

LE DROIT EST-IL UNE REALITE ?¹

Chers Collègues et Amis,

Je remercie vivement les organisateurs de ce séminaire de me donner l'occasion de venir vous parler d'un sujet fondamental qui me tient particulièrement à cœur et qui est au centre de mes réflexions théoriques sur le droit : le droit est-il une réalité ?

Je laisserai ici de côté les notions de « droit réel » utilisées couramment dans la théorie juridique et selon lesquelles le droit édicté par les autorités compétentes ne serait du vrai droit, du « droit réel », qu'à la condition que ses dispositions ne soient pas odieuses (par exemple, le droit de l'Etat nazi ne serait pas du « droit réel ») ou encore à condition que ses dispositions soient effectives, effectivement appliquées, ne restent pas lettre morte (tel est le sens de la fameuse distinction lancée en 1910 par l'américain Roscoe Pound dans son article intitulé précisément « *Law in books and law in*

¹ Conférence prononcée le 24 avril 2014 au Centre d'Etudes et de Recherches sur les Contentieux de la Faculté de Droit de Toulon

action »). Mon propos ne se situe ni dans une optique moraliste, ni dans une optique scientiste : ce qui m'intéresse, c'est de rechercher, d'un point de vue purement ontologique, si le droit édicté, qu'il soit ou non monstrueux, qu'il soit ou non suivi d'effet, est une réalité, si on peut le tenir pour une réalité au même titre que toutes celles que nous considérons usuellement comme telles.

Je ne vais pas me lancer dès le départ dans des développements théoriques approfondis autour de la notion même de réalité ; je préfère procéder peu à peu, chemin faisant, à une élucidation par touches successives. Pour l'instant, je me contenterai de dire que pour moi une réalité c'est une chose, une « *res* » (c'est de ce terme latin que découle, je le rappelle, le mot même « réalité »), - une chose, une « *res* » dont on peut faire l'expérience, qui peut être éprouvée dans une conscience comme étant là présente, comme ayant lieu, occupant un lieu (ce que traduit la formule « il y a ») et opposant en quelque sorte la résistance et l'opacité de sa présence.

Cela dit, dans les conceptions relatives aux rapports entre droit et réalité, je veux dénoncer d'emblée deux grands travers. Le premier, qui est le plus connu, celui qui a surtout retenu l'attention, c'est un travers d'hyper- ou sur-réalisme. Je vise par là les courants de pensée attribuant aux règles juridiques une réalité extérieure, transcendante, indépendante des hommes, une présence qui se donnerait objectivement à leur conscience comme toutes les autres choses naturelles qui peuplent le monde et font partie de son mobilier ; la seule tâche des pouvoirs publics serait d'en rechercher et d'en fixer les dispositions. Il s'agit là des conceptions « jusnaturalistes », conceptions qui remontent à la nuit des temps, mais restent encore très prégnantes, sans doute parce qu'elles correspondent à une soif d'absolu spontanément ressentie, au besoin de l'être humain d'échapper à sa solitude et de soustraire le domaine des valeurs à

l'arbitraire de sa volonté et de ses choix. On retrouve, d'ailleurs, quoique resté beaucoup plus insidieux, un travers identique à propos d'une autre catégorie de règles pensées précisément de longue date, par penchant anthropomorphique, sur le modèle des lois juridiques : je veux parler des règles formulées par la science, qu'on dénomme traditionnellement de façon on ne peut plus significative « lois », « lois de la nature » : on continue couramment, encore aujourd'hui, à les assimiler plus ou moins sourdement à une variété particulière de règles juridiques ou en tout cas éthiques, à des lois présentes en tant que telles dans le monde, immanentes à lui, des lois faites pour la nature, la régissant, auxquelles elle aurait à obéir dans ses comportements, et que le savant ne ferait que découvrir, que lire en filigrane à travers ses observations des phénomènes naturels. Dans les deux cas, on se trouve en présence d'une hypostase des productions de l'esprit humain, c'est-à-dire d'un déni de paternité de ce dernier, d'une tendance à s'occulter lui-même et à prêter une réalité objective extérieure à ses propres œuvres, à ses propres créations.

Mais il y a aussi, à l'inverse, très répandu dans le domaine du droit et plus largement de l'éthique, un autre travers que l'on peut qualifier d'hypo- ou sous-réalisme : il consiste à réduire les règles à leur seul dispositif, au seul contenu de pensée dont elles sont faites ; cela revient à les néantiser, à annihiler leur chose même, à gommer leur relief particulier, les traits distinctifs essentiels par quoi elles se donnent comme des choses d'un certain type, et à les traiter comme du pur logos, comme de simples séquences de pensée discursive, comme du tissu ou flux de pensée sécrété par notre activité mentale. C'est comme si on réduisait les maisons à de la pierre ou les automobiles à de la ferraille. Une chose, on le sait depuis Aristote, ce n'est pas seulement de la substance, de la matière, mais un combiné de substance et de forme : ce n'est qu'une fois informée, enfermée dans

les barrières d'une forme, que la substance se trouve délimitée et déterminée ; et c'est alors seulement qu'elle devient une *res*, une chose distincte et identifiable à ma conscience.

En pratique, cet hypo-réalisme se trouve développé selon deux variantes. Dans la première, le logos en question est rattaché à des activités à caractère général de l'esprit, à des registres fonctionnant également dans d'autres domaines que ceux du droit et de l'éthique. Je vise ici les conceptions psychologues illustrées notamment, dans la première partie du siècle dernier, par le positivisme logique et réduisant les règles juridiques et éthiques à une forme d'expression d'états affectifs d'attrait ou de répulsion éprouvés par le sujet locuteur : « on doit faire telle chose » serait uniquement une manière pour le locuteur de manifester un ressenti intérieur, d'exprimer que l'accomplissement de cette chose lui plaît, qu'il aimerait qu'elle soit accomplie ; « on ne doit pas faire telle chose » serait pareillement une manière d'indiquer qu'on répugne à son accomplissement. Mais je vise aussi, dans cette première variante, les conceptions soutenues par le réalisme juridique américain ou scandinave, en particulier dans l'œuvre d'Alf Ross, et ramenant les règles de droit à la description de pré-visions, de choses vues par avance, en l'occurrence ce que le juge sera amené à décider dans telles ou telles circonstances : par exemple, une règle de droit pénal ne serait que la description de ce qui attend celui qui commettrait tel acte délictuel, à savoir l'infliction de telle sanction par le juge répressif ; de même, une règle permissive permettant de faire telle chose reviendrait simplement à décrire l'attitude punitive que ne manquerait pas d'avoir le juge si un tiers s'avisait d'empêcher l'accomplissement de la chose en question.

