

La pratique juridique des notions métaphysiques

Jean-François PERRIN

Professeur à l'Université de Genève

RÉSUMÉ.— Le projet de l'auteur est d'identifier le ou les *a priori* qui conditionnent la validité des raisonnements tenus par les praticiens du droit. Le seul élément *a priori* qu'il pense avoir rencontré au cours de sa recherche est cette catégorie mentale qu'il dénomme *libre arbitre*, soit le sentiment intuitif de la possibilité d'une détermination du comportement par la volonté. C'est cette condition qui rend possible la production des injonctions qui habitent l'ordre juridique effectif. Ce présupposé autorise le jeu de l'argumentation, dans le champ des relations sociales. Le système des normes effectivement appliquées n'est pas nécessairement cohérent, ni logique. Le raisonnable prime le rationnel. La quête d'une solution praticable évite souvent les écueils de l'évidence logique. La raison dialectique, supérieure à la raison logique, est la seule tradition non démentie qui signe la spécificité épistémologique du droit vécu.

1. Le titre de cette contribution est formulé avec le dessein d'esquiver, – pour de bonnes raisons qu'il faut expliciter sommairement, – le débat éternellement recommencé des rapports entre le droit et la philosophie¹. Il n'y a, encore moins à l'époque actuelle qu'au cours de celles qui nous ont précédés, aucun accord sur ce qu'est le droit² et fort peu d'idées communes concernant l'objet de la philosophie. Il n'est pas surprenant dès lors que la question des relations nécessaires qu'entretiennent deux ensembles indéfinissables soit plutôt difficile. On peut toujours tenter le recours aux définitions, – réductrices mais incontestables – qui font référence aux pratiques des professionnels des disciplines dont on veut étudier les relations. Pour le droit, cette panacée n'est pas éclairante sans plus de spécification car il faut savoir si l'on vise la pratique de ceux qui étudient le droit comme phénomène (théoriciens, sociologues, philosophes du droit) ou si l'on pense à l'activité, beaucoup plus importante quantitativement, de ceux qui, professionnellement, vivent de la mise en œuvre de connaissances acquises dans les facultés de droit ; ce sont les juristes, avocats, notaires, juges, fonctionnaires, conseillers d'entreprises, etc., etc.

Ces praticiens sont, semble-t-il, fort peu animés par des préoccupations métaphysiques, du moins si l'on s'en tient à l'étude superficielle de leurs activités pro-

¹ L'ouvrage classique qu'il faut citer à cet égard est encore le tome 7 des *Archives de philosophie du droit*, « Qu'est-ce que la philosophie du droit ? » Paris, Sirey, 1962.

² Pour un bilan récent des diverses tentatives de définition du droit, cf. *Droits*, n° 10, « Définir le droit », Paris, PUF, 1989.

fessionnelles quotidiennes. A y regarder de plus près, ce champ d'observation est pourtant idéal pour l'exercice d'une réflexion sur la relation (ou l'absence de relation !...) qui se noue entre cette partie du savoir philosophique qui a nom *métaphysique* d'une part et cette discipline normative qu'est le droit appliqué d'autre part.

2. Il faut préciser ce que nous visons par *notions métaphysiques*. Nous y parviendrons en exhumant, pour les besoins de la cause, un vieux débat, classique en histoire de la philosophie moderne, qui oppose Kant à Hume au sujet de l'origine d'un « unique, mais important concept métaphysique, à savoir la relation de cause à effet »³. Hume affirmait que les prétendues notions *a priori* n'étaient que des expériences communes... « faussement estampillées, ce qui revient à dire qu'il n'y a pas et qu'il ne saurait y avoir de métaphysique »⁴. Kant salue avec emphase cette réflexion qui renouvelle tout « depuis l'origine de la métaphysique »⁵, même si « cet homme si pénétrant (Hume) n'envisageait que l'utilité négative qu'il y aurait à modérer les prétentions exagérées de la raison spéculative.... »⁶. C'est cette réflexion qui, de l'aveu même de l'auteur des *Critiques* réveilla : « mon sommeil dogmatique... Je vis bientôt que la relation de cause à effet était loin d'être la seule, grâce à laquelle l'entendement conçoit *a priori* des relations, bien plus, que la métaphysique en est tout entière constituée (c'est nous qui soulignons) »⁷. Le débat est on ne peut plus fondamental puisqu'il implique, non pas tant et seulement, l'usage de la métaphysique (comme le titre de la présente contribution le laisse penser) mais plutôt sa possibilité, ainsi que la « faculté tout entière de la raison pure... »⁸.

L'expérience juridique – ou la pratique du droit – est un terrain idéal pour le test de cette question fondamentale. Il y est systématiquement question de jugements qui sont autant d'expériences. Celles-ci doivent être méthodiquement conduites. Il est capital de savoir quelles sont les notions et principes que l'on doit accepter avant l'expérience, c'est-à-dire avant le jugement, dont la décision judiciaire constitue le paradigme.

