

«Il est un âge dans la vie
où chaque rêve doit finir,
un âge où l'âme recueillie
a besoin de se souvenir.»

(Chanson populaire)

EN réponse à la première des questions posées par les éditeurs en quête de contributions au numéro initial des *Cuadernos de filosofia del derecho*, question concernant l'itinéraire suivi dans la recherche en philosophie du droit et, le cas échéant, l'apport personnel de l'interrogé, j'évoquerai ma rencontre avec la philosophie du droit et mon cheminement à travers elle. Je m'arrêterai à la solution d'un problème que je ne prétends nullement avoir trouvée. Dans l'aire européenne, elle pointe dès l'antiquité. Mais, indiquée de manière plutôt allusive, présentée dans un langage métaphorique, elle est plus implicite qu'explicite non seulement chez les anciens mais encore de nos jours. Le problème étant important, voire fondamental, dès que j'en ai pris pleinement conscience, j'ai éprouvé le besoin d'en dégager la solution en prenant soin de l'exposer avec toute la rigueur de la pensée et avec toute la précision du langage dont j'étais capable. C'est en cela seulement que j'ai essayé d'accroître tant soit peu l'héritage reçu.

1. *Ma rencontre avec la philosophie du droit*

Bien que les rédacteurs de *Cuadernos* demandent explicitement de ne pas revenir sur la conception et la méthode de la philosophie du droit, thèmes sempiternels, pour l'intelligence de ce qui suit il m'est impossible de ne pas dire -je le ferai aussi brièvement que je pourrai- comment je vois la philosophie du droit. Certes, mes années d'enseignement mis à part, je l'ai déjà dit ailleurs à plusieurs reprises (la première fois depuis que j'ai quitté l'université pour le CNRS, en répondant, en 1962, aux questions de l'enquête des *Archives de Philosophie du Droit* sur la philosophie et la théorie du droit¹). Mais il importe de le redire ici, ne serait-ce qu'en quelques mots.

Dès mon premier contact avec la philosophie du droit (je vais y revenir) -peut-être parce qu'elle m'a été présentée ainsi par mon maître d'alors **Czesław** Martyniak- j'ai pensé, et je pense toujours, qu'elle est une discipline *simpliciter* philosophique et seulement *secundum quid* juridique, quelque intérêt qu'elle possède tant pour les juristes que pour les philosophes. Partie organique de la philosophie, elle a sa place en philosophie de l'homme où elle prolonge et complète la philosophie morale (ce qui explique qu'un Aristote ou un Thomas d'Aquin l'expose-du moins pour ce qui est de l'essentiel- le premier dans *l'Éthique à Nicomaque*, le second

¹ o. c., 7(1962), pp. 127-130.

dans sa *Somme de théologie*, oeuvre de moraliste au niveau à la fois théologique et philosophique).

Aussi s'apparente-t-elle à la philosophie de l'être laquelle, base de toute la philosophie, la sous-tend comme elle sous-tend les autres parties de la philosophie. En effet, de même qu'en philosophie de l'être, le philosophe s'interroge sur les êtres donnés dans notre expérience et en cherche la raison d'être, la cause du fait qu'ils sont (de leur existence) et la cause de ce qu'ils sont (de leur essence), de même en philosophie du droit -«droit» désigne, pris au sens propre, le juste, pris au sens dérivé, les normes juridiques, c'est-à-dire les normes du comportement assurant le juste-, il s'interroge sur la raison d'être du juste et de ses normes, donnés, l'un et l'autre, dans notre expérience. Qu'est-ce qui explique que les normes en question obligent (ce en quoi consiste leur existence spécifique) et qu'elles ont tel contenu et non tel autre?

Il va de soi qu'aujourd'hui cela se dessine dans mon esprit bien plus nettement qu'au cours de mes études à l'université catholique de Lublin. Mais tout était quand même contenu, plus ou moins implicitement sinon explicitement, dans l'enseignement qui m'y était dispensé par **Czesław** Martyniak prématurément et tragiquement disparu (pris comme otage par les nazis en automne 1939, il a été fusillé la veille de Noël, avec neuf autres détenus comme lui, sans autre raison que la tactique d'intimidation de la population par l'occupant). Disciple de Jacques Maritain à l'Institut catholique de Paris où, en 1931, il a soutenu sa thèse *Le fondement objectif du droit d'après saint Thomas d'Aquin*², **Czesław** Martyniak assurait à notre faculté, outre l'enseignement de l'introduction à l'étude du droit (1^{ière} année), celui de la philosophie du droit (4^e année). C'est à son cours introductif où la philosophie du droit était mentionnée à côté des autres disciplines juridiques que j'en ai entendu parler pour la première fois. À quoi était due cette rencontre et qu'en est-il sorti?