Selon une seconde variante, les règles juridiques et éthiques seraient du logos correspondant à un registre spécifique d'activité de pensée, à un mode logique particulier réservé au seul domaine de

l'éthique et du droit et qui en serait la marque même : tel est le sens de la fameuse distinction entre *ought* et *is*, *sollen* et *sein*, *être* et *devoir-être*, traditionnellement développée en philosophie morale et juridique depuis Hume et Kant, et plus près de nous Kelsen. Les normes seraient un mode de pensée en *sollen*, par opposition au mode de pensée en *sein* qui serait, prétend-on, utilisé pour rendre compte des faits, des réalités, pour décrire ce qui est, et non pour exprimer ce qui doit être. Un segment de pensée en *sein* serait du descriptif, un segment de pensée en *sollen* serait du normatif. Quoique formulée en des termes un peu différents, c'est une thèse similaire, assimilant les règles juridiques et éthiques à un certain régime de fonctionnement de la pensée, que René Capitant avait exposée au début du siècle dernier dans sa thèse de doctorat restée fameuse sur « l'impératif juridique » : « l'impératif et l'indicatif, écrivait-il, sont deux modes de la conjugaison des verbes. Ces deux modes traduisent deux notions distinctes que l'on peut dénommer également impératif et indicatif...L'opposition entre indicatif et impératif est l'opposition entre ce qui est et ce qui doit être » (*Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, Faculté de Droit de Paris, 1928, p.1).

Toutes ces conceptions que je viens de rappeler reviennent à nier que les règles éthiques et juridiques soient des *res*, des réalités d'un type déterminé; elles ne seraient que des segments de pensée, de la substance intelligible. Pour courantes qu'elles soient, ces conceptions me paraissent totalement erronées : ces règles, telles qu'elles sont élaborées, mises en circulation et utilisées, sont bel et bien des choses, des choses certes construites par l'esprit et qui appartiennent à son domaine et non à celui du sensible. Elles ne sont pas fabriquées avec de la matière physique, mais avec de la pensée, du matériau idéal ; et cependant, aussi paradoxal que cela puisse paraître de prime abord, elles n'en sont pas moins des réalités que celles du monde sensible.

C'est ce que je veux démontrer, en me focalisant sur les règles juridiques qui nous intéressent tout spécialement et en développant successivement les deux arguments suivants : 1/ les entités-règles constituant le droit sont des répliques mentales d'outils que nous utilisons couramment dans le monde physique et dont nous ne mettons pas en doute la réalité ; 2/ la nature mentale de ces entités ne fait pas obstacle à leur réalité.

Premier argument : *les entités-règles qui constituent le droit sont des répliques mentales d'outils du monde physique*

000

Dans un de ses derniers ouvrages, Françoise Héritier définit très justement les métaphores comme des « courts-circuits de la pensée », des « raccourcis fulgurants » par lesquels l'esprit « extrait l'essence du réel » « sans passer par le truchement d'une pensée analytique et explicative abstraite » (*Le goût des mots*, Odile Jacob, 2013, p.46 et 36-37) ; c'est en ce sens que Hannah Arendt invitait à « penser poétiquement ». J'ajouterai que les « métaphores blanches », comme on les qualifie depuis Jacques Derrida et Paul Ricoeur, c'est-à-dire celles qui ont subi l'usure du temps et ne renvoient plus à notre conscience l'image originellement déposée en elles, sont de providentielles aubaines pour les théoriciens qui prennent la peine de s'y arrêter et de les réactiver. C'est bien ce qu'illustre par excellence ce qu'on appelle des « règles » ou « normes ». Ces dénominations sont issues des termes latins *regula* et *norma* (du grec *gnômon*) ; lesquels désignaient à l'origine des outils matériels, des règles ou des équerres, c'est-à-dire des outils-étalons donnant la mesure de la droiture des lignes ou des angles : les tracés qui épousent exactement leur configuration, qui entrent exactement dans la marge dessinée par leur

bordure extérieure, ni en-deçà ni au-delà, ont valeur de lignes droites ou d'angles droits. Ces outils permettent à la fois de réaliser des tracés rectilignes ou rectangulaires et de vérifier la rectilinéarité ou la rectangularité des tracés déjà effectués.

Si on est passé, par dérivation métaphorique, du concret à l'abstrait, si on a utilisé ces étiquettes « règles » ou « normes » pour désigner – ce qui n'allait pas de soi à première vue – des entités du monde intelligible, c'est bien par un fulgurant éclair de l'esprit, une lumineuse et fugitive aperception de leur analogie ontologique avec les entités du monde sensible que dénommaient jusque là ces termes : « bien faire des métaphores, disait Aristote, c'est voir le semblable » (*La Poétique*, chap. XXII, 1459 a 2-4). Les règles ou normes éthiques et juridiques, comme également les règles ou lois scientifiques, sont, en effet, des outils-étalons fonctionnant sur le même principe que ceux que nous utilisons couramment dans le monde sensible, avec la simple différence qu'il s'agit d'outils-étalons mentaux opérant uniquement dans notre esprit, dans notre univers intérieur, et plus précisément d'outils donnant la mesure du possible. Sous ces particularités, on se trouve fondamentalement dans la même gamme d'outils. Je vais tâcher de dévoiler progressivement cet apparemment, en me plaçant successivement au niveau des règles ou normes en général, puis au niveau plus spécifique des règles de conduite ou règles éthiques, et enfin au niveau particulier des règles de conduite juridiques, qui constituent le droit.