3. On peut remarquer que la pratique juridique mobilise régulièrement – il suffit d'observer la terminologie utilisée – des notions philosophiques au sujet desquelles la discussion bat son plein parmi les philosophes, pour savoir si elles sont *a priori* (donc métaphysiques) ou seulement déduites de l'expérience. Voici une série d'exemples destinés à montrer que, sans doute possible, le vocabulaire de base de la technique du droit est truffé de notions de ce type : les mots *liberté, volonté, cause, raison, sujet, objet*, etc., constituent à la fois des outils pour les praticiens du droit et les concepts de base de toute philosophie générale. Etrange technique que celle qui, pour sa mise en œuvre, utilise les notions les plus vénérables du savoir philosophique. On doit dès lors se demander si, parmi ces notions, il en existe qui s'imposent avec un contenu et une portée déterminés, avant le raisonnement juridique. Elles constitueraient alors les *a*

³ Cf. E. Kant, *Prolégomènes à toute Métaphysique future*, trad. fr. J. Gibelin, Paris, Vrin, 1974, p. 10.

⁴ Hume cité par Kant, *op. cit.*, note n° 3, p. 11.

⁵ *Op. cit.*, note n° 3, p. 11.

⁶ *Op. cit.*, note n° 3, p. 11.

⁷ *Op. cit.*, note n° 3, p. 13.

⁸ *Op. cit.*, note n° 3, p. 14.

priori de toute expérience juridique. Si elles existaient, leur ensemble serait la métaphysique du droit, ou bien encore, les éléments de catégories pures de l'entendement juridique, pour dire les choses en termes approximativement kantien.

4. La présente contribution n'est cependant qu'un essai et l'on ne peut nous demander de parcourir, pour faire l'exercice, tout le vocabulaire juridico-philosophique. Le travail serait d'ailleurs inutile car il y a de bonnes raisons de penser que ce qui est vérifié pour quelques notions premières, puisse l'être aussi en d'autres circonstances, pour d'autres concepts⁹. Hume n'a pas raisonné différemment concernant la notion de causalité. Il est vrai que par un curieux paradoxe, il la considérait *a priori* comme la plus fondamentale. Nous n'avons évidemment pas les mêmes ambitions ! Nous ne traiterons dès lors le sujet que par quelques exemples qui nous paraissent bien choisis.

5. Il convient encore de régler un autre problème terminologique. Nous parlons de l'usage des *notions métaphysiques*. Sur le terrain, elles font l'objet de définitions qui sont l'œuvre ou le propre de la loi ou de la jurisprudence. Elles deviennent dès lors des *principes*, c'est-à-dire des *normes*. Elles s'imposent, avec une autorité que nous aurons à évaluer. Ainsi, la définition de la *causalité adéquate*¹⁰ devient norme pour juger n'importe quel problème de responsabilité civile lorsque le rapport de cause à effet entre une faute et un dommage fait problème. On passe donc sans transition, par la définition, de la *notion* à la *norme* (ou *principe*). On pourrait donc sans abus exprimer autrement le sujet de la présente contribution : *Certaines normes s'imposent-elles a priori, c'est-à-dire avant toutes expériences juridiques ?*

6. La métaphysique, partie de la philosophie générale, nous livre des évidences premières sur lesquelles il est (semble-t-il ?) possible de fonder les étapes ultérieures des raisonnements¹¹. Il apparaît que les principes de la logique formelle fournissent de bons

⁹ Les concepts juridiques peuvent certes être rattachés aux idées philosophiques qu'ils traduisent. Nous ne nous intéressons ici qu'à cette « dimension réaliste du concept », en d'autres termes au résultat de cette traduction, qu'un philosophe du droit appelle « re-création ». Doit-on accepter que « la réalité du droit est autant dans cet agir que dans la norme rationnelle qui l'inspire » ? Cette *réalité* n'est pas notre objet. Nous ne nous intéressons ici qu'à la pratique juridique, c'est-à-dire à l'*agir* juridique, à la *praxis* plutôt qu'au *logos* qui prétend l'inspirer. (cf. J.-M. Trigeaud, *Essais de philosophie du droit*, Studio Editoriale di Cultura, Genova, 1987, p. 262). Ce faisant, la perspective choisie n'est pas purement extérieure au droit. Nous verrons qu'elle tente de le *prendre au sérieux*, c'est-à-dire de le restituer par référence aux critères qu'il définit lui-même.

¹⁰ La définition dit : « La relation de causalité est adéquate lorsque le comportement illicite est propre, dans le cours ordinaire des choses et selon l'expérience de la vie, à produire ou à favoriser l'avènement du résultat considéré », *La Semaine judiciaire*, Genève, 1990 p. 21. Elle exprime un critère d'imputabilité (parmi d'autres). Il s'agit bien d'une norme pour le juge qui tranche un problème de responsabilité.

¹¹ Et dès lors la philosophie du droit serait le véhicule qui transporte ces certitudes dans le domaine du droit *positif*. Elle procède, selon M. Kalinowski, en créant des *concepts transcendalement analogiques* et en énonçant des *jugements premiers empiriquement évidents* (cf. *op. cit.* note n° 1, p. 129). Nous ne sommes pas parvenus à identifier la présence de telles *évidences* au plan de la pratique juridique. C'est le lieu de préciser que, dans la perspective de la présente contribution, il nous paraît possible de viser par l'expression *pratique juridique* tant la dogmatique juridique que sa mise en œuvre. Certains pourraient penser qu'il y a une distance

exemples d'évidences qu'il faudrait admettre avant l'expérience. On peut notamment penser au principe de non-contradiction qui, selon Kant, est le critère de tout jugement analytique et constitue aussi un critère nécessaire (mais non suffisant) de tout jugement synthétique¹². Ce principe s'impose-t-il comme prémisse de tout raisonnement juridique ?¹³.

