la règle en général, avant de passer aux règles de conduite, et enfin aux règles de droit. Le matériau des règles est idéal : « elles n'ont aucune assise dans le monde sensible » (p.65). Paraphrasant heureusement Milan Kundera, Paul Amselek évoque « l'insoutenable légèreté de l'être du droit » (p.60).

Lorsqu'il questionne la réalité de ce monde des règles, dépourvu de phénoménalité, Amselek apparaît plus proche de ces disciples de Brentano que furent Twardowski² et Meinong³ que de Popper auquel il se réfère. Ainsi, lorsqu'il écrit que « certains commentateurs [l'] ont taxé de contradiction et d'incohérence pour avoir affirmé que les règles juridiques étaient réelles après avoir dit qu'elles n'existaient pas, qu'elles étaient des non-existants » (p.78), alors que, comme l'explique Amselek, réalité et existence ne sont nullement synonymes, on songe à Meinong, qui posait la question du statut ontologique de l'objet d'une représentation, et qui entendait former une théorie générale de l'objet qui excède

¹ Michel Villey, Préface à la *Doctrina du droit*, trad. et notes A.Philonenko, Paris, Vrin, 1971

² Kasimir Twardowski, Sur la théorie du contenu et de l'objet des représentations, trad. Jacques English, in Husserl-Twardowski, *Sur les objets intentionnels (1893-1901)*, Paris, Vrin, 1993

³ A.Meinong, *Théorie de l'objet*, traduction et notes Jean-François Courtine et Marc de Launay, Vrin, 1999

et englobe l'ontologie générale, puisqu'elle comprenait ce qu'il appelait des « hors-être » (*Aussersein*) ; comme l'écrivent Jean-François Courtine et Marc de Launay, dans une formule qui s'applique fort bien au projet de Paul Amselek de caractérisation du statut ontologique des règles de droit, « la théorie de l'objet doit par exemple intégrer les objets idéaux qui ont une certaine consistance ou mieux subsistance (*bestehen*), mais qui n'existent pas, qui ne sont rien d'effectif, comme le nombre, l'égalité, la différence etc... »⁴. De fait, « une règle, c'est une *res*, une réalité, un être-là constitué avec de la pensée, mais qui est là selon un mode de présence spécifique : une règle juridique est présente à notre conscience sur le mode particulier de l'outil, et plus précisément de l'outil de direction de la conduite humaine constitué et mis en vigueur dans un certain contexte sociohistorique par des pouvoirs publics » (p.79).

Comme souvent dans cet ouvrage qui est d'abord, il ne faut pas l'oublier, un cours, Paul Amselek se livre ensuite à l'examen critique des thèses qui ont été formulées avant la sienne. Parmi les « réductionnismes » qu'il récuse, vient d'abord celui de Michel Villey, qui réduisait la vocation véritable du droit, selon lui obscurcie par la confusion moderne et subjectiviste avec la morale, au fait d'attribuer à chacun le sien, à l'instar du droit romain qui n'est pas déontique, mais dit ce qui est ou sera (« *suum cuique tribuere* »). Amselek rejette également le réalisme juridique américain, dans la lignée de C.Peirce, W.James, J.Dewey, pour lequel l'obligation juridique n'est que la prédiction de tel ou tel mal qui sera infligé à un homme en vertu du jugement du tribunal, ainsi que la théorie des fictions de Bentham, car « même si les catégories modales des règles juridiques n'ont pas de référent dans le monde extérieur, elles ne sont pas fictives pour autant (p.111), « elles interviennent au niveau des opérations de l'esprit et des outils construits et utilisés par lui, en particulier les règles de conduite »(p.112). Enfin, Amselek reproche au positivisme logique du cercle de Vienne d'avoir réduits les propositions éthiques à une classe particulière d'énoncés non signifiants, qui auraient « la nature de manifestations émotionnelles, d'expressions de sentiments intérieurs au locuteur » (p.113). La définition des règles proposée par l'auteur, dont il propose à l'occasion une nouvelle formulation, selon laquelle elles sont « des outils mentaux donnant la mesure de la possibilité de l'avoir lieu de choses », lui permet de retrouver la fameuse distinction kelsenienne, d'inspiration kantienne, entre *Sein* et *Sollen* : « c'est cette fonction d'étalon que Kelsen a cherché à exprimer en accolant aux normes éthiques l'idée de *sollen*, de devoir-être »(p.119).