1 / Les règles en général, de quelque nature qu'elles soient, se donnent bien à notre conscience, lorsqu'on s'y arrête avec attention, comme des outils mentaux donnant la mesure du possible. En m'exprimant ainsi, je le précise, il ne s'agit pas de ma part d'user d'une métaphore, comme l'a écrit hâtivement un de mes

commentateurs (Alexandre Viala, « A propos d'un ouvrage récent, les cheminements philosophiques de Paul Amselek dans l'univers des normes », *Revue du Droit Public*, 2013, p.1380 et 1387) ; je ne fais pas état d'une analogie, mais de l'identité même des règles, de leur mode d'être : les règles ne sont pas *comme*, elles sont *des* outils-étalons, des outils-étalons mentaux. Elles sont *comme* les réglettes et équerres du monde sensible : là, il y a rapprochement analogique, métaphorique ; mais précisément cette analogie repose sur leur nature commune d'outils-étalons.

L'essence même d'outils des règles, tout d'abord, perce à travers la terminologie couramment usitée, particulièrement dans l'expérience juridique : on parle de « pratiquer », d' « appliquer » des règles, de « pratiques », d' « usages », de « mise en œuvre » de règles, - toutes expressions qui renvoient aux idées d'outil et d'utilisation. Et de même à propos du droit-ensemble de règles, on dit communément qu'il constitue une « technique », une « technique de contrainte » (selon Kelsen et les courants positivistes) ou encore une « technique de contrôle social » ou « d'ingénierie sociale » (expressions mises en vogue par Roscoe Pound et la théorie sociologique du droit américaine).

Sans doute ces outils sont-ils d'un type spécial : ils n'ont pas de texture physique, perceptible, palpable ; ils sont immatériels. Le matériau dont ils sont faits est purement idéal, constitué de pensée, de représentations intellectuelles. J'aime à parler, à ce propos, par référence au magnifique titre de l'ouvrage connu de Milan Kundera, de « l'insoutenable légèreté du droit ». Il n'est pas possible de prendre une règle dans sa main : je peux, certes, arracher une page d'un code juridique et la brandir ; ce faisant, je ne ferai que brandir un morceau de papier et certainement pas des règles de droit, même si sur ce morceau de papier se trouvent imprimés à l'encre des caractères

correspondant à l'énonciation écrite de normes juridiques. Les règles ne se confondent ni avec le papier, ni avec l'encre, ni avec les signes graphiques que l'encre donne à voir sur le papier. Ce qui constitue leur substance, c'est le sens, la pensée encodée dans ces signes scripturaux. On ne peut pas non plus se communiquer des règles directement, pour ainsi dire de la main à la main, comme on peut le faire pour des outils physiques : les règles ne sortent jamais de notre univers intérieur, elles circulent entre les esprits par le truchement de signaux écrits ou oraux véhiculant les séquences de pensée dont elles sont faites, signaux qu'il faut non seulement capter, percevoir, mais ensuite déchiffrer, interpréter, pour reconstituer intérieurement les séquences de pensée qu'ils visent à évoquer dans notre esprit et pour rendre ainsi les règles présentes en nous.

Mais les règles ne sont pas pour autant de simples segments de pensée. Une règle, c'est très exactement de la pensée chosifiée, réifiée, informée par une intention humaine sous-jacente et fondatrice qui en a fait un outil en lui assignant de l'extérieur, comme pour tout outil, une certaine utilité, une certaine vocation à *servir à*, à rendre des services prédéterminés ; c'est, en d'autres termes, de la pensée ou substance intelligible finalisée, cette finalisation ne faisant pas partie de cette substance et ne se donnant pas avec elle, mais lui étant transcendante et s'ajoutant à elle. En l'occurrence, la vocation la plus générale des règles est de servir d'outils-étalons, de mesures. On parle couramment, dans l'expérience juridique, d'adopter des règles ou de *prendre des mesures* ; et ce n'est pas pour rien, d'ailleurs, que le droit est symbolisé par une balance et se trouve ainsi placé sous le signe des poids et mesures. Plus précisément, les règles sont des outils de référence servant à donner, à ceux à qui elles sont destinées, la mesure du possible, à leur indiquer les marges (ou degrés) de possibilité de

l'avoir-lieu de choses. Ces marges correspondent aux trois échelons que comporte l'échelle bipolaire du possible :

- ou bien le degré de possibilité indiqué est maximal : « dans tel cas -dans telles circonstances- telle chose doit avoir lieu ». L'obligation ou nécessité, c'est la marge la plus étendue de la possibilité, la marge de 100%, qui exclut toute non-possibilité et correspond donc en même temps au degré 0 d'impossibilité ;

- ou bien le degré de possibilité indiqué est minimal, 0% : « dans tel cas telle chose ne peut avoir lieu ». Ce degré 0 de la possibilité correspond en même temps, sur cette échelle bipolaire, au degré maximal (100%) d'impossibilité ;

- ou bien, enfin, le degré de possibilité indiqué est intermédiaire entre 0% et 100% : « dans tel cas telle chose peut avoir lieu », ce « peut » devant être entendu comme la possibilité d'avoir lieu ou de ne pas avoir lieu. Cette troisième marge fait l'objet d'une quantification dans le cadre des règles ou lois dites « probabilistes » qui fixent des degrés intermédiaires de possibilité entre 0% et 100% : « dans tel cas telle chose a tant de chances sur 100 d'avoir lieu ».