7. La question posée est donc d'abord celle du statut, dans le raisonnement juridique, des principes de la logique formelle¹⁴. Quel est, pour le praticien juriste, le poids des arguments qu'elle propose ? Cette question doit singulièrement étonner les membres ordinaires de la communauté scientifique. Est-il jamais convenable, en matière de *connaissance*, de se révolter intellectuellement contre ces canons de la raison que sont les règles de la logique formelle, contre ces principes qui guident naturellement la pensée ? La question peut paraître absurde. On voit mal un juge déclarant un inculpé à la fois innocent et coupable. On ne peut nier que les lois de la logique formelle constituent des normes qui guident ordinairement le raisonnement juridique... et pourtant, la question se

indéniable entre les modèles enseignés dans les facultés et leurs réalisations. En fait, la doctrine juridique sait à merveille intégrer les expériences juridiques. La dogmatique, à l'instar de la glose dont elle procède méthodologiquement, sait se faire modeste et n'admettre qu'un minimum d'innovation. Certes la tradition juridique n'est pas imperméable aux faits sociaux. Le processus d'intégration, même lors de changements législatifs, respecte cependant la logique particulière qui anime l'ensemble. Nous allons montrer que cette dogmatique à vocation pratique, n'est pas pétrie d'idées pures. Nous n'admettons donc pas l'idée d'une antinomie entre un droit *pur* (qui serait la dogmatique juridique) et sa pratique sociale (qui serait par exemple bien révélée par le travail des juges). Le droit *positif* (entendre ici, *qui est*) est trop bien amalgamé pour correspondre à ce modèle.

¹² Kant, *op. cit.* note n° 3, p. 22.

¹³ Le raisonnement du juge est probablement le modèle auquel il faut penser. Dans notre perspective, le raisonnement du législateur n'est cependant pas fondamentalement différent. En effet, le plus souvent ce législateur ne fait que généraliser un usage qui avait été initié par une pratique antérieure généralisée (ex. le divorce par consentement mutuel) ou par une interprétation audacieuse (ex. l'instauration de la garde conjointe, cf. pour un développement de ces exemples, notre contribution in P. Amselek (éd.), *La Science de la législation*, Paris, PUF, 1989). Assez curieusement, il semble donc qu'il faille admettre que les jugements des législateurs et des juges sont ce que les logiciens appellent des *raisonnements pratiques*. (Le raisonnement théorique consiste en une inférence qui tire sa conclusion à partir d'une prémisse indiscutée ; le raisonnement pratique est celui qui justifie une décision ; cf. C. Perelman, *Le champ de l'argumentation*, Presses universitaires de Bruxelles, 1970, p. 183). L'application du droit par un ordinateur, par exemple en matière fiscale, n'appartient donc pas à ce que nous dénommons *pratique juridique* puisque la logique mise en œuvre est purement formelle et c'est bien ce qui autorise l'utilisation de la machine à calculer. Nous ne nions donc pas que l'*a priori* du fonctionnement de cette machine soit le principe de non-contradiction.

¹⁴ Nous nous intéressons à l'application de la logique formelle au droit et non pas à l'identification d'une logique juridique. Sur la non-identité de ces deux questions, cf. C. Perelman in Centre international de synthèse (publication du), *Le Droit, les Sciences humaines et la Philosophie*, Paris, Vrin, 1973, p. 232. L'identification kantienne de l'*a priori* avec le formalisme est disputée... elle convient cependant à notre démonstration et nous l'adoptons dès lors, cf. à ce sujet J. Goldschmidt, « L'*a priori* dans le droit et dans la morale », *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1937 p. 108. On admet par contre généralement que le critère de l'*a priori* est l'indépendance de l'expérience (cf. Goldschmidt, *op. cit.*, p. 130). Nous poserons la question de savoir si le principe de non-contradiction est une donnée *a priori* de tout raisonnement juridique.

pose le plus sérieusement de savoir si elles sont toujours le critère du vrai et si dans certaines circonstances, certes spéciales mais très importantes tant théoriquement que pratiquement, elles ne cessent pas de s'imposer. Le principe de non-contradiction ne peut tolérer que deux normes contradictoires coexistent en même temps dans l'ordre juridique. Si l'on admet que la Constitution est supérieure à la loi, il semble qu'elle ne peut tolérer une législation qui lui soit contraire. Or qu'en est-il en France de la validité de lois référendaires votées qui se révéleraient anticonstitutionnelles ? En Suisse, il est plus clair encore que l'absence de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales permet au Parlement fédéral (et au peuple agissant par voie de référendum facultatif ou obligatoire) de violer la Constitution¹⁵. Il en va ainsi pour de *bonnes raisons* politiques. On ne voit pas qu'il soit légitime, si le critère c'est la souveraineté populaire, de donner à un aréopage de sages (juges d'un éventuel contrôle de la constitutionnalité d'une loi fédérale), le droit de mettre à l'avance au panier le résultat de la Volonté générale, par hypothèse *toujours droite*, lorsqu'elle s'est exprimée. L'expérience montre que dans les systèmes où ce contrôle existe, il peut ne pas fonctionner. De ce fait, des lois référendaires anticonstitutionnelles peuvent exister et l'illogisme est à son comble si l'on réalise que dans de tels cas les deux textes demeurent, en tout cas formellement, en même temps en vigueur. La loi anticonstitutionnelle ne peut abroger la disposition contraire de la Constitution, pas plus qu'inversement la Constitution n'a pu limiter la portée de la loi anticonstitutionnelle.