La définition de la règle que s'est donnée Amselek lui fournit l'occasion de remettre en perspective les notions d'autonomie et d'hétéronomie à travers lesquelles la philosophie moderne envisage le gouvernement des conduites. Or, l'expérience juridique est l'expérience d'une direction hétéronome des conduites, y compris en démocratie (p.154). En effet, même en démocratie directe, la minorité serait toujours sujette au gouvernement de la majorité, et si même l'on exigeait l'unanimité pour prendre une décision, ceux qui souhaiteraient un changement de législation seraient contraints par ceux – par un seul le cas échéant – qui le refusent. Ce que révèle l'expérience juridique, c'est donc que toute vie en société suppose une part de contrainte ; le droit, en tant qu'ensemble de règles déterminant un agir possible, en est l'organisation. Il n'en reste pas moins qu'il y a toujours composition de l'hétéronomie et de l'autonomie : le gouvernement des conduites n'est possible que si le gouverné y contribue. Bien que Foucault, à qui l'idée de gouvernement des conduites faisait déjà songer, ne soit pas

⁴ *Théorie de l'objet*, op.cit., introduction, p.29

cité, Amselek en est ici très proche : on se souvient que Foucault faisait déjà du « jeu », au sens de l'espace définissant une marge de manœuvre, une condition de possibilité du pouvoir.

Ce premier itinéraire se clôt sur la spécification des règles de droit par rapport aux autres règles, même si, de fait, la définition générale de la règle que devait fournir la première partie s'était d'ores et déjà achevée sur une caractérisation de la règle juridique (p.79). L'entreprise de « dévoilement de l'essence du juridique » (p.258) débute par l'examen des approches classiques, et notamment par celle qui fait de la contrainte l'élément distinctif des règles de droit, que retenaient Carbonnier ou Burdeau. Sur ce point, la réfutation d'Amselek ne convainc pas pleinement ; car si l'on peut admettre l'argument selon lequel les règles juridiques ne sont pas toutes contraignantes (p.230), il ne paraît guère judicieux de faire valoir que ce critère amène à les confondre avec les règles éthiques (p.229) : les règles morales obligent, elles ne contraignent pas, puisqu'elles ne sont assorties d'aucune sanction autre que psychologique. Amselek évoque d'ailleurs, comme un autre critère distinctif de la règle juridique, l'élément du for externe, retenu par Saint Thomas et Kant, pour le rejeter également, par deux arguments : selon le premier, la frontière entre for externe et for interne serait « illusoire » ; le second argument fait valoir que le droit pénal punit la préméditation. Or, Kant, loin de l'ignorer, voyait dans le caractère prémédité un élément essentiel de la définition pénale du crime, alors même qu'il faisait de la séparation du for externe et du for interne le critère de distinction des sphères du droit et de la morale. La critique de Paul Amselek du critère du for externe confond, nous semble-t-il, la question des mobiles et celle de la sphère d'action de la sanction : les mobiles, qui appartiennent au for interne, définissent certes, chez Kant, la moralité de l'action, mais il ne s'ensuit nullement que le droit, en cas de violation de la loi, n'ait pas à les connaître ; la sphère d'action de la sanction, en revanche, est exclusivement, pour le droit, le for externe, puisque la punition ne saurait porter sur la vie intérieure du criminel, alors que dans le domaine moral, elle est exclusivement le for interne, puisque c'est évidemment là que le remords se fait sentir. C'est d'ailleurs pourquoi Kant conjugue le critère du for externe et l'élément de la contrainte comme éléments définitoires du droit. Quoi qu'il en soit, il ne nous semble pas que la définition que propose l'auteur des règles de droit, d'ailleurs extrêmement intéressante, selon laquelle elles sont des outils de direction publique des conduites humaines (p.261), soit incompatible avec le critère du for externe. Cette définition permet d'ailleurs à Amselek de récupérer explicitement certains aspects des définitions précédentes, en les corrigeant : « les normes juridiques ne visent pas nécessairement à régir les comportements des uns à l'égard des autres ; il est plus exact de dire qu'elles ont pour fonction de régler les conduites des uns *et* des autres » ; le droit « détermine, dans une perspective d'ensemble, les marges du pouvoir agir de chacun » (p.263). Même si Amselek ne cite pas ici le philosophe de Malmesbury, on pourrait rapprocher cette définition de celle que donnait Hobbes des lois : « les lois ont en effet été inventées non pour abolir les actions mais pour les diriger, à l'instar de la nature qui a disposé des rives non pour arrêter le cours du fleuve mais pour le diriger. »⁶

