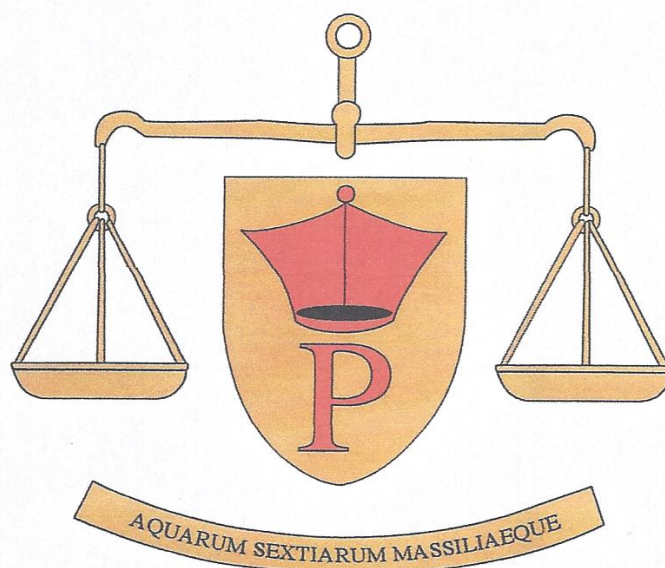


Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF

FACULTAS JURIS



CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

N° 27

LA PENSÉE DE PAUL AMSELEK

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
- 2013 - Numéro spécial -

PAUL AMSELEK ET LA NORMATIVITÉ EN DROIT

Par

Jean-Yves CHÉROT

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. L'ontologie des règles et la normativité

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

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

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

⁸ Cité par Paul Amselek, p. 40.

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

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

Il convient alors de mettre en évidence trois observations.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Paul Amselek cite aussi la célèbre prédication de Holmes :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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