8. On peut mentionner d'autres exemples frappants de récusation ou de refus, de la part du droit, de données scientifiques incontestables. La physiologie humaine établit avec certitude qu'un seul spermatozoïde intervient pour féconder l'ovule humain. Le droit de la filiation de certains pays nordiques connaît pourtant la paternité (alimentaire) plurale. Autre expression, moins *exotique* de l'exemple : tout enfant a certainement une mère ; l'idée d'un enfant sans mère est biologiquement absurde. Elle ne l'est pas en droit français qui connaît la possibilité pour la mère de ne pas reconnaître son enfant (cf. art. 57, 334-8, 337 code civil).

9. Les étoiles suivaient leur orbite avant que Newton découvrit la loi de la gravitation universelle. La paternité plurale n'existait pas avant qu'elle soit instituée par les lois des pays nordiques concernés. La différence est considérable même si dans les deux cas, la loi, c'est-à-dire le principe de jugement, n'existait pas avant sa formulation¹⁶. Cette distinction est fondée sur la nature de la *liberté* de l'auteur de la formule légale. L'affirmation de cette différence fondamentale n'est par ailleurs pas fonction d'une quelconque hypostase des lois *scientifiques* pour le domaine des sciences de la nature. Newton est bien l'auteur de la loi que nous avons citée ; il ne l'a pas *lue* dans les étoiles mais bien formulée ; elle est un produit de la science, donc de la culture et non pas de la

¹⁵ La *gestion* de ces cas par la pratique juridique implique la nécessité de violer soit la loi, soit la Constitution, ce que la doctrine ne manque pas de qualifier de *paradoxe*... Un exemple : « Le Tribunal... s'est donc borné à appliquer strictement la règle paradoxale qui impose aux cantons de violer la Constitution pour mieux respecter la loi fédérale... », *Revue suisse de Jurisprudence*, 1988, p. 397.

¹⁶ Concernant la vanité de l'assimilation des lois scientifiques aux lois éthiques et l'histoire de cette confusion, cf. P. Amselek, *Science et déterminisme, Ethique et liberté*, Paris, PUF, 1988, notamment p. 74 et 114 et s.

nature¹⁷. Il ne pouvait cependant pas statuer une autre loi. Le législateur des pays nordiques, lui, par contre, disposait d'une latitude bien différente. Il avait la possibilité de tourner le dos à la *vérité* biologique. Toute la différence réside dans le statut des *a priori* selon le terrain disciplinaire choisi. Dans le cas des sciences de la nature, la logique a une incidence apodictique sur les jugements d'expériences. Tel n'est pas nécessairement le cas en droit et en morale.

10. En résumé, l'étude des pratiques juridiques semble révéler l'existence de dérogations *légitimes* aux lois scientifiques et logiques¹⁸. Est-ce pensable ? Ainsi posé, le problème est, somme toute, facile à résoudre. La difficulté nécessite cependant que l'on rappelle le critère fondamental de différenciation qui permet, depuis l'avènement de la philosophie sociale contractualiste, de distinguer les sciences dites de la nature, des disciplines éthiques, soit de la morale et du droit.

11. Kant, précurseur de la distinction nécessaire entre une métaphysique de la nature et une métaphysique des mœurs¹⁹ est probablement responsable aussi de la grave confusion *scientiste* dont l'épistémologie juridique contemporaine tente de sortir²⁰. Le projet de l'auteur de la *Métaphysique des mœurs* consistait à fonder *a priori* les lois morales (et ne lui en déplaise, juridiques). Il recherchait un fondement absolu aux devoirs²¹. Mais cette quête est comparable à celle de la pierre philosophale. Elle ne peut aboutir car elle est en rupture avec ses propres prémisses. Le critère de la moralité est la liberté²². Celle-ci se limite, en morale et en droit, exclusivement par l'exercice de l'autonomie de la volonté. Le vouloir n'est pas limité par le possible. Il est possible de vouloir des choses contradictoires. Il n'en va pas de même dans le domaine des sciences de la nature. Il n'est pas utile de se révolter contre les lois de la pesanteur. Si la borne de

¹⁷ Cf. P. Amssek, *op. cit.*, note n° 16 parle à cet égard d'illusion *transcendantale* (cf. p. 48).

¹⁸ Il y a par ailleurs quelque abus par simplification à parler de la *logique* pour viser tout mode de raisonnement qui fonctionne au moyen d'*a priori*. Nous visons essentiellement les raisonnements analytiques et synthétiques *a priori*. Kant a admis à cet égard l'existence d'une *logique de la vérité* qu'il oppose à la dialectique. La monopolisation du mot *vérité* pour qualifier l'objet de cette logique est évidemment un abus (*op. cit.*, note n° 3, p. 34). La dialectique est aussi un moyen de parvenir à la *vérité*, dès lors que l'on considère que celle-ci est le produit de n'importe quel procédé de raisonnement adéquat, compte tenu de la catégorie de jugement qu'il faut émettre et de la nature de la situation. On ferait bien, dès lors, de parler de *logique élémentaire* pour ce que nous visons ici par l'expression de *principe de la logique* et d'accepter l'idée d'une pluralité de logiques pour tenir compte de la nécessité d'accepter, selon les domaines, d'autres procédures de production de jugements *valables*.