On retrouve ces trois cas de figure (*doit, ne peut pas, peut*) à l'œuvre à travers toutes les règles, de quelque sorte qu'elles soient : toutes les règles sont des étalons du possible, de la possibilité d'avoir lieu. Ce sont des étalons d'un type particulier, certes, mais qui fonctionnent dans leur principe exactement à l'instar des étalons du monde sensible : comme les réglettes et équerres appliquées sur une surface donnent la mesure dans laquelle doivent se tenir les tracés rectilignes ou rectangulaires, ou encore comme les patrons des couturiers appliqués sur un tissu donnent la mesure des vêtements à couper, les règles ou normes appliquées sur tels ou tels cas considérés indiquent dans quelle mesure telles ou telles choses peuvent se

produire. Cette application ici est effectuée uniquement dans notre esprit, par une opération logique ou syllogisme ; mais le processus opératoire reste fondamentalement le même. Ce que les logiciens, en effet, décrivent sèchement comme la subsomption d'une mineure sous une majeure débouchant sur une conclusion, revient concrètement, lorsqu'il s'agit d'un syllogisme normatif, à subsumer tel cas sous telle norme, c'est-à-dire – ce qui revient au même – à plaquer telle norme sur tel cas. Par exemple, la norme autorisant les boulangers à ouvrir boutique le dimanche appliquée sur le cas de X commerçant boulanger fait apparaître dans notre esprit ce qui peut avoir lieu dans ce cas et que cette superposition dessine mentalement, à l'instar de ce que dessine matériellement le patron appliqué sur le tissu : « ce boulanger peut ouvrir son commerce le dimanche ».

2 / Toutes les règles ne sont pas du même type : j'arrive au deuxième point que j'ai annoncé. On peut distinguer deux grandes variétés de règles : d'une part les règles de conduite ou règles éthiques, que l'on peut aussi appeler « règles pratiques » parce qu'elles opèrent au niveau de l'action humaine et, d'autre part, les lois scientifiques, qu'on peut dénommer règles théoriques en tant qu'elles opèrent au plan de l'entendement humain. Les règles de conduite, dont font partie les règles juridiques, ont pour vocation instrumentale spécifique d'indiquer, à ceux à qui elles sont destinées et qui auront à s'en servir, la marge de possibilité de leur agir : elles fixent le degré de possibilité (*obligation, interdiction, permission*) des actions susceptibles d'être initiées par leur volonté. Elles jouent donc comme des outils d'encadrement de la volonté humaine et de direction des conduites. Seules les lignes de conduite envisagées ou effectivement suivies entrant dans les marges du possible prescrites auront valeur positive, valeur de « droiture », à l'image des tracés entrant dans la

marge des réglettes et équerres ; au contraire, les lignes de conduite s'écartant des marges indiquées -les *écarts de conduite*- auront valeur négative, valeur de non-droit, de « tort » ou tordu.

Les lois scientifiques ou règles théoriques, elles, ont pour vocation instrumentale spécifique d'indiquer à leurs utilisateurs les marges de possibilité de l'avoir lieu des phénomènes en fonction des données contextuelles : « dans telles ou telles circonstances tel type de phénomène doit, peut ou ne peut pas -ou encore a tant de chances de se produire ». Il ne s'agit pas de diriger la gouverne des intéressés, mais d'éclairer leur lanterne et de les mettre à même de se repérer dans l'écheveau des productions de la nature. C'est pourquoi ces règles ne se prêtent pas à juger la nature, à dire qu'elle s'est bien ou mal comportée : lorsqu'une anomalie est constatée, une non-conformité des faits à la loi scientifique, c'est cette dernière qui est jugée mauvaise, inapte à rendre correctement les services qu'on en attend. C'est qu'elle ne visait pas à diriger les comportements de la nature, mais à nous permettre d'en maîtriser mentalement les processus d'enchaînement.

3 / J'évoquerai très rapidement, en dernier lieu, la vocation instrumentale particulière des règles de conduite juridiques, qui constituent le droit. Il s'agit de règles qui s'inscrivent dans le cadre d'une fonction de commandement de peuples, d'hommes vivant en population, exercée par des pouvoirs « publics », des dirigeants « publics », c'est-à-dire littéralement des dirigeants de « peuples » humains. On dirait volonté aujourd'hui que les règles de droit sont des outils de gouvernance. Leur vocation est, très exactement, de délimiter les marges respectives d'agir de chacun au sein de la Cité : « *suum cuique tribuere* » (attribuer à chacun le sien), selon la formule

emblématique inscrite dans les *Institutes* de Justinien. C'est à cela que renvoie l'idée d' « ingénierie sociale ».

L'outillage ainsi en cause joue un rôle de premier plan dans la vie des sociétés -des sociétés « politiques »- humaines. Mais, du fait de son immanence à notre monde intérieur et en dépit de son apparentement aux outils-étalons du monde physique, peut-il être qualifié de réalité ? Pour moi la réponse n'est guère douteuse.

Second argument : la nature mentale des entités-règles ne fait pas obstacle à leur réalité

On est généralement porté à penser que la réalité, c'est ce qui existe dans le monde extérieur, dans le monde sensible. Le mot *res* désignait, du reste, à l'origine les « biens », les choses concrètes susceptibles de prise, d'appréhension physique. Peut-on parler de réalité pour des entités dont la consistance est de la pensée, qui habitent nos esprits et ne peuvent en sortir, ne peuvent « exister » (de *ex-sistere*, sortir hors de, éclore) ?

Je pense que les règles en général, et spécialement les règles juridiques, sont tout autant des réalités que les réglettes et les équerres. Je vais commencer par en faire la démonstration ; j'en tirerai ensuite quelques réflexions.

