

Brefs prolégomènes à une réflexion sur les rapports du droit avec le possible et l'impossible

Je veux d'abord remercier vivement le Directeur du CERC et son équipe de m'avoir à nouveau invité, bravant ainsi courageusement le risque d'une périlleuse overdose. Je tiens aussi à les féliciter une fois de plus pour le dynamisme constamment insufflé à ce Centre et pour le choix judicieux des thèmes à explorer et à débattre, des thèmes qui sortent souvent des sentiers battus ou qui invitent à s'aventurer sur de fructueux chemins de traverse. C'est encore le cas aujourd'hui avec ce sujet qui nous réunit : « Le droit, le possible et l'impossible », - sujet qui se situe à la croisée du droit et de la philosophie générale dont le possible et l'impossible constituent un chapitre central, mais aussi à la croisée de l'ontologie du droit, de la pragmatique juridique et de la dogmatique juridique.

En essayant de faire un survol et un inventaire ordonné de l'état des lieux, deux grands axes de réflexion se sont dégagés à mes yeux. Du point de vue des données ontologiques, il ressort, de toute évidence, que le possible et l'impossible sont – si je puis dire – en parfaite connivence ou entente avec le droit, ont partie liée avec lui, en

ce sens qu'ils sont des éléments mêmes, des pièces, de son essence. Du point de vue des conditions pragmatiques de l'expérience juridique, en revanche, il apparaît que l'impossible entretient quant à lui des rapports conflictuels avec le droit ; il est incompatible avec lui et met son fonctionnement en porte-à-faux.

C'est autour de ces deux idées que s'articulera successivement et succinctement mon propos : il s'agira seulement, en effet, ainsi que l'indique le titre de mon rapport, de tracer quelques perspectives, de poser quelques brefs jalons, souvent d'ailleurs de faire juste des rappels de choses plus ou moins connues, - en bref une simple mise en bouche en quelque sorte avant les plats de résistance qui seront présentés à votre dégustation par les autres rapporteurs.

I -

Je commence par le point de vue de l'ontologie du droit : possible et impossible font partie de l'essence du droit. On ne peut penser le droit, les normes ou règles juridiques dont il est fait, sans avoir en même temps au moins confusément à l'esprit, en filigrane, les figures du possible et de l'impossible qui habitent en lui. C'est du reste une donnée qui n'est pas propre aux normes juridiques, mais qu'on retrouve dans toutes les règles éthiques ou pratiques, dans toutes les règles de conduite. Toutefois, c'est dans le secteur du droit qu'elle brille de tous ses feux : le terme même de « droit », par quoi on désigne la réglementation juridique, laisse lumineusement transparaître cette appartenance du possible et de l'impossible au concept du droit. Ce terme, en effet, même utilisé d'ailleurs en dehors de la sphère proprement juridique, sur un plan de normativité purement morale ou religieuse, évoque par excellence l'idée de

possibilité pour une personne d'agir : quand on dit que *X a le droit de*, on veut signifier qu'il peut faire telle chose, et quand on allègue qu'*il n'a pas le droit de*, on veut exprimer qu'il lui est impossible de faire cette chose.

Je vais, en premier lieu, analyser de manière un peu plus précise, moins impressionniste, cette implication -cette empreinte- du possible et de l'impossible dans les règles juridiques. J'évoquerai, en second lieu, les vues erronées prétendant nier cette implication.

1/ Les règles juridiques, à l'instar des autres règles pratiques, sont couramment conçues comme servant à diriger les conduites humaines. Mais comment, plus concrètement, sont-elles amenées à jouer ce rôle ? En fixant, justement, à l'intention de ceux à qui elles sont destinées et qui auront à les utiliser dans leur conduite d'eux-mêmes, des marges de possibilité à leurs agissements. On dit souvent qu'elles posent des modèles d'actions à réaliser, -un peu à l'image, sur le plan matériel, des objets-témoins, des prototypes ou archétypes à reproduire utilisés pour les fabrications artisanales ou industrielles ; c'est inexact. Leur vocation véritable est de donner la mesure de la *marge ou degré de possibilité* qu'ont les intéressés de faire telle ou telle chose :

- soit qu'ils ne puissent pas faire cette chose : c'est la figure de l'interdit ou degré 0 de possibilité ;

- soit qu'ils ne puissent pas ne pas l'accomplir : c'est la figure de l'obligatoire ou degré 1 (100%) de possibilité ;

- soit, enfin, qu'ils puissent l'accomplir ou ne pas l'accomplir : c'est la figure du permis ou degré de possibilité intermédiaire entre 0 et 1, correspondant à l'espace interstitiel de possibilité entre l'interdiction et l'obligation.