L'homme propose, Dieu dispose. J'ai été très attiré par les lettres classiques (j'ai fréquenté un collège où l'on apprenait le latin pendant huit ans et le grec pendant cinq ans, l'un et l'autre à raison de 6 heures par semaine dont une de culture antique qui faisait tout particulièrement mes délices). C'était ce que je désirais étudier après mon baccalauréat. Mais mon professeur de grec et de latin en terminale (Dieu ait son âme!) m'a à son insu découragé ou plus exactement le manque d'assurance de l'adolescent que j'étais interpréter de travers un propos banal, mais qui eut néanmoins comme conséquence mon inscription à la faculté de droit (j'ai marché sur les traces de mon père, avocat).

Parti étudier le droit, j'ai rencontré la philosophie: je n'étais visiblement pas fait pour être juriste. En tout cas la philosophie l'a emporté sur

² Martyniak [31].

le droit, quoique découverte à travers la philosophie du droit que je n'ai jamais tout à fait abandonnée, mais qui ne m'a pas non plus retenu toujours sur son terrain. Je l'avoue pour être sincère. Ceci dit, je m'en tiendrai dorénavant à la seule philosophie du droit. Je m'y suis trouvé affronté dès le début à son problème essentiel, le problème du fondement de la force obligatoire des normes juridiques positives (humaines bien entendu et non divines -je n'étais ni canoniste ni théologien). Ce fut à deux reprises le problème de mon maître Martyniak: il en a étudié la solution apportée par saint Thomas dans sa thèse de doctorat de 1931 et dans sa thèse d'habilitation (ce qu'on appelle la thèse d'État en France) la solution proposée par Hans Kelsen. Sous l'influence de mon professeur il est devenu à son tour mien: dans ma thèse de doctorat de 1948, imprimée l'année suivante, j'en ai discuté la solution duguiétienne³.

Pourquoi les normes juridiques données dans notre expérience, c'est-à-dire le droit positif humain, obligent-elles? Elles sont contingentes: elles ont été édictées, mais auraient pu ne pas l'être et pourraient être autres qu'elles sont. Or c'est le nécessaire qui explique en dernière instance le contingent. De même que, en philosophie de l'être, Dieu, l'être nécessaire, explique l'existence et l'essence des êtres donnés dans notre expérience, êtres contingents, de même le contenu et la force obligatoire des normes juridiques positives trouvent leur explication ultime dans la loi divine. Vu la simplicité absolue de Dieu, la loi divine n'est pas autre chose que Dieu lui-même en tant que notre loi. Dieu étant éternel, elle est appelée -vue sous cet angle-là- «loi éternelle». C'est Dieu en tant que *regula et mensura humanorum actuum*, selon l'expression latine de l'Aquinat⁴. Manifestée ou, pour employer le terme technique juridique, promulguée dans la nature de l'homme, elle est nommée «loi naturelle». En effet, la loi divine est comme la lune: elle a deux faces, une face visible et une face invisible. La première c'est celle que nous voyons et appelons «loi naturelle», la seconde c'est celle que nous ne voyons pas et nommons «loi éternelle».

Si notre langage inadéquat permet de dire que la loi éternelle existe en Dieu en tant qu'il nous règle et mesure (*sicut in regulante et mensurante*), il convient de dire de la loi naturelle qu'elle existe en l'homme en tant qu'il est réglé et mesuré (*sicut in regulato et mensurato*), bien que, au fond, nous n'ayons affaire qu'à une seule loi, la loi divine⁵.

³ Kalinowski [49].

⁴ Thomas d'Aquin [EI], *Summa theologiae*, I-a II-ae, q. 90, a. 1, resp.; q.91, a.1, resp.; et q.92, a.1, resp.

⁵ Thomas d'Aquin [EI], o.c., I-a II-ae, q. 91, a. 2, resp.; cf. I-a II-ae, q. 91, a.4, resp. La loi éternelle et la loi naturelle sont certes une seule et même loi, la loi divine. Mais lorsque saint Thomas emploie le terme «*lex divina*», il s'en sert pour ne désigner que la loi divine positive (loi de l'Ancien et du Nouveau Testament). Cela ne signifie nullement qu'il refuse le caractère divin à la loi éternelle ou à la loi naturelle. Bien au contraire.