1 / Les réalités ne se réduisent pas au monde sensible, extérieur. Il y a des réalités extérieures, transcendantes, mais il y a aussi des réalités immanentes, intérieures à nous-mêmes. Le courant phénoménologique a tout particulièrement souligné la réalité des

objets idéaux ou mentaux : Husserl les tenait -selon sa terminologie- pour des « phénomènes », des phénomènes à part entière, cette étiquette recouvrant à ses yeux toutes les choses se donnant, non pas seulement à nos sens, mais à notre conscience, et c'est dans cette perspective large qu'il a conçu sa méthode de « retour aux choses elles-mêmes ». Toutefois, ce n'est pas sur ses analyses très abstraites et difficiles d'accès que j'entends m'appuyer ici, mais sur la démonstration développée plus récemment par Karl Popper en termes simples et concrets, une démonstration qui présente l'intérêt, par rapport à la problématique qui nous occupe, d'être en quelque sorte sur mesure, directement axée sur les outils mentaux de la gamme des règles et destinée à convaincre les plus sceptiques, ceux pour qui *a priori* la réalité se réduit seulement à l'existant.

S'inspirant des idées du philosophe tchèque Bolzano, Popper distingue trois « mondes » : le « monde 1 », à savoir le monde extérieur, le monde des choses sensibles, perceptibles ; le « monde 2 » ou monde des expériences subjectives au contact du monde extérieur : c'est le monde des états et activités psychologiques ; et, enfin, le « monde 3 », qui est le monde des choses intelligibles produites par notre esprit et qui restent immanentes à lui. Les règles ou normes sont, bien évidemment, des ressortissants de ce monde 3. Les choses de ce troisième monde sont dépourvues d'existence, mais peut-on dire pour autant, se demande Popper, qu'elles sont dépourvues de réalité ? Voici la réponse qu'il apporte à cette question dans son ouvrage *La quête inachevée* (trad. fr. Renée Bouveresse, Calmann-Lévy, 1981, p.262s.), elle mérite d'être citée ici in extenso :

« J'ai eu, moi aussi, comme Bolzano, des doutes pendant longtemps, et je n'ai rien publié sur le monde 3 avant d'être arrivé à la conclusion que ses habitants étaient bien réels, doués en fait d'une réalité presque aussi palpable que celle des tables et des chaises.

« Personne ne mettra cela en doute en ce qui concerne les livres et les écrits en général. Nous les avons fabriqués, tout comme les tables et les chaises, même s'ils ne sont pas conçus pour que l'on s'asseye dessus mais pour être lus.

« Jusque là il n'y a pas de problème. Mais, qu'en est-il des théories en soi ? J'admets qu'elles n'ont pas tout à fait la même *réalité* que les tables et les chaises. Je suis disposé à accepter une sorte de point de départ matérialiste selon lequel, pour commencer, seuls les objets physiques tels que les tables et les chaises, les pierres et les oranges, seront appelés *réels*. Mais, cela n'est qu'un point de départ. En allant plus loin, nous sommes presque contraints d'étendre l'usage du terme de manière radicale. Il existe des gaz et des courants électriques mortels. Peut-on leur dénier le qualificatif de réel ? On peut rendre visible le champ magnétique d'un aimant par de la limaille. Et qui peut douter, alors que la télévision est devenue un phénomène si familier, qu'il faille attribuer quelque réalité aux ondes d'Hertz ou de Maxwell ?

« Pouvons-nous dire que les images qui apparaissent sur un écran de télévision sont *réelles* ? Je pense que nous le devons, car nous pouvons les photographier avec différents appareils qui, tels des témoins indépendants, seront tous d'accord. Mais les images télévisuelles sont le résultat d'un processus par lequel le poste décode des messages 'abstrait' extraordinairement complexes transmis à l'aide des ondes ; c'est pourquoi je pense que le qualificatif *réel* s'applique bien à ces messages codés 'abstrait'. On peut les décoder et le résultat de ce décodage est *réel*.

« Peut-être ne sommes-nous plus très loin maintenant de la théorie en soi, disons, du message codé abstrait contenu dans le livre et que nous décodons en le lisant. Cependant, il nous faut peut-être encore un argument plus général.

« Tous les exemples donnés ici ont une chose en commun. Nous semblons disposés à appeler réel tout ce qui est capable d'agir *sur les choses physiques* (telles que les tables ou les chaises, on peut même ajouter la pellicule photographique), et sur lequel les choses physiques peuvent agir. Mais, notre monde de choses physiques a été bouleversé par

le contenu de théories comme celles de Maxwell ou de Hertz ; c'est-à-dire par des objets du monde 3. C'est pourquoi il faut bien qualifier ces objets de *réels* ».

Ces conclusions ne valent pas seulement pour les lois scientifiques : on peut les étendre à l'ensemble des règles que nous fabriquons, que nous utilisons, que nous nous communiquons, et en particulier aux règles juridiques sur la base desquelles sont gouvernées et fonctionnent les sociétés humaines. Elles sont réelles en dépit de leur ontologie particulière ; bien qu'inapparentes, invisibles, elles ne sont pas du néant, du fantasme, de l'illusion. Elles interfèrent sur nos comportements, sur nos relations intersubjectives. Au demeurant, les luttes autour du pouvoir politique sont aussi le signe patent de leur réalité : en se battant pour contrôler les règles de droit à mettre en vigueur ou hors vigueur, on ne se bat pas pour rien, pour du vent. Ces règles sont aussi réelles que les outils matériels que nous manipulons : nous avons bien conscience de leur présence en nous, de l'épaisseur ou l'opacité d'un être-là, lorsque nous les manipulons intérieurement, lorsque nous nous en servons soit pour prendre la mesure de ce que nous pouvons faire dans tel ou tel cas, soit pour y conformer nos agissements, soit encore pour juger de la valeur de ce qu'autrui a fait. Cette expérience d'un être-là, d'un avoir lieu d'une chose, est précisément l'expérience d'une réalité, que cette chose soit localisée en nous-mêmes, dans notre monde intérieur, ou hors de nous, dans le monde extérieur.