Le deuxième « itinéraire », « *Qu'appelle-t-on « édicter des règles juridiques » ?* », est une théorie des actes de langage juridiques. Amselek applique en particulier au droit la distinction des dimensions locutoire et illocutoire des actes de langage, c'est-à-dire la distinction entre ce qui est dit et ce qui est fait en disant. Il entend dès lors montrer « les impasses des ontologies classiques du droit qui s'en tiennent au seul locutoire juridique », et par conséquent « la nécessité de prendre en compte l'illocutoire et de se hisser à la perspective des actes de parole des jurisdiseurs. » (p.302). Comme « Heidegger dénonçait

⁵ Cf notamment *Dits et Ecrits*, Paris, Gallimard, 1994, t.III, p.267

⁶ *Du citoyen*, XIII, 15, trad. Ph.Crignon, Paris, GF, 2010, p. 266

l'oubli par la philosophie occidentale de la dimension d'être sur laquelle se profilent les choses du monde », « on peut pareillement dénoncer l'oubli, par la philosophie juridique, de la dimension pragmatique sur laquelle se profilent les règles de droit » (p.314). Or, « les actes d'édiction de droit sont des performatifs explicites, pour reprendre la terminologie d'Austin, et même des performatifs explicités de façon particulièrement détaillée et édifiante » (p.317). De sorte que l'application de la *speech act theory* au droit, et en particulier la notion d'illocutoire, rappelle cette vérité d'évidence que nous savons toujours déjà que nous avons affaire à du droit lorsque nous abordons un texte de loi, sans avoir à attendre d'en avoir étudié le contenu. C'est la méconnaissance de cette « dimension pragmatique des actes de parole des jurisdiseurs » qui a amené Kelsen à faire de l'ordre du *Sollen* un monde à part et à poser, dès lors, qu'une norme ne peut être créée par un fait, mais seulement par une autre norme. Or, cette conception pose nécessairement le problème de la juridicité de l'acte initial, qui a contraint Kelsen à chercher une « extravagante solution » dans une prétendue « norme fondamentale supposée ». En réalité, note Amselek, les actes originaires « sont tout simplement, par définition même, des actes d'édiction de normes juridiques non juridiquement réglementés », des « actes de fait », qui relèvent de la science juridique « en tant qu'ils édictent du droit, mais non en tant que régis par du droit » (p.347). Étonnamment, Amselek ne se réfère pas ici à Carré de Malberg, qui caractérisait précisément comme un « pur fait », nécessairement extérieur à la science du droit, l'acte constituant originaire⁷. C'est donc le mérite de la *speech acts theory* que de dissuader de semblables constructions, en quelque sorte platoniciennes, de mondes idéaux ; elle montre que les dispositions juridiques – « ne sont que du logos ou locutoire non indépendant, faisant en réalité partie d'actes sociaux d'autorité accomplis par eux » (p.391).