La loi divine en tant que loi éternelle ne nous est pas directement connue. Mais elle nous est indirectement accessible, étant promulguée implicitement dans et par la nature humaine, au sens technique philosophique du terme «nature» signalé déjà par Aristote dans ce mini-glossaire philosophique que constitue le livre *Δε* sa *Μεταφυσique*, c'est-à-dire dans et par l'essence de l'homme en tant que fondement de son comportement proprement humain, axiologiquement parlant positif, comportement manifestant son humanité, l'orientant vers sa plénitude par l'actualisation de ses potentialités d'accroissement ontique. C'est pourquoi, lorsqu'on parle de la loi naturelle, on a l'habitude de dire qu'elle est *inscrite dans la nature de l'homme* ou qu'elle est *gravée dans son coeur* et que par conséquent il peut la *lire au-dedans de lui-même*. Nous sommes en pleine métaphore. Celle-ci est une figure de rhétorique aussi nécessaire qu'autorisée. Encore faut-il qu'elle soit exacte, objectivement fondée et, pour qu'on puisse l'utiliser sans risque de méprise, d'interprétation univoque, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence.

La phrase «lire la loi naturelle dans le coeur de l'homme» contient deux expressions métaphoriques «lire» et «coeur». Si l'on remplace «coeur» par «nature», il n'en reste qu'une: «lire». La lecture est ici l'image de la connaissance: la relation existant entre l'acte de connaître et l'intellect est considérée comme semblable à celle qui relie l'acte de lire et les yeux. Or c'est là que notre métaphore se révèle ambiguë. Car la connaissance est soit immédiate, intuitive, soit médiante, discursive. Celui qui soutient qu'on peut lire la loi naturelle dans la nature de l'homme affirme qu'on peut connaître la loi naturelle à partir de la connaissance de la nature humaine. Cependant la question du caractère intuitif ou discursif de la connaissance de la loi naturelle reste ouverte. Il s'agissait donc pour moi de lever l'équivoque grevant la manière habituelle, traditionnelle de s'exprimer au sujet de la connaissance de la loi naturelle, fondement de la force obligatoire de la loi humaine positive.

Les éléments d'une interprétation univoque adéquate de l'expression métaphorique en question se trouvent chez les anciens, en particulier pour une part chez Aristote, pour une autre chez Thomas d'Aquin.

Déjà Aristote avait élaboré la théorie des *habitus intellectuels* (*ἔξεικ νοητικῶν* *habitus intellectuales*) parmi lesquels il nomme l'intellect (*νοῦς*)⁶. Le terme français, comme le terme grec dont il est la traduction, désigne dans ce contexte non pas la puissance cognitive supérieure de l'homme, mais une disposition particulière de celui, la disposition habilitant notre intellect à l'aperception de l'évidence. Le Stagirite n'est pas entièrement explicite au sujet de cette dernière. On est néanmoins en droit de soutenir qu'il admet implicitement sinon explicitement une évidence sensitive et une évidence intellectuelle, appelée de

⁶ A ce sujet voir Kalinowski [58].

nos jours «évidence analytique». Aristote en mentionne deux types (ils constituent les deux premiers des quatre modes de prédication καὶ αὐτὸ énumérées dans ses *Seconds Analytiques*⁷. Par ailleurs, Aristote admet la dualité de notre connaissance intellectuelle laquelle est soit théorique soit pratique, cette dernière subdivisée en pratique au sens restreint (morale) et poiétique (technique). Cela permet de supposer l'existence d'une double, voire triple habilitation à la saisie de l'évidence analytique selon qu'il s'agit de la connaissance théorique, pratique au sens restreint ou poiétique. En formulant cette supposition nous nous situons au-delà de ce qu'Aristote dit *expressis verbis*.

Mais ce que Aristote ne fait pas, Thomas d'Aquin le fait. Il explicite le sens du terme aristotélicien «*νοῦς*» en tant que nom de la disposition intellectuelle en question en utilisant le terme «*intellectus primorum principiorum*», les premiers principes étant précisément des énoncés analytiquement évidents (dans la terminologie de l'Aquinat «*per se nota*»). Il distingue ensuite entre l'intellect des premiers principes spéculatifs et l'intellect des premiers principes pratiques se laissant subdiviser en intellect des premiers principes pratiques au sens restreint et intellect des premiers principes poiétiques. Les premiers principes pratiques au sens restreint ne sont pas autre chose que les principes analytiquement évidents de la loi naturelle. La disposition intellectuelle habilitant l'homme à l'admission de ces principes en tant qu'analytiquement évidents est appelé par Thomas d'Aquin tantôt *intellectus primorum principiorum agibillium*, tantôt *synderesis* (du grec *συντήρησις*, terme qu'on ne trouve pourtant pas chez Aristote)⁸.