Les règles juridiques et, plus généralement, pratiques dirigent ainsi la conduite des intéressés en les appelant, non pas à calquer simplement leurs actions sur des modèles, mais à maintenir leur agir à l'intérieur des marges du possible qu'elles fixent. C'est à cette

condition que leurs conduites seront reconnues comme bonnes, dotées d'une valeur positive au regard de la réglementation qui leur est applicable.

Je rappellerai, au passage, que ces règles ne sont pas les seules à opérer dans le champ du possible ; c'est le cas pour la généralité des règles, y compris les règles théoriques ou lois scientifiques : lesquelles, dans leur vocation spécifique d'encadrer, non pas l'action des hommes, mais leur entendement des phénomènes, fixent aussi les marges de possibilité qu'ont ceux-ci de se produire en fonction des circonstances, des données contextuelles, - ce qui vise à nous éclairer, à nous permettre de nous repérer dans l'écheveau luxuriant et entremêlé des productions du réel. Contrairement aux idées reçues, les lois scientifiques ne décrivent pas, ne discourent pas sur les faits eux-mêmes, mais sur les possibilités qu'ont les faits de se réaliser. On le voit bien, d'ailleurs, avec la catégorie des lois significativement appelées « probabilistes » qui ont pour particularité d'indiquer des sous-degrés de possibilité de survenance à l'intérieur du degré intermédiaire entre 0% et 100%, entre le pleinement impossible et le pleinement possible.

Pour compléter cette rapide analyse de l'implication du possible et de l'impossible dans les règles juridiques et pratiques, il ne me paraît pas inutile d'apporter la mise au point suivante. Cette implication ne se situe pas -et ne doit pas être recherchée- sur un plan syntactique, au niveau de l'énoncé du contenu des règles, contrairement à une opinion répandue en particulier en logique déontique, chez les logiciens du droit et des normes, et qui a connu un nouvel essor à partir de la philosophie du langage anglo-saxonne contemporaine, plus précisément à partir de la portée prêtée, du reste bien à tort, à la théorie des « actes de langage » (*speech acts theory*) d'Austin et de Searle.

Il est, en effet, prétendu que les règles de conduite expliciteraient nécessairement dans leur énoncé les idées d'interdiction, d'obligation ou de permission par l'emploi de verbes ou de locutions verbales du

type : « pouvoir », « devoir », « avoir l'obligation de », « il est interdit de », « il est permis de », etc. Il s'agirait là de « foncteurs normatifs » ou « déontiques », qui imprimeraient aux énoncés le caractère d'énoncés de règles ; les énoncés en étant dépourvus ne correspondraient pas vraiment à des règles, mais à de simples assertions théoriques. Cette conception est insoutenable : il suffit, par exemple, de lire notre Constitution ou notre Code pénal pour constater combien la réglementation juridique est loin de comporter systématiquement, dans sa formulation, ces prétendus « foncteurs », tout en conservant intégralement en pratique sa nature et son usage de réglementation. Et inversement, d'ailleurs, des énoncés articulant des « peut », « ne peut pas » ou « doit » ne sont pas nécessairement des énoncés de règles de conduite : si je vous dis que « je dois repartir de Toulon dans deux jours », je ne formule aucune règle, je vous fais simplement part de mes projets.