¹⁹ Pour cette distinction, cf. la Préface aux *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. fr. Delbos V., Delagrave, Paris, 1981, p. 75.

²⁰ Elle consiste en la prétention de pouvoir fonder *scientifiquement* les ordres éthiques. La théorie pure du droit de Kelsen constitue le plus illustre exemple de cette tentative. Ce projet, après avoir exercé une véritable fascination chez les théoriciens du droit, est, à l'époque contemporaine, le plus souvent condamné comme une tentative fondée sur la négation d'une impossibilité épistémologique. Cf. le point de toute la doctrine par M. van de Kerchove, en postface d'une nouvelle édition d'une traduction française de la théorie pure de H. Kelsen par M. H. Thévenaz, aux éditions La Baconnière, Neuchâtel (Suisse) 1988.

²¹ Kant, *op. cit.*, note n° 19, p. 77.

²² Kant, *op. cit.*, note n° 19, p. 72.

la moralité (et du droit) c'est l'autonomie de la volonté, c'est d'elle seule que peuvent découler les limites et les contraintes. Les lois physiques et logiques ne sont pas *a priori* mobilisées pour définir les contraintes légitimes en droit et en morale. Il faut dénoncer vertement la confusion *scientiste* entre lois de la nature et lois morales, qui a gravement hypothéqué la valeur de la philosophie morale kantienne et de la philosophie juridique positiviste post-kantienne. Cette confusion est évidemment la source de toutes les difficultés subséquentes.

12. La volonté n'est jamais elle-même une loi ; elle produit des lois, ce qui n'est pas pareil. L'idée d'une législation universelle implique donc celle d'une volonté universelle. Seul Dieu pourrait en être l'auteur. On dit la même chose en affirmant qu'il est impossible de penser que le fondement de validité des ordres moraux et juridiques puisse être établi sur une loi de portée universelle. En effet, ces ordres sont exclusivement, dès leur première assertion, constitués de normes, c'est-à-dire de *devoirs*. Le fondement des *devoirs* (Sollen) ne peut être du domaine de l'*être* (Sein). Il faudrait, pour que cette difficulté soit susceptible d'être levée, qu'il soit possible d'ignorer qu'il existe, entre les deux catégories, un abîme infranchissable²³. L'impératif catégorique est celui auquel il n'est jamais loisible de se soustraire... parce qu'il est de portée universelle, comme la loi de la gravitation universelle. Et pourtant, il prétend fonder un système de normes dont la caractéristique est précisément la possibilité d'une *libre* détermination face aux contraintes qu'elles instaurent. Cette contradiction n'est pas surmontable²⁴.

13. Il faut donc distinguer sans concession les lois scientifiques et les lois de la moralité ; le domaine des causalités nécessaires de celui de l'impact d'une volonté *libre* (ce qui ne signifie pas qu'elle ne soit pas influencée, motivée plutôt, par des facteurs sociaux ou par toute considération praxéologique). Par définition, dans la sphère éthique, la volonté humaine produit les lois alors que dans la sphère de la nature, l'intelligence les découvre. Dans les deux cas, il y a création humaine et formulation d'assertions normatives (c'est-à-dire expression d'une relation nécessaire). Cette analogie provoque les graves confusions que nous avons signalées. On les évite en gardant à l'esprit les définitions de départ. Newton n'a pas *voulu* la loi de la gravitation universelle, il l'a seulement décrite. Par contre, le législateur français a *voulu* la possibilité pour une mère de ne pas reconnaître son enfant. Une notion doit être fidèle à sa définition. Une loi logique, tel le principe de non-contradiction, ne peut donc jamais, avant et indépendamment de sa réception par le droit, constituer une norme qui s'impose à la pratique juridique.

²³ Kelsen a admis cette évidence. Le principe fondateur est, dans sa théorie pure, une assertion normative (la norme fondamentale). L'impératif catégorique est, lui aussi une norme. Mais si ces normes sont *universelles*, elles s'imposent à l'observation. Elles sont des faits de *Sein* et non pas des *Sollen*. La contradiction est indépassable. Cf. Le développement de Goldschmidt, *op. cit.*, note n° 14, p. 134.

²⁴ Goldschmidt montre bien que les principes de la sphère éthique, s'ils étaient des principes de la sphère de l'être, « ne seraient pas des principes éthiques du tout ». Ce n'est qu'en les *hypostasiant comme essence*, c'est-à-dire en les dénaturant, que l'on peut accepter cette mutation (*op. cit.*, note n° 14, p. 119). Cette transformation est opérée par la sociologie du droit ; mais cette discipline ne se prétend pas normative. Elle ne se contredit dès lors pas.