Ainsi les éléments de réponse à la question de savoir de quelle manière est connue la loi naturelle -à partir bien entendu de la connaissance de la nature de l'homme- sont fournis par Aristote et par Thomas d'Aquin, mais ils sont dispersés par-ci par-là, chez Aristote surtout dans son *Éthique à Nicomaque* et dans ses *Seconds Analytiques*, chez Thomas d'Aquin entre autres dans son commentaire des *Seconds Analytiques* et dans sa *Somme de théologie*. La réponse même n'est donc donnée de manière exhaustive et entièrement explicite ni par l'un ni par l'autre. Il restait à mettre les points au-dessus des i en la dégageant de leurs écrits et en l'énonçant explicitement dans sa totalité avec autant de précision que possible.

Je l'ai tenté d'abord une première fois, en grandes lignes, dans une étude polonaise, ensuite, de manière beaucoup plus développée et approfondie dans *Le problème de la vérité en morale et en droit*. J'y suis revenu aussi dans ma *Querelle de la science normative* où la solution

⁷ Aristote [60], *Analytica Posteriora*, 1. 1,4(73 a 33-73 b 4).

⁸ Voir Thomas d'Aquin [E], *Summa theologiae*, I-a II-ae, q. 94, a. 1, resp. et I-a II-ae, q. 57, aa. 2, 3 et 4 (resp.). Au sujet de la synderèse voir o.c., I-a pars, q. 79, a. 12, resp. et I-a II-ae, q. 94, a. 1, ad 2um.

de la justification rationnelle par évidence analytique des normes premières morales et juridiques est explicitement étendue aux normes premières techniques⁹. Sont en outre communes à ces trois travaux la notion d'énoncé propositionnel (au sens grammatical du terme) pratique *sensu largo* et la division des énoncés de cette espèce en estimatifs (signifiant des jugements de valeur), normatifs (signifiant des normes) et impératifs proprement dits¹⁰ (signifiant des ordres). La solution en question concernant en premier lieu les énoncés normatifs vaut également, *mutatis mutandis*, pour les énoncés estimatifs. Elle n'est pas applicable aux énoncés impératifs proprement dits, les ordres n'étant ni vrais ni faux, ainsi que je le dis dans la note 10.

Bien que la théorie de l'évidence et de l'analyticité soit toujours d'actualité, étant discutée aussi bien par les phénoménologues (en particulier E. Husserl) que par les néo-positivistes (surtout R. Carnap) et ceux qui pratiquent la philosophie analytique, la théorie d'Aristote et de Thomas d'Aquin appliquée aux normes premières morales, juridiques et techniques, que j'ai essayé de rappeler en l'explicitant dans la mesure du nécessaire, n'a retenu l'attention de personne, du moins à ma connaissance. Peut-être parce que, à notre époque, on a pris le parti de considérer la métaphysique d'Aristote et celle de Thomas d'Aquin comme mortes et enterrées et de juger en outre inopportun, pour ne pas dire ridicule ou indécent d'en vouloir exhumer les cadavres tombés en poussière. Quoi qu'il en soit, ceux qui écrivent sur le fondement des normes, G. H. von Wright par exemple¹¹, ou sur les voies de communication entre l'être et le devoir-être, tel J.-L. Gardies¹², n'y font aucune allusion. Cela n'étonne pas outre mesure chez les non-cognitivistes (G. H. von Wright en a rejoint explicitement le camp dans la préface de ses *Logical Studies* de 1957¹³), la théorie d'Aristote et de Thomas d'Aquin

⁹ Kalinowski [60], [67] et [69].

¹⁰ Est un impératif proprement dit un énoncé propositionnel (au sens grammatical) à l'impératif où l'on ne peut remplacer la structure syntaxique impérative par la structure proprement normative sans que cet énoncé cesse de signifier un ordre; exemple: «Sors d'ici!» «Tu dois sortir d'ici» ne signifie plus l'ordre qu'intime «Sors d'ici!». En revanche, est un impératif au sens figuré, à savoir métonymique, un énoncé propositionnel, toujours au sens grammatical, signifiant au fond une norme et non un ordre, ce qui permet de changer sa structure syntaxique de surface d'impérative en normative sans en modifier la signification; exemple: «Aimez-vous les uns les autres», ayant précisément le sens de «Vous devez vous aimer les uns les autres». Alors que les impératifs au sens figuré (qui signifient en réalité des normes) sont, comme celles-ci en général, quelle que soit la structure syntaxique de surface des énoncés les signifiant, et comme les énoncés estimatifs, vrais ou faux, du moins selon les cognitivistes, les impératifs proprement dits ne tombent pas sous les catégories du vrai et du faux. A ce sujet voir Kalinowski [67], ch. IV.