En réalité, le possible et l'impossible ne logent pas dans la texture formelle sous laquelle les règles de conduite sont énoncées, dans le vêtement linguistique dont elles sont habillées ; ils sont inscrits, plus exactement, dans la fonction virtuellement impartie à ces règles et assumée par elles. Il convient, en effet, de bien distinguer l'énoncé émis par le législateur et la fonction de règle dévolue par lui au contenu de pensée qu'il énonce. La fonction ainsi assignée à ce contenu de pensée implique qu'il est chargé de servir à donner, à ceux à qui s'adresse le législateur, la mesure de leurs possibilités d'agir, qu'il est chargé de leur indiquer ce qu'ils peuvent, ne peuvent pas ou doivent faire, et donc qu'on doit le recevoir et l'utiliser comme tel. En reconnaissant cette fonction, en reconstituant dans leur esprit l'intention qui animait l'auteur de l'énoncé, les récipiendaires vont donc être amenés à voir ce dernier comme un indicateur de marges de possibilités d'agir ; ils vont se trouver a priori prédisposés à y rechercher et en tirer (ou tâcher d'en tirer) par une exégèse appropriée des permissions, des obligations, des interdictions. Il importe peu que le législateur ait employé formellement les termes « peut », « doit »,

« ne peut pas » : la fonction de règle reconnue à ce qui est énoncé branche automatiquement sur un certain registre spécifique d'écoute et d'interprétation, sur un registre déontique. De sorte qu'en fin de compte, ce ne sont pas les prétendus foncteurs « pouvoir » et « devoir » qui donnent à ce qui est énoncé sa nature de norme, mais tout au contraire la fonction de norme préalablement identifiée qui donne à ces verbes leur résonance déontique.¹

Il est à relever, pour clarifier davantage les choses, que même lorsque l'énoncé s'articule autour du verbe « pouvoir » ou bien du verbe « devoir », cela ne veut pas dire qu'on ne pourra en extraire qu'une seule marge de possibilité, celle qui est ainsi formellement étiquetée, une permission ou une obligation. Je cite souvent pour exemple une disposition ainsi libellée : « dans telles circonstances, telle autorité publique peut prendre tel type de mesures après avis de tel organisme ». Cette disposition, en tant qu'elle sert à fixer la marge de manœuvre de l'autorité publique en cause, indique sous une forme compactée tout à la fois une possibilité (prendre ou ne pas prendre les mesures en question), mais aussi des impossibilités (prendre des mesures d'une autre nature que celles autorisées, ou dans d'autres circonstances, - ce qui équivaut à l'obligation de ne prendre que des mesures du type indiqué et seulement dans les circonstances indiquées), et enfin une autre obligation (prendre préalablement l'avis de l'organisme visé, - ce qui équivaut à l'impossibilité d'édicter ces

¹ Il y a une confusion chez les protagonistes de l'idée de « foncteurs normatifs ou déontiques » qui croient pouvoir s'appuyer sur la théorie des actes de langage, et plus précisément sur la catégorie austinienne des « performatifs explicites ». Lesquels sont des actes sociaux accomplis avec des paroles et qui ont la particularité de s'étiqueter expressément, d'afficher la fonction ou type d'activité intersubjective exercée en parlant par le locuteur (par exemple : « *j'ordonne* que » ou « *je commande* que »), par opposition aux « performatifs tacites » (« fais ceci ! », « tu dois faire ceci ! »). Mais ces étiquettes ne sont pas ce qui donne à ces actes leur nature ; la preuve, d'ailleurs, c'est que ceux-ci peuvent se passer d'étiquette. Et surtout, et en tout état de cause, les prétendus « foncteurs normatifs » ne peuvent être assimilés à des étiquettes ou marqueurs d'actes : les règles de conduite ne sont pas des actes, mais des choses, des objets -des outils- mentaux, même si elles sont véhiculées à travers des actes de parole tels que des actes de commandement (qui sont, littéralement, des actes de *mise en main* autoritaire de règles à observer).

mesures sans avoir recueilli cet avis). On voit bien par là aussi la portée limitée de la présence des verbes « pouvoir » ou « devoir » dans l'énoncé des règles.

2/ Je voudrais évoquer maintenant, très rapidement, les vues pour tout dire surréalistes prétendant vider les règles de conduite, et particulièrement les règles juridiques, des figures du possible qui les habitent. Plusieurs courants, en effet, s'inscrivant dans des horizons de pensée, des époques et des régions très divers, ont cru pouvoir bouter la possibilité hors du droit et de l'éthique au nom d'un soi-disant réalisme : les traditionnelles notions de « droits » et d'« obligations » dans le domaine des règles pratiques seraient des notions archaïques, fictives, mystificatrices et en tous cas parfaitement superflues, dont il conviendrait de débarrasser enfin la théorie juridique et éthique en les soumettant au fameux « rasoir d'Ockham ». Ce « réalisme », en voulant ainsi gommer une dimension essentielle des règles de conduite, aboutit à les dénaturer, à les aplatir et les rendre méconnaissables, un peu à la manière d'un soufflé qui s'est complètement effondré sur lui-même et ne ressemble plus à rien après avoir ainsi perdu son relief typique. Et surtout, en privant ces règles de leur identité propre, on prive du même coup l'expérience juridique et éthique dans nos sociétés de toute sa rationalité.