14. Mais qu'est-ce donc que cette *liberté* qui semble faire la différence ? N'implique-t-elle pas, pour exister, l'idée de relations entre des êtres d'exception, tous également compétents, dotés et doués de la meilleure manière. Cette liberté existe-t-elle ? L'épistémologie de la morale et du droit a restauré récemment, contre toutes les philosophies déterministes, la légitimité de cette notion de vouloir autonome, ou *libre arbitre*, comme prémisses nécessaires à toutes les explications *réalistes, économistes, sociologistes, psychologues* du comportement humain²⁵. Il faut la *fiction* de libre arbitre pour justifier l'utilité (sociologiquement indéniable) des panneaux de limitation de vitesse. Cette nécessité est bien mise en évidence par l'exemple suivant. L'or reste jaune pour une personne perdue dans le désert. Il cesse cependant d'être précieux et elle accepterait volontiers de troquer son trésor contre une bouteille d'eau. Son choix est *libre*. Un avare invétéré pourrait préférer mourir de soif. Pourtant le choix de la bouteille d'eau est *rationnel* parce qu'elle le sauvera d'une mort certaine. L'exemple montre que les prémisses du raisonnement sont très différentes s'il s'agit de juger de la couleur de l'or ou de sa valeur. Dans un cas, le voyageur n'a pas la *liberté* de décider la couleur du métal, dans l'autre, son choix est décisif, même s'il s'impose raisonnablement.

On résume en disant qu'en toute circonstance, en matière de *moralité*, le choix autonome est possible. Telle est la nature des jugements dits de *valeurs* qui sont bien ceux qui animent toutes décisions morales, sociales ou juridiques. *Il s'avère donc que le seul a priori commun de la moralité et du droit est la notion même de libre arbitre*²⁶. Elle existe en tant que représentation mentale, chez les sujets, indépendamment de la possibilité de sa mise en œuvre concrète. Peu importe que cette représentation soit efficace. L'illusion suffit ; mais elle doit être présente. L'ivrogne peut avoir perdu, réellement, la faculté de se comporter selon les normes ; il tombe sous le coup de la loi s'il franchit un tronçon routier fermé à la circulation par un signal. Son *libre arbitre* est subjectivement inexistant. Il est objectivement considéré comme suffisant par la morale et le droit pour qu'il soit possible d'imputer des conséquences aux actes commis dans cet état. Nous avons montré que le critère de la moralité est la possibilité d'un *libre* choix. Si les prémisses du jugement, plutôt du raisonnement, sont évidentes, il n'y a pas choix, mais constatation, observation ; on quitte alors le domaine de la moralité et du droit.

15. Une autre question doit ensuite être examinée. Les choix qui constituent les normes de toute moralité intersubjective, donc du droit, ne doivent pas être *arbitraires*

²⁵ Voir la présentation de cette question par P. Amselek (*op. cit.*, note n° 16, p. 145) ainsi qu'une appréciation critique de la thèse de cet auteur, qui porte précisément sur cet aspect central, par A.-J. Arnaud et J.-F. Perrin, in *Droit et Société*, n° 9, 1988, § 15, p 311 et s.

²⁶ Goldschmidt admet que « *L'a priori* du libre arbitre est exclusivement valable pour les propres actes de l'individu même » (*op. cit.*, note n° 14, p. 127). Il ne serait donc, si l'on comprend bien, qu'un *a priori* pour certaines normes ? Il est vrai que le droit peut attacher des conséquences à des circonstances objectives, indépendantes de la conscience et de la volonté du sujet. Lorsque le législateur choisit un instrument juridique, il estime possible d'exercer une influence sur la volonté du destinataire de la norme. On ne voit dès lors pas qu'il soit possible d'affirmer que cet *a priori* n'est pas valable pour cette morale codifiée qu'est le droit. L'exemple de la responsabilité pénale cité, par Goldschmidt, se retourne contre son argumentation. La notion même implique la nécessité *a priori* de la fiction du libre arbitre d'un délinquant potentiel. Le libre arbitre est donc un *a priori* nécessaire et commun à toute morale et à tout droit.

mais *raisonnables*. Il peut suffire que le choix soit aléatoire ; ainsi en va-t-il des règles juridiques qui imposent la circulation à droite ou à gauche. On ne peut cependant tolérer que cette question normative soit déléguée au bon plaisir, au caprice des décideurs engagés dans la circulation. Les choix des législateurs doivent aussi être *raisonnables*. Ils ne sont dès lors pas complètement *libres*. Nous trouvons-nous ici face à une exigence *a priori* ? Un choix *raisonnable* est-il nécessairement fait en fonction des impératifs de la logique élémentaire ? Aurions-nous retrouvé la nécessité incontournable de décider en toute circonstance en respectant le principe de non-contradiction ? M. Perelman montre la voie pour la solution ²⁷. Selon lui, le raisonnement juridique implique essentiellement le choix des prémisses. Or celles-ci ne doivent être ni évidentes, ni arbitraires. En effet, la volonté (du diseur de droit) n'est plus libre si elle obéit au déterminisme ; elle ne l'est pas davantage si le libre arbitre n'est guidé que par le hasard ou le caprice. Le choix est *raisonnable* lorsqu'il installe les prémisses pour de *bonnes raisons*. Le problème est résolu si l'on réalise qu'il n'y a aucune échelle *a priori* de valeurs. Il peut, selon les circonstances, être *raisonnable* de préférer la bouteille d'eau au trésor. Moins poétiquement, il faut admettre qu'il n'y a aucune exigence de la logique formelle qui tienne *a priori* face à certaines nécessités sociales, économiques, politiques.