On m'a taxé de contradiction et d'incohérence pour avoir écrit que les règles juridiques étaient réelles après avoir reconnu qu'elles n'existaient pas (Alain Berger, *Hermès*, 1990, n°7, p.280) ; ce reproche repose sur un obscur *a priori* : seules les choses qui existent sont réelles, « réalité » et « existence » sont synonymes. Mais la sémantique n'est pas fixée dans ce sens. L'existence s'oppose à

l'immanence ; on peut ne pas être existant – rester immanent – et être néanmoins réel, être là à l'intérieur comme l'image sur l'écran du poste de télévision ou sur une feuille de dessin. La réalité, elle, s'oppose au néant, à rien, à l'absence d'être là, à l'absence de chose (*no-thing, ni-ente, ni-hil...*). Si j'efface avec une gomme le dessin sur le papier, il n'y a plus rien ; mais il y avait bien auparavant quelque chose là immanent au papier : c'est cela la réalité et c'est en cela que les règles juridiques sont réelles bien qu'immanentes à notre monde intérieur.

Nous vivons aujourd'hui dans un univers régulé, quadrillé de règles dans nos esprits, qu'il s'agisse de notre contact avec la nature que nous avons apprivoisée en ramenant ses comportements à des règles scientifiques ou de nos relations sociales qui se développent au travers d'un enchevêtrement de régulations, juridiques ou non, des conduites. On peut prendre toute la mesure de la réalité des règles en essayant d'imaginer ce que deviendrait notre être au monde si, justement, par un coup de baguette magique, les règles perdaient soudain leur réalité, disparaissaient, cessaient de faire partie de nos moyens d'action et de se tenir à notre service : le retrait de cette ingénierie souterraine serait assurément un formidable appauvrissement ou rétrécissement de nos capacités, imprimant à notre environnement naturel et social les allures d'un babel.

2 / J'en viens maintenant à quelques réflexions qui me sont inspirées par ma démonstration. J'en retiendrai trois.

Première réflexion – Il est classiquement reconnu, dans la théorie du droit et plus largement de l'éthique, que les règles de conduite sont insusceptibles d'être dites vraies ou fausses. Mais il s'en faut que ce point ait été approfondi et pleinement élucidé ; on s'en

tient généralement à une opposition de surface entre les énoncés « normatifs » et les énoncés « descriptifs ». Les idées en la matière sont d'autant plus confuses que, le plus souvent, on prétend établir sur ce point une différence entre les règles de conduite et les lois scientifiques qui, elles, pourraient être qualifiées d'exactes ou d'inexactes. C'est une position que Kelsen, en particulier, a constamment défendue tout au long de ses œuvres. Tout s'éclaire lorsque l'on prend conscience que les règles juridiques et éthiques dont nous nous servons sont des *res*, des outils. La vérité ou la fausseté sont des qualités logiques et non réelles : elles concernent notre pensée des choses, non les choses elles-mêmes. De telle chose là en face de moi je ne peux dire qu'elle est vraie ou fausse ; je peux seulement réfuter ou confirmer l'étiquette, la qualification, qui lui a été donnée et dire : cette étiquette est inexacte, cette chose n'a pas la nature qu'on prétend lui reconnaître. Voilà la raison pour laquelle il est impropre de parler de vérité ou de fausseté à propos des règles juridiques et éthiques : elles ne se réduisent pas, on l'a vu, au tissu de pensée dont elles sont faites ; elles sont des *res*, des réalités.

Mais cette observation vaut pour toutes les règles, y compris les règles théoriques. Contrairement aux idées reçues, les lois scientifiques ne sont pas, elles non plus, de la pensée sur les choses, mais de la pensée informée, qu'un acte fondateur de notre esprit a historiquement constituée en outils chargés de rendre des services spécifiques. En tant même que choses, outils réels et non pas pur logos, ces lois ne sont ni vraies ni fausses ; elles ne sont pas davantage susceptibles d'être « falsifiées » que d'être vérifiées, contrairement à ce que Karl Popper a soutenu, - d'autant que, par ailleurs, le possible dont elles donnent la mesure est une notion purement logique, sans référent extérieur dans le monde, forgée et utilisée par notre esprit pour ses besoins « internes » propres. Ce qui peut être taxé de vérité

ou de fausseté, ce sont les prévisions que nous établissons en nous servant de telle ou telle loi scientifique, mais non les instruments eux-mêmes ainsi utilisés. Lesquels sont seulement de bons ou de mauvais outils selon la qualité des services qu'ils rendent effectivement en pratique, selon qu'ils permettent ou non de se repérer efficacement dans le déroulement du cours des choses et de faire des prévisions fiables. C'est la valeur pragmatique de ces lois qui peut faire l'objet d'une vérification expérimentale, et non leur prétendue valeur de vérité.

Deuxième réflexion – C'est aussi parce que les règles, et en particulier les règles édictées par le législateur, sont des réalités, de la pensée réifiée et non de purs segments de pensée, qu'il n'est pas possible de les soumettre aux principes de la logique formelle, ce qu'on appelle précisément « lois de la pensée ». Si les logiciens tenants d'une « logique normative » ou « déontique » prétendent le contraire, c'est justement parce qu'ils assimilent les règles de conduite à de simples séquences de pensée discursive et passent complètement à côté de la réalité même de ces règles. Celles-ci échappent aussi bien au principe logique d'inférence qu'à celui de non-contradiction.

C'est une vue totalement onirique, surréaliste, rappelant la pensée magique des premiers âges, que d'imaginer que l'on peut, par un simple processus de raisonnement, inférer à partir des règles juridiques posées par le législateur de nouvelles règles juridiques, soit des règles plus générales par induction, soit des règles plus particulières par déduction : c'est comme si l'on prétendait pouvoir donner naissance, comme par enchantement, à de nouvelles réalités du monde sensible juste à partir d'une démarche logique de pensée. De ce qu'*il y a* là un quelque chose, on ne peut faire surgir par la pensée un autre quelque chose qui prendrait place à côté et qu'*il y aurait* aussi. Ces soi-disant inférences de règles correspondent, plus exactement, à

une démarche d'interprétation exégétique consistant à explorer en profondeur le contenu des règles édictées par le législateur, à en défricher tout le champ, à en faire ressortir tout ce qu'il recèle : il ne s'agit nullement de concurrencer en quelque sorte le législateur et d'établir de nouvelles règles à côté de celles qu'il a constituées et mises en vigueur. L'exégèse d'une règle ressemble, à cet égard, à l'exploitation d'un cliché photographique : les agrandissements que l'on est amené à tirer dans le but de faire apparaître tous les détails, toutes les données que ce cliché renferme, n'équivalent pas à de nouveaux clichés du site en question ; on est toujours dans le cadre du même cliché et de son analyse.