Je rappellerai ici les principales illustrations de ces vues négationnistes. Elles ont toutes pour trait commun de ramener le droit à du factuel, à l'expression de faits : *Law as Fact*, ce titre d'un célèbre ouvrage du scandinave Karl Olivecrona, pourrait leur servir de mot d'ordre standard. C'est ainsi que, dans le cadre de sa théorie des fictions, Jeremy Bentham a été amené à considérer les droits et les obligations comme des exemples particulièrement topiques d'« entités fictives », n'ayant d'autre réalité que purement langagière : l'obligation ne serait qu'une manière de dire que ne pas avoir tel comportement ou, au contraire, dans le cas d'une obligation de ne pas faire, avoir tel comportement va entraîner une sanction ou

désagrément ; et dire que quelqu'un a le droit de faire telle chose signifierait simplement que s'il fait cette chose, il n'encourra aucune sanction. Ces vues tronquées, qui s'harmonisent il est vrai avec les idées utilitaristes soutenues par Bentham, conduisent à faire des règles éthiques, non plus des indicateurs de marges de manœuvre, de possibilité d'agir à respecter, mais des indicateurs de peines ou de récompenses attachées aux différents agissements : c'est à ce rôle de tarifificateur et de simple aiguillonneur que se trouve réduite la fonction de commandement du législateur. On pourrait être tenté de soutenir qu'au moins le Code pénal illustre une telle conception : ce serait méconnaître que les règles de droit pénal sont une branche du droit public et qu'elles fixent bien, comme toutes les règles de conduite, des marges de possibilité, mais à l'agir des autorités publiques répressives et non directement à la conduite des citoyens concernés, même si leur dispositif est en même temps de nature à exercer sur eux des effets incitatifs ou dissuasifs.

Dans le sillage de Bentham, le réalisme juridique américain, qui s'est développé à partir de la fin du XIX^{ème} siècle, a prétendu lui aussi tenir pour fumeuses et mystificatrices les idées de règle, de droits et d'obligations. Selon l'emblématique - mais bien rustique - profession de foi exprimée par Oliver Wendell Holmes, « les prédictions de ce que feront les tribunaux, et rien d'autre de plus prétentieux, sont ce que j'entends par droit...les droits et les obligations, 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 ; il en va de même pour ce qui est du droit » (« The Path of the Law », Harvard Law Review, 1897, vol. 10, p.466). Voilà ce qui s'appelle voir midi à sa porte puisque, je le rappelle, Holmes et la plupart des autres grands ténors fondateurs du réalisme américain étaient...des juges à la Cour Suprême.

Autre courant, qui a prospéré dans la première moitié du XXème siècle dans le prolongement du Cercle de Vienne et sous l'influence des idées émises par Ludwig Wittgenstein dans son fameux *Tractatus logico-philosophicus*, le positivisme logique est une autre illustration pittoresque de l'occultation des figures du possible dans l'éthique et le droit. Selon les thèses développées par son fondateur Moritz Schlick et reprises notamment par l'anglais Alfred Ayer, les règles et les droits et obligations qu'elles véhiculent se ramèneraient en réalité à l'expression d'états psychologiques, à des manifestations d'émotions, de sentiments d'attrait ou de répulsion. « On doit faire telle chose » serait uniquement une façon pour le locuteur d'exprimer que l'accomplissement de cette chose lui plaît, qu'il aimerait qu'elle soit accomplie, ou bien qu'un autre aurait ce désir ; « on ne doit pas faire telle chose » signifierait pareillement que le locuteur ou quelqu'un d'autre répugnerait à son accomplissement ; et « il est permis de faire telle chose, on peut la faire ou ne pas la faire » ne serait rien de plus que l'indication d'une absence de penchant particulier, l'expression d'un état intérieur de neutralité ou d'indifférence à l'égard de la réalisation de la chose en question. Ce psychologisme naïf, qui écrase -et désintègre- l'expérience éthique dans une expérience purement affective, donne lui aussi une vision totalement déformée des règles pratiques et des conditions socio-politiques dans lesquelles elles fonctionnent réellement.