16. Le principe de non-contradiction n'est pas l'*a priori* nécessaire de chaque raisonnement juridique. Le souverain peut valablement vouloir le principe et son contraire. Les exemples foisonnent. La législation *protège* l'environnement alors que le droit du développement touristique, économique, planifie sa destruction. Le tout est légal, donc juridique. La Constitution protège la propriété privée alors que le droit peut obliger un propriétaire à construire ou à vendre. La Constitution protège la liberté personnelle ; elle peut par ailleurs autoriser un officier subalterne à enfermer un soldat qui a mal ciré ses chaussures ! Le code pénal interdit le meurtre, alors que l'ordre juridique prescrit aux soldats de tirer sur l'ennemi ou sur le condamné à mort. Il faut bien réaliser que la problématique de la règle et de l'exception ne sauvegarde pas du tout la cohérence logique de l'ensemble normatif. La loi veut à la fois protéger des intérêts contradictoires. Elle veut, illogiquement, la promotion d'objectifs qui sont logiquement et substantiellement incompatibles. Elle veut à la fois la protection des forêts et le développement touristique de l'habitat montagnard, qui implique le déboisement de zones pour les compétitions de ski, la pratique du golf en montagne, etc., etc. La Communauté européenne édicte un code contre le cancer ; en même temps, elle continue à subventionner les productions d'alcool et de tabac. Où est la règle et l'exception ? Elle veut (légalement) deux objectifs contradictoires. Il est *raisonnable*, pense-t-elle, de vouloir à la fois le bien-être général de la population et la prospérité économique des milliers de producteurs de vin et de tabac. Le critère de ce *raisonnable* paraît fort peu rationnel ! Quel est-il ? Peut-il être *a priori* formulé ? Le droit, il faut bien le reconnaître, protège systématiquement des intérêts antagonistes. Il autorise même des décisions contradictoires qui coexistent dans le temps, au sein du même ordre juridique. On tolère ainsi qu'au nom de la libre appréciation, certains ministères publics aient une attitude plus ou moins répressive ou, au contraire, plus ou moins tolérante au sujet de la même question normative. Ainsi, en vertu du même code pénal, applicable dans tout le

²⁷ *Op. cit.*, note n° 14, p. 258.

pays, un même comportement est puni ou ne l'est pas, selon les aléas de la saisine judiciaire. Il faut préciser que ce résultat n'est pas une bizarrerie, un effet pervers ou un accident. Ces *incohérences logiques* sont voulues puisqu'elles sont permises par le principe dit de l'opportunité de la poursuite²⁸, principe légal, régulier en dogmatique, fondé sur une nécessité incontestée actuellement, celle de la *libre appréciation* des magistrats de l'instance répressive. Il est *raisonnable* que ces magistrats aient cette liberté ; même s'il paraît fort peu rationnel que deux comportements identiques, évalués en même temps, dans la même ville, fassent l'un l'objet d'une condamnation, l'autre non²⁹. Ces observations n'ont pas trait à des disparités de faits. C'est l'interprétation des normes juridiques, soit la détermination de leur *sens véritable* qui varie d'une circonscription judiciaire à l'autre.

17. On rétorquera qu'une dernière exigence logique résiste; celle qui interdit au même magistrat de statuer à la fois quelque chose et son contraire, dans l'espace et le temps. Cette impossibilité révèle-t-elle la présence d'une intuition pure, servant de fondement *a priori*, soit d'une forme de notre sensibilité qui doit « précéder toute intuition empirique... »³⁰ ? Il faut remarquer d'abord que cette impossibilité n'est pas toujours avérée. Il se peut qu'une mesure soit statuée à titre provisoire et rapportée ensuite. Par exemple, un enfant est confié à l'un des époux en divorce. La mesure de déplacement n'étant pas exécutée, le juge rapporte sa décision ensuite, en vertu du critère de la stabilité des relations de l'enfant avec son entourage. Il entérine l'état de fait, et statue en sens contradictoire, certes successivement, mais en effaçant à titre rétroactif l'effet de sa première mesure³¹. Il arrive fréquemment que le droit efface rétroactivement des états de fait objectivement illicites. C'est par la force et non par le droit que les États baltes ont été rattachés à l'URSS en 1940. La thèse de la Lituanie consiste à affirmer l'existence d'un droit unilatéral de sortie. Est-ce *raisonnable* ? Certes disait-elle, en bonne logique, il n'y a pas eu de mariage consensuel, pourquoi devrait-il y avoir divorce ? Cette *logique* fait abstraction des problèmes, notamment d'immigration, consécutifs à cinquante ans de vie

²⁸ Concernant ce principe, cf. R. Roth, « Le principe de l'opportunité de la poursuite, rapport à la Société suisse des Juristes », in *Revue de droit suisse*, 1989, 2., p. 171 et s.

²⁹ L'application des codes pénaux en matière d'avortement conduit, dans plusieurs pays d'Europe, à de telles contradictions. On a souvent souligné l'intérêt théorique de ces exemples, ainsi et notamment, lorsque, en ces matières, le code pénal belge est interprété d'une manière radicalement différente dans la même circonscription judiciaire. Cf. arrêts des 8ème et 9ème chambres de Bruxelles, des 2 sept. 1983 et 14 mars 1984, publiés avec des notes critiques au sujet de ces contradictions in *Le Journal des Procès*, Bruxelles, n° 24, p.16 et s.