Il est pareillement incongru de vouloir appliquer le principe logique de non-contradiction aux règles juridiques. Il ne faut pas confondre les « oppositions réelles » et les « oppositions logiques » : deux choses peuvent être contraires, présenter des traits différents et opposés ; on ne peut dire pour autant qu'elles sont *contradictoires*, comme dans le cas de l'énoncé de deux pensées contraires qui s'annulent dans notre entendement en donnant lieu à un tableau noir, à de l'incompréhensible, de l'absurde, du non-sens. De la même façon, lorsque le législateur édicte deux règles ayant des teneurs contraires, ces règles ne sont pas contradictoires mais *antinomiques*, c'est-à-dire qu'elles sont des choses (des lois, des *nomoi*) présentant des caractères opposés, elles ne sont pas simplement des dire contraires. Dans une pareille hypothèse, on est en droit d'estimer, d'un point de vue pragmatique, que le législateur a mal exercé sa fonction de commandement en mettant en circulation une législation inapplicable, puisqu'on ne peut obéir à l'une de ces règles sans se mettre en infraction avec l'autre ; il y a conflit pratique entre les deux règles. On ne saurait, en revanche, soutenir qu'elles sont logiquement nulles : une règle, encore une fois, ce n'est pas seulement de la pensée, du

sens qui se télescoperait et s'anéantirait avec du sens contraire ; une règle, c'est une *res*, une réalité.

Troisième et dernière réflexion – La théorie juridique conçoit classiquement les actes d'édition de droit comme des actes de « dire » des règles, de les prononcer, de les émettre par la parole. On le voit en particulier chez Kelsen et les normativistes. Il s'agirait, dit-on couramment, d'actes « normatifs », énonçant des normes, par différence avec les actes « descriptifs », énonçant des descriptions. C'est là à nouveau occulter que les règles sont des choses, des *res*, et non du tissu de pensée : on peut dire, montrer par la parole, de la pensée ; on ne peut dire une chose, une table ou une chaise. On peut parler sur une chose, dire de la pensée relative à cette chose ; on peut parler sur une norme, dire de la pensée à son sujet, par exemple la commenter ou encore indiquer le contenu de pensée dont elle est faite. C'est ce que les professeurs de droit font dans leurs cours : ils disent à leurs étudiants la teneur de la réglementation juridique.

Mais ce que fait le législateur ne se ramène pas à ce que fait le professeur de droit. L'acte de parole du législateur ne communique pas simplement de la pensée, il communique – il extériorise par la parole – un acte social d'autorité, un acte social de commandement, c'est-à-dire un agissement que le législateur accomplit à l'égard de ceux à qui il s'adresse, un agissement au plein sens du terme, bien qu'agissement non pas physique mais psychique : il s'agit d'un acte d'emprise sur la conduite des intéressés. Le législateur ne leur « dit » pas, il leur « dicte » sa loi ; il met en vigueur, de par sa volonté, des règles qu'ils devront impérativement appliquer : littéralement, il les leur *donne* à appliquer. L'étymologie est très éclairante à cet égard : le verbe commander provient de l'expression latine *manum dare*, mettre en mains, donner. Edicter, poser, établir des règles, c'est les rendre autoritairement applicables par les intéressés en les leur « intimant »,

en les leur faisant passer pour qu'ils y conforment leur conduite. L'acte du législateur, son acte juridique, comme plus généralement tous les actes donnant des ordres, passant des commandes ou commandements, est un véritable acte de dation d'une chose, d'une règle, même si cet agissement se déploie et produit ses effets dans le monde intelligible, et non dans le monde sensible, par le canal des circuits mentaux des êtres humains en présence : le législateur donne – met d'office en mains – des règles à suivre, à observer, des règles dont il indique par ailleurs la teneur. Il s'agit, non pas simplement d'un acte d'émission de pensée par la parole, mais d'abord de transmission de choses par l'esprit.

Cette transmission, qui ne peut bien sûr être identique à celle d'un objet matériel, se fait d'une manière très particulière, qui marque en même temps une grande différence avec les actes de langage descriptifs. Un acte de langage descriptif est, pour ainsi dire, un acte unidimensionnel, qui communique de la pensée descriptive, de la pensée « décrivante » : c'est l'extériorisation par la parole du logos produit par une activité intellectuelle de description, c'est-à-dire dans un certain exercice de ses facultés mentales ; il en va pareillement, par exemple, de l'énonciation d'une opération de calcul effectuée mentalement. Un acte de langage autoritaire, comme les actes d'édiction de droit, c'est un acte bidimensionnel, à double étage, à double consistance, un peu à la manière d'une poupée russe. Le locuteur extériorise d'abord, en parlant, un acte ou agissement social qu'il accomplit, en l'occurrence un acte de soumission à des règles, de dation de règles à observer. On peut éclairer de manière plus imagée cet acte en parlant d'injonction : enjoindre, du verbe latin *injungere*, évoque, en effet, l'idée d'un joug introduit à l'intérieur d'une personne ; un acte d'injonction consiste précisément à assujettir à des règles, à atteler en quelque sorte ceux que l'on vise à des règles, les

contraignant ainsi à s'y plier. C'est bien cette nature injonctive qu'exprime la formule liminaire « j'ordonne que... » ; dans le cas d'un acte juridique tel qu'un décret par exemple, elle correspond à l'en-tête précédant le dispositif « Le Premier Ministre décrète : ... ». Le locuteur indique ce qu'il fait, il manifeste à ceux auxquels il s'adresse le type d'acte social qu'il est mentalement en train d'accomplir : il veut les astreindre à obéir à des règles, les placer en situation d'obédience, sous l'empire de règles à suivre. Et puis il y a, par ailleurs, logée à l'intérieur de cet acte, la teneur de ces règles qu'ils devront suivre, leurs dispositions, les segments de pensée discursive dont elles sont faites : j'ordonne ou je décrète « que l'on fasse ceci ou cela » ; dans le cas d'un acte juridique, ces dispositions sont généralement, on le sait, énoncées par article.