On pourrait citer encore le réalisme juridique scandinave, mouvement qui a également vu le jour au commencement du XXème siècle et qui s'est inspiré à la fois à ses débuts du positivisme logique, et par la suite et de plus en plus du réalisme américain, en particulier chez Alf Ross.

Il ne faut pas oublier, enfin, les conceptions cognitivistes de l'éthique et du droit. Par exemple, dans l'axiologie phénoménologique husserlienne, les règles de conduite sont analysées comme de simples constatations, comme des comptes rendus de l'observation empirique de « valeurs » se donnant objectivement à nous : « on doit faire ceci »

voudrait juste dire « il est bon de faire ceci, faire ceci se trouve sous notre regard doté d'une valeur positive ». Dans le même mode de pensée, quoique développé dans un contexte et dans des termes fort différents, en France la vision jusnaturaliste de Michel Villey l'a amené à prêter pareillement au droit une nature descriptive de données empiriques : le droit, prétend-il, dans son essence authentique « dit » ce qui apparaît à notre observation revenir à chacun ; cette nature foncièrement descriptive serait attestée par l'emploi très général de l'indicatif par le législateur. Lequel se trouve ainsi étrangement relégué dans la fonction de simple narrateur de faits ou, si l'on préfère, d'huissier établissant des constats.

Je n'insiste pas davantage sur ces conceptions totalement irréalistes ou surréalistes auxquelles conduit, au nom d'un soi-disant réalisme, l'occultation du possible et de l'impossible dans l'éthique et le droit. J'en viens à la seconde partie de mon propos.

II -

Si l'on passe du point de vue ontologique au point de vue pragmatique, une donnée ressort au premier plan : l'impossible est incompatible avec le droit et met son fonctionnement en porte-à-faux, le fait disjoncter. On dirait volontiers aujourd'hui qu'il est source de « bug » dans la pratique de l'outillage juridique. On touche ici à des choses connues, mais qui appellent néanmoins quelques clarifications. Je vais tâcher de les apporter en termes schématiques, par un balisage à grands traits susceptible de servir simplement de cadre aux approfondissements de nos discussions. Je propose, dans ce dessein, de distinguer et d'examiner successivement deux grandes séries de cas : ceux dans lesquels il y a une totale incompatibilité pragmatique

de l'impossible avec le droit et plus généralement l'éthique, puis ceux où cette incompatibilité n'est que partielle.

1/ La première série de cas peut être étiquetée par l'aphorisme « A l'impossible nul n'est tenu ». Originellement, il s'agissait d'une locution latine (*Impossibilia nemo tenetur*) qui jouait essentiellement - et qui joue encore - dans le droit des contrats : elle exprimait qu'aucune partie à un contrat ne peut être juridiquement tenue d'exécuter une prestation impossible. Mais cette formule a une portée plus large, dépassant les solutions du droit dogmatique : elle signale que l'impossibilité fait purement et simplement obstacle à la fonction même de direction des conduites que le législateur veut exercer au moyen des règles qu'il met en vigueur : comment, en effet, demander à ceux à qui il s'adresse d'ajuster leurs actes sur ces règles lorsqu'ils se trouvent totalement hors d'état de le faire ? « A l'impossible je suis tenu », proclame en manière de défi Jean Cocteau dans *Orphée* ; mais le législateur n'est pas un poète affranchi des pesanteurs du réel : pour lui, cette impossibilité pragmatique est une barrière à laquelle il ne peut prétendre échapper, sous peine de verser dans l'absurde et le déraisonnable, - dans une expérience juridique de type kafkaïen.