³⁰ Kant, *op. cit.*, note n° 3, p. 45.

³¹ Pour réaliser que la pratique juridique est, par la force des choses, une gestion réaliste des conflits sociaux, plutôt que logique, il faut lire autant (sinon plus) la presse quotidienne que les arrêts des hautes Cours. Voici l'exemple : « Après avoir purgé plus de treize mois de prison, un Luganais de quarante sept ans a fini par avouer où se trouvait sa fillette qu'il avait enlevée : chez des amis aux Philippines. Comme son ex-épouse l'empêchait d'exercer son droit de visite, il avait enlevé sa fille en pleine rue en mai 1987. Arrêté et jugé, il avait été condamné à neuf mois de prison sans trahir son secret. Evadé, puis repris en Italie en mars 1989, il a été extradé en novembre. Cette fois, il a révélé, témoignages à l'appui, que sa fillette était très heureuse chez ses amis à Manille, où il l'avait rejointe durant son évasion. Le juge a confié sa garde provisoire à la famille philippine dans l'attente du divorce. » (24 heures, 13-14 janv. 1990).

commune. Il peut donc paraître raisonnable (mais non rationnel) qu'il faille dissoudre par une procédure, des unions qui ne se sont jamais formées légalement. Les concubinages mènent parfois à des procès de ce genre. Cette nécessité *raisonnable* est posée par un jugement qui souffre de contradiction interne.

Quant à l'impossibilité synchronique de mesures contradictoires... il suffit souvent de franchir la frontière nationale pour les esquiver. C'est *physiquement* qu'il est impossible qu'un enfant soit à deux endroits à la fois. Juridiquement, il arrive que les juridictions de deux États statuent en sens inverse et viennent à s'ignorer mutuellement. Du point de vue des destinataires, les deux décisions sont à la fois juridiques et contradictoires. Il apparaît qu'il serait raisonnable de sortir de cette contradiction. Tout le monde sait cependant que cette *raison* a bien du mal à prendre la forme de conventions internationales effectivement appliquées ; la preuve est donc faite qu'elle n'appartient pas *a priori* au domaine du droit tel qu'il est. Elle campe dans le champ du droit désirable qui n'est jamais identique au droit positif³².

18. Mais qu'est-ce alors qu'une volonté *raisonnable*, en moralité et en droit ? La quête d'une réponse en terme absolu, ressemble à la recherche de la quadrature du cercle. La forme de la volonté n'est pas un critère suffisant à partir duquel il est toujours possible de produire le *raisonnable*. L'ordre juridique nazi a été plébiscité par la majorité du peuple allemand ; sa politique d'extermination des races qu'il considérait comme *inférieures* a donc été menée à coups de dispositions formellement valides. Personne n'ose dire, à l'époque actuelle, que les *devoirs* que posait cette *législation* étaient légitimement fondés.

19. Ces considérations ne disqualifient pas, ni l'importance de la forme, ni l'intérêt des raisonnements logiques en droit. L'exigence de cohérence du système juridique est souvent invoquée. Toute activité intellectuelle est orientée par cette nécessité. Celle des juristes l'est aussi, généralement. Elle constitue pourtant – c'est ce que nous voulions montrer – un impératif qui peut devoir céder le pas. Il n'est pas *a priori*. Dans une société pluraliste, démocratique et ouverte à l'information, les volontés *libres* s'expriment dans l'espoir de convaincre. Les volontés subjectives communiquent. L'échange produit des normes *objectives*, ou plutôt, *intersubjectives*. Il n'y a pas de normes *a priori* qui auraient un contenu obligé. Les règles de la moralité intersubjective et du droit sont le fruit de « performances » réalisées par les acteurs sociaux dans le champ de l'argumentation. Les *lois* de la logique y ont le statut d'arguments, certes forts mais tous relatifs.

20. Notre projet était d'identifier le ou les *a priori* des raisonnements ou jugements de la pratique juridique. Le seul élément *a priori* que nous avons rencontré est cette catégorie mentale que nous avons appelée *libre arbitre*, soit le sentiment intuitif de la possibilité d'une détermination du comportement par la volonté. C'est cette condition qui rend possible la genèse des normes éthiques et partant, juridiques. Cette *condition*

³² Le contentieux franco-algérien en matière d'enlèvements d'enfants est très révélateur de cette possibilité des ordres juridiques nationaux de s'ignorer mutuellement. Il est révélateur aussi de constater que les stratégies efficaces pour sortir de ces difficultés sont plus politiques que juridiques.

rend possible le jeu de l'argumentation, dans le champ des relations intersubjectives. Les systèmes des normes ainsi formées ne sont pas nécessairement cohérents et logiques, mais ils tendent à l'être.

21. Cette quête intersubjective de la solution *raisonnable*, qui évite les écueils de l'évidence et de l'arbitraire, s'appelle la *raison dialectique* ; elle est la seule tradition non démentie qui signe la spécialité d'une *logique de la morale et du droit*. Sa redécouverte, sous les gravats de l'édifice positiviste post-kantien écroulé, n'est pas seulement l'apanage de quelques esprits érudits qui pensent que, décidément, Aristote avait tout vu, c'est encore et surtout le fruit de la réflexion de théoriciens juristes qui ont enfin compris que le *droit* n'a rien à gagner à l'adoption de prémisses épistémologiques qui nient son origine et sa spécificité.