Tel est le processus très subtil de dation de règles à observer que réalisent les actes d'édiction du législateur. En supprimant leur relief bidimensionnel, en ramenant ces actes d'autorité à des actes « normatifs », à des actes de « dire » des normes, ou plus exactement d'ailleurs la teneur de normes, on les aplatit et on les dénature complètement, en même temps qu'on aplatit et qu'on dénature les normes juridiques elles-mêmes en occultant leur chosité.

Au passage, je voudrais ajouter une remarque. La théorie du langage distingue parmi les actes de parole de la vie ordinaire, parmi les actes que nous accomplissons à l'égard d'autrui à l'aide de paroles, les « performatifs explicites », qui indiquent expressément ce que le locuteur est en train de faire (c'est le cas des actes d'autorité comportant une formule comme « j'ordonne que », « je décrète que »), et les « performatifs tacites », qui ne s'étiquettent pas formellement (c'est le cas des actes d'autorité du type « fais ceci », « tu feras ceci », etc.). En ne retenant que le dispositif des performatifs explicites du législateur, c'est-à-dire la teneur des règles, les théoriciens du droit et

de l'éthique sont souvent amenés à souligner une différence qu'ils estiment radicale avec les performatifs tacites (on trouve cette conception chez des théoriciens aussi divers que Edmund Husserl et Herbert Hart) : on prétend voir dans ceux-ci des « impératifs » et non pas exactement des normes. C'est oublier que, dans le premier cas, la teneur des règles fait aussi partie, comme dans le second, d'un acte impératif ou d'autorité ; elle n'en est qu'un fragment. Simplement, s'agissant des actes d'autorité à caractère de performatifs tacites, effectués surtout dans des relations orales directes de face à face, la consistance de l'acte du locuteur est manifestée à son ou ses interlocuteur(s) par des données contextuelles (circonstances dans lesquelles a lieu la prise de parole, tonalité de la voix, gestuelle, etc.) et aussi, le cas échéant, par des « marqueurs » textuels (en particulier l'emploi de l'impératif) utilisés dans l'énoncé même de la teneur des règles à observer ; ces éléments concrets sont remplacés par l'en-tête des performatifs explicites, qui peuvent ainsi être accomplis dans le cadre de relations plus abstraites et distanciées entre dirigeants et dirigés. En tous cas, que l'acte indique ou non expressément son étiquette, la teneur des règles se trouve, dans les deux cas, encadrée, incorporée en lui ; les actes d'autorité consistent toujours à assujettir les personnes visées à des règles dont on leur fixe la teneur : je veux que tu obéisses à des règles, je t'en indique la consistance. Il n'est pas possible d'agir autrement parce qu'on ne peut communiquer directement par la parole des règles, qui sont des choses ; on ne peut procéder qu'indirectement, de manière décomposée, en extériorisant notre volonté de soumettre autrui à des règles -de le placer sous nos lois- et en disant les séquences de pensée dont elles sont faites. On voit clairement ici que les règles sont des réalités qui ne prennent leur pleine consistance qu'à l'intérieur de nous-mêmes et qu'elles ne peuvent en aucune façon en sortir. Il est à souligner, d'ailleurs, que les outils du monde physique aussi ne prennent toute leur consistance

qu'en nous-mêmes. Il ne suffit pas, pour entrer en pleine possession de leur réalité, d'observer ou de se faire communiquer la substance matérielle dont ils sont constitués ; encore faut-il pouvoir ajouter mentalement à cette substance leur forme d'outils, c'est-à-dire la vocation instrumentale dont cette substance a été investie du dehors par une intention humaine. Tant que je ne suis pas en mesure d'accéder dans mon esprit à cette dernière (ne serait-ce que par présomption), l'objet en verre ou en métal qui se donne là en face de moi reste indéterminé à ma conscience : il peut par exemple, tout aussi bien qu'un outil d'un certain type, être un simple débris, une formation naturelle, ou encore une œuvre d'art, c'est-à-dire le contraire d'une constitution utilitaire.

Au terme de ce trop long exposé, je voudrais, en guise de conclusion, vous faire partager le sentiment de profond étonnement, ou émerveillement, que j'ai toujours éprouvé au contact du droit et de l'expérience juridique. Laquelle, en effet, laisse clairement entrevoir toute l'étrangeté de notre humaine condition. Elle nous fait prendre clairement conscience que l'homme est un être qui mène une double vie, en relation avec la dichotomie de son essence, de son ontologie : comme Janus, l'homme est un être « mondain », tourné vers l'extérieur, qui vit avec les autres dans le monde sensible ; mais c'est également un être tourné vers l'intérieur de lui-même, vers un univers qui lui est immanent et dans lequel il communique aussi avec ses semblables. Le plus étonnant, ce sont les points de ressemblance et en même temps de contact entre ces deux mondes, les mêmes types de choses qui y ont lieu, les mêmes types de réalités qu'on y rencontre. Cette sorte de mimétisme est pour moi tout à fait fascinante, qu'il s'agisse, dans l'expérience juridique, de cet outillage mental qu'est le droit, qui œuvre en nous mais qui est une réplique des étalons du

monde sensible et emporte le même mode opératoire de principe, ou qu'il s'agisse encore de ces agissements de l'esprit sur autrui que sont les actes juridiques, les actes d'autorité du législateur, actes mentaux qui ont un air de famille avec les actes physiques de force, de contrainte, qui entendent passer outre la volonté d'autrui, la neutraliser.