Avant d'aller plus loin, il ne me paraît pas inutile d'ouvrir une parenthèse pour évoquer une autre sentence, elle aussi d'origine latine, qui pourrait sembler de prime abord assez voisine, mais qui n'a pas du tout la même portée : « Nécessité n'a point de loi » (*Necessitas non habet legem*) ou, plus couramment aujourd'hui, « Nécessité fait loi ». Cette formule ne correspond pas, elle, à des bugs techniques dans le fonctionnement du droit ; il s'agit, plus exactement, d'une maxime de bonne politique juridique selon laquelle il est souhaitable, dans les cas de besoin ou de péril extrêmes, d'aller au-delà du droit commun, de lui apporter des tempéraments ou dérogations : par exemple, en excusant le vol de nourriture par des nécessiteux affamés. La nécessité doit entraîner sa propre loi, une loi appropriée, taillée sur mesure. Cette idée de nécessité inspire, notamment, divers régimes

d'exception prévus par le législateur (état de nécessité de l'article 16 de la Constitution, état d'urgence, état de siège,...), ainsi que des régimes dérogatoires de substitution admis par la jurisprudence et tacitement validés par le législateur (théorie des circonstances exceptionnelles, théorie du fonctionnaire et du collaborateur de fait,...).

Pour revenir aux cas, bien différents, d'incompatibilité pragmatique radicale de l'impossible avec le droit, à l'examen deux hypothèses apparaissent se dégager : soit que les assujettis se trouvent dans une totale incapacité de contrôler leur conduite, soit que de leur côté les règles édictées soient totalement insusceptibles d'encadrer leur agir.

Il serait, tout d'abord, insensé de la part du législateur de demander de régler leur conduite à des personnes qui n'ont pas de prise sur elles-mêmes, qui ne maîtrisent pas leurs agissements. Autant vouloir commander à des marionnettes ou des pantins. Cela me fait penser aux savoureux dialogues imaginés par Saint-Exupéry lors de la visite du petit prince au roi de l'astéroïde 325 : « Il est contraire à l'étiquette de bâiller en présence d'un roi, lui dit le monarque. Je te l'interdis ». « Je ne peux pas m'en empêcher, répondit le petit prince tout confus. J'ai fait un long voyage et je n'ai pas dormi ». « Alors, lui dit le roi, je t'ordonne de bâiller ».

L'impossibilité de maîtriser sa conduite peut correspondre à un état structurel, comme c'est le cas pour les enfants en bas âge ou pour les malades privés de conscience ou de raison. Le législateur ne peut prétendre raisonnablement régir leurs agissements qu'au second degré, au travers de représentants agissant à leur place et en leur nom. L'impossibilité de contrôler sa conduite peut revêtir aussi un caractère épisodique, lorsque l'on se trouve dans certaines circonstances empêché de respecter ses obligations par une cause « extérieure, imprévisible et irrésistible », selon la traditionnelle définition de la force majeure : dans ce cas où l'assujetti n'agit pas mais « est agi » tel un jouet, la règle juridique normalement applicable « saute », est mise

hors circuit, et on considère donc qu'il n'y a pas de manquement, même si l'intéressé peut éventuellement engager sa responsabilité sans faute pour les dommages occasionnés à autrui.

La seconde hypothèse de totale incompatibilité pragmatique de l'impossible avec le droit met en cause, non pas le bon exercice des facultés des intéressés, mais le bon exercice de la fonction de gouvernance du législateur. « Soyez réaliste : demandez l'impossible » : ce slogan utopiste attribué à Che Guevara et abondamment ressassé en mai 1968, le législateur serait bien mal venu de s'en inspirer en édictant des règles impossibles à observer, insusceptibles d'encadrer la conduite des assujettis. On ne peut demander « de prendre la lune avec les dents », comme disait Rabelais avec son robuste bon sens. Ainsi, premier cas de figure, de règles qui seraient sans commune mesure avec les capacités humaines d'agir dans le contexte historique de l'époque. Le logicien allemand Karl-Otto Appel a montré qu'une assertion se trouve entachée d'un vice, qu'il qualifie d'« auto-contradiction pragmatico-empirique », lorsqu'il y a contradiction ou incompatibilité entre son contenu et les conditions empiriques de son énonciation. Pour reprendre un exemple souvent cité dans la théorie des actes de langage, si j'affirme aujourd'hui « L'actuel roi de France est chauve », cet énoncé n'est pas du non-sens, il signifie quelque chose, mais en même temps il n'est ni vrai ni faux ; on doit dire plutôt, avec Austin, qu'il ne répond pas aux conditions pragmatiques qu'implique mon acte d'affirmation : lequel est, en l'occurrence, un acte de langage raté, inapproprié, entaché d'« échec ». Il en va exactement de même d'une disposition normative qui serait édictée aujourd'hui par le législateur et qui énoncerait « Tous les actes du roi de France doivent être contresignés par un ministre », ou encore une disposition qui viserait à réglementer les échanges commerciaux avec les autres galaxies ou bien le mariage avec des extra-terrestres : on serait bien toujours en présence d'une réglementation juridique émise par le législateur dans l'exercice officiel de ses fonctions, mais sans emprise -patinant- sur le réel ; en