L'itinéraire III, « *Interpréter le droit n'est pas légiférer – problèmes fondamentaux de l'interprétation dans le champ juridique* », propose enfin une herméneutique du droit par comparaison avec l'interprétation d'autres textes. A propos des textes littéraires, Amselek fait valoir qu'il y a une différence fondamentale entre un acte de langage qui commande quelque chose et un récit ; on ne saurait non plus comparer l'interprétation des textes juridiques avec celle d'une pièce de théâtre : « ce genre de comparaison est donc trop superficiel et syncrétique pour être fécond et apporter de réelles lumières » (p.470). La section III du 1^{er} chapitre se livre à une très intéressante comparaison avec les textes sacrés. Trois différences opposent cependant l'interprétation des textes juridiques à celle des textes sacrés : « la clôture des textes sacrés à interpréter, la distanciation radicale des interprètes par rapport à ces textes, les attributs spécifiques que sa nature sacrée attache à la parole à interpréter » (p.476). S'agissant de la clôture du sens, Amselek note cependant que les textes constitutionnels sont ceux qui ressemblent le plus aux textes sacrés. Mais aucun texte juridique n'est intangible par un pouvoir constituant, pas même ceux qui proclament leur propre intangibilité (p.483). S'agissant de la « distanciation », les textes juridiques appartiennent au même monde que l'interprète ; le constituant et le juge opèrent « en proximité » alors que l'interprète du texte sacré est « en totale solitude » par rapport au texte (p.485). Enfin, concernant les « attributs spécifiques que la nature sacrée » du texte attache à la parole à interpréter, on peut être tenté de comparer l'infailibilité divine et la rationalité que l'interprète doit supposer chez le législateur ; mais la doctrine ne se prive pas de formuler des « commentaires appréciatifs négatifs » à propos de celui-ci (p.490).

Au sujet de la liberté de l'interprète, deux grandes thèses s'opposent : celle qui prétend que « l'interprète n'est pas du tout libre » (p.507), et celle qui soutient que c'est lui qui crée le droit. La première s'alimente aux idées de Montesquieu, et de sa conception du juge « bouche de la loi » ; Robespierre disait ainsi que « le mot de jurisprudence doit être effacé de notre

⁷ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, 2 volumes.

langue » (p.512). Les thèses subjectivistes, quant à elles, sont inspirées de la déconstruction derridienne ; « le texte écrit apparaît se réduire à des signifiants (des « graphèmes ») à la dérive, sans ancrage dans un sens ». Citant la phrase de Derrida, devenue « le slogan de la déconstruction », « il n'y pas de hors-texte », Amselek pointe plaisamment la contradiction de Derrida qui « n'envisage en aucune façon que ce qu'il dit soit à géométrie variable au gré du lecteur interprète » (p.534). Parmi les thèses mixtes, selon lesquelles l'interprète est parfois libre, parfois non libre, il cite Hart et sa théorie de la « texture ouverte » du droit. Pour Amselek, la clarté ou l'obscurité ne sont pas des « propriétés objectives inhérentes aux textes juridiques », elles sont générées par l'interprétation elle-même (p.558). Proposant une troisième voie à partir du « recentrage » des thèses objectivistes et subjectivistes, Amselek recourt à nouveau à la fonction illocutoire des textes juridiques : le sens du texte dépend de son contexte d'énonciation. (p.583). Dès lors, « la faiblesse des thèses objectivistes » est de méconnaître que le sens littéral n'est qu' « une base de départ », (p.585), tandis qu'aux tenants de la thèse de la liberté de l'interprète, Amselek rétorque qu'il est soumis à un certain nombre de contraintes qui limitent sa liberté de manœuvre, telles que celles que les textes juridiques eux-mêmes font peser, mais aussi celles, linguistiques et sociales, qu'impose la communauté de communication : « pour les textes juridiques jouent des usages communicationnels reçus de la tradition tant par le législateur que par es interprètes » (p.603).

On l'aura compris, prétendre résumer un tel livre s'apparente à une gageure. Nous espérons seulement avoir réussi à donner une faible idée de la richesse de son contenu et surtout, d'avoir convaincu de l'importance de l'approche philosophique du droit. Car, « macrocosme de l'expérience éthique » (p.48), le droit est au fond le révélateur de l'antinomie de la condition sociale de l'homme, celle du gouvernement de soi et de la vie en société : « c'est parce qu'il est ainsi un être qui se conduit lui-même qu'il est en même temps un être susceptible d'être dirigé ou encadré dans sa conduite par autrui, et que l'expérience éthique à grande échelle en laquelle consiste l'expérience juridique est possible » (p.618).