bref, un raté du législateur. Un raté pas nécessairement définitif : il n'est pas absolument exclu que la monarchie soit un jour rétablie en France ou que, avec les progrès de nos capacités technologiques, le commerce intergalactique et des relations avec des extra-terrestres deviennent possibles et soient alors susceptibles d'être réglementés.

Il peut s'agir également, deuxième cas de figure moins théorique, de l'édition par le législateur de dispositions antinomiques, impossibles à pratiquer en tant que telles puisqu'on ne pourrait obéir à l'une sans contrevenir à l'autre, sauf à une exégèse appropriée des organes publics d'application de faire habilement disparaître le conflit.

On pourrait mentionner encore d'autres cas de figure similaires de ratages du législateur sources de bugs dans le fonctionnement du droit, de disjonction, d'interruption du courant entre le législateur et ceux dont il veut diriger la conduite. Je citerai, en particulier, la mise en vigueur de dispositions obscures, incompréhensibles, dénuées de sens, ou encore de dispositions appelées improprement « non normatives », c'est-à-dire en réalité des dispositions constituées en règles et émises comme telles par le législateur mais inaptes à remplir en pratique cette fonction de direction de conduite qui leur a été assignée, - des dispositions du type de celle énoncée à l'article 1^{er} de la loi du 3 janvier 1977 : « L'architecture est une expression de la culture » ; essayez donc de régler votre conduite là-dessus !

2/ Il faut évoquer, en second lieu, des cas dans lesquels l'incompatibilité pragmatique de l'impossible avec le droit n'est pas totale mais seulement partielle. Je propose d'en discerner deux variétés.

Il arrive, tout d'abord, que les assujettis se voient appliquer des règles juridiques sur lesquelles ils étaient dans l'impossibilité d'ajuster leur conduite, faute d'en avoir connaissance. Loin de considérer cette ignorance de la réglementation applicable comme un obstacle pragmatique à son fonctionnement, le droit consacre officiellement la solution inverse : à travers la présomption irréfragable de l'adage

« Nul n'est censé ignorer la loi », on entend bien signifier que le droit n'est nullement empêché de jouer lorsque les intéressés n'avaient pas réellement connaissance des règles qu'ils avaient à observer. Sans doute, on n'est plus à une époque où le législateur pouvait se livrer à des manœuvres perverses comme celles, évoquées par Hegel, de Denys l'Ancien, le tyran de Syracuse, qui n'hésitait pas à rendre les lois promulguées inaccessibles aux yeux des citoyens en les affichant très haut. Aujourd'hui, les modes de publication, de diffusion et d'entrée en vigueur des normes juridiques sont minutieusement réglementés ; mais même lorsque, malgré les procédures ainsi aménagées, les intéressés se trouvent dans l'ignorance des règles qui leur sont applicables, celles-ci n'en continuent pas moins de jouer.

C'est le cas aussi, de manière plus spécifique, lorsqu'une législation vient à s'appliquer fortuitement en droit international privé par le jeu aléatoire des règles de conflit de lois, ou encore lorsque, par un revirement abrupt de jurisprudence, le juge est amené à attribuer une signification nouvelle à une règle ancienne et à appliquer ainsi aux parties au litige -et virtuellement à tous ceux qui se trouvent dans la même situation juridique- une règle différente de celle qui avait été antérieurement portée à leur connaissance.

On peut également citer, dans un ordre d'idées analogue et toujours dans cette première variété de cas, les dispositions juridiques dites « rétroactives » : ces dispositions reviennent, comme on sait, à donner après coup à des faits accomplis ou à des situations révolues des conséquences -et spécialement des conséquences pénalisantes-nouvelles qui n'étaient pas celles que la réglementation attachait alors à ces faits ou situations, - des conséquences que les intéressés ne pouvaient prendre en compte, auxquelles ils ne pouvaient s'attendre à l'époque. C'est ce qu'illustrent, tout spécialement, les dispositions fiscales rétroactives rendant passibles d'impôts nouveaux des faits réalisés avant leur édicton, ou encore les dispositions répressives, civiles ou pénales, rendant passibles de sanctions des faits antérieurs

qui n'étaient nullement tenus pour délictueux au moment de leur accomplissement.

Dans tous ces cas, l'impossibilité pour les assujettis d'être dirigés ou orientés par les règles en cause n'empêche pas le jeu de ces dernières. Ici, il n'y a pas de bug, le courant passe, le droit fonctionne ; il fonctionne toutefois, si j'ose dire, à cloche-pied, sur un seul pied, en ce sens qu'une seule de ses fonctionnalités est mise en œuvre. C'est que les règles de conduite peuvent se prêter, en réalité, à une double fonctionnalité ; Kelsen, notamment, l'a parfaitement mis en relief en évoquant l' « obéissance » au droit et l' « application » du droit comme deux usages distincts des règles édictées par le législateur. D'une part, dans leur vocation primordiale, ces règles permettent d'encadrer les agissements des assujettis en leur fixant les marges du possible. Mais elles permettent également, d'autre part, en liaison indissociable ou interface avec cette fonction, à la fois aux assujettis et aussi à des tiers, de contrôler lesdits agissements, de vérifier leur conformité ou leur non-conformité à ce qui était légalement requis. Précisément, que les assujettis aient été dans l'impossibilité d'observer la réglementation faute d'en avoir eu préalablement connaissance, n'est pas un obstacle technique à ce que des tiers, c'est-à-dire au premier plan dans l'expérience juridique les organes publics administratifs et judiciaires, puissent leur appliquer cette réglementation et en tirer toutes les conséquences qu'elle prévoit. Il n'y a pas d'obstacle ou bug technique, même s'il est permis, au moins dans les cas les plus choquants comme l'édition de lois rétroactives, d'émettre des réserves sur un plan d'équité et de considérer que ce fonctionnement partiel de l'outillage juridique est aussi peu satisfaisant et frustrant que la participation à un jeu dont on ne connaît pas les règles ou dont les règles sont changées au cours même de la partie.

Il y a une seconde variété de cas d'incompatibilité pragmatique partielle de l'impossible avec le droit, une variété fort différente de la précédente et que je veux évoquer très brièvement : il s'agit des cas

dans lesquels le législateur reconnaît des droits à des personnes qui sont hors d'état d'en profiter pleinement, soit que l'action permise, soit que l'abstention autorisée se trouvent hors de portée de leurs possibilités matérielles, et notamment de leurs moyens économiques. La critique marxiste du droit des démocraties bourgeoises a mis particulièrement l'accent, comme on sait, sur l'ouverture de tels droits, dénoncés comme des mystifications, des coquilles vides ; on retrouve aujourd'hui une semblable analyse dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme lorsqu'elle juge dans ses arrêts que « la Convention (Européenne) a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs » (9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*), et qu'elle exige, le cas échéant, de la part des Etats qu'ils procurent aux bénéficiaires les moyens nécessaires à la jouissance effective de leurs droits. Il reste que, dans ces cas non plus, on n'est pas en présence d'un bug technique véritable dans l'expérience juridique ; la réglementation édictée en cause ne se trouve pas en état de disjonction, de rupture complète de contact avec les conduites des assujettis. Les droits qu'elle énonce, en effet, dans leur essence même, donnent la possibilité aussi bien de faire ce qui est permis que de ne pas le faire, - le permis n'est pas obligatoire par définition ; de sorte que, quelle que soit la conduite suivie par les intéressés, on reste, si l'on peut dire, « dans les clous » du droit, dans les marges du possible juridique. Toutefois, là encore, cette réglementation apparaît fonctionner à cloche-pied dans la mesure où les bénéficiaires ne peuvent accéder en pratique qu'à une de ces deux options qui leur sont théoriquement ouvertes, et à la moins avantageuse pour eux : celle dont le législateur affichait formellement vouloir les faire profiter leur est précisément fermée.

Me voici enfin arrivé au bout de ces trop longs « brefs prolégomènes ». Il ne me reste plus qu'à vous remercier pour votre patiente attention...à laquelle pourtant vous n'étiez pas tenus !

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