¹¹ Voir von Wright [65]. C'est aussi le cas d'un O. Höffe qui passe pourtant en revue, afin de les critiquer, diverses opinions dont les auteurs affirment, d'une manière ou d'une autre, la communication entre l'être et le devoir-être. Voir Höffe [82], pp. 380-385.

¹² Gardies [76], Cf. Gardies [82] et [84].

¹³ Voir von Wright [57].

étant écartée par le rejet du cognitivisme auquel elle est organiquement liée. C'est plus surprenant chez les cognitivistes. Peut-être trouvent-ils la solution aristotélicienne et thomasienne trop chargée d'une métaphysique dépassée... Aussi préfèrent-ils à l'étude des voies de communication entre l'être et le devoir-être au niveau des normes premières, voies sous-tendues par des prises de position en métaphysique, l'investigation des voies de communication au niveau des normes inférées. Serait-ce le cas de mon collègue et ami Gardies? À lui de répondre.

De mon côté je tiens à dire combien je suis content de voir ce qui nous est commun, à savoir la reconnaissance du cognitivisme, d'une part, et, de l'autre, le rejet de la séparation du devoir-être d'avec l'être. Il demeure que nous explorons les voies par lesquelles l'être et le devoir-être communiquent à deux niveaux différents. Ainsi nos travaux respectifs restent-ils complémentaires non obstant des nuances, voire des divergences toujours possibles sur quelque point particulier (j'en relève une plus loin). Poursuivant ma tâche complémentaire, je reviens à la lecture de la loi naturelle dans la nature de l'homme.

2. L'évidence analytique et la justification rationnelle des normes juridiques premières

Le problème de la lecture de la loi naturelle dans la nature de l'homme, pour reprendre le langage imagé, s'insère dans une problématique plus vaste et plus riche englobant en outre la justification rationnelle des énoncés vrais en général, l'évidence analytique et aussi, puisque la loi naturelle comporte tant des principes seconds que des principes premiers, l'inférence des normes. C'est pourquoi, avant de l'aborder de front, il convient d'apporter quelques précisions sur chacun de ces trois sujets.

Non seulement le terme «justification» mais encore l'expression «justification rationnelle» peuvent se voir conférées, l'un comme l'autre, plusieurs significations. Je dois donc préciser, pour prévenir tout malentendu, que j'entends par «justification rationnelle» les procédés cognitifs explicitement indiqués, mis en oeuvre en vue de la reconnaissance de la vérité d'un énoncé propositionnel et que chacun de nous, à condition bien entendu qu'il en soit capable, peut mettre en application pour son compte afin de contrôler leur première utilisation. Ce qui vient d'être dit demande à savoir la distinction entre la vérité forte et la vérité faible. Faute d'une meilleure terminologie, j'appelle «vérité forte» la propriété d'un énoncé propositionnel consistant en son accord avec la réalité objectivement existante, c'est-à-dire existant indépendamment du sujet connaissant et de sa conscience laquelle n'est en aucun cas créatrice de la réalité concernée. Il en est ainsi dans le domaine de la connaissance au sens propre du terme, la connaissance étant précisément une rencontre spécifique de deux existants, du sujet connaissant et de l'objet connu, ce dernier n'étant point un produit du premier. Mais l'intellect

humain est capable non seulement de connaître mais encore d'inventer et de construire. Alors les contenus des concepts (au sens logique du terme) et des jugements (également au sens logique) -les uns et les autres produits de l'intellect-constructeur- peuvent être considérés respectivement comme objets et états de choses purement intentionnels (je dis «purement intentionnels» parce que les contenus des concepts abstraits par l'intellect du réel objectivement existant ainsi que les contenus des jugements ne comportant que les concepts abstraits en question peuvent être tenus, eux aussi, pour objets ou états de choses, selon le cas, intentionnels, mais ils ne le sont pas exclusivement, les expressions linguistiques signifiant ces concepts ou ces jugements désignant, au sens propre et fort, des êtres ou des états de choses réels objectivement existants). Les objets purement intentionnels pouvant être traités à l'instar des êtres réels, et les états de choses purement intentionnels à l'instar des états de choses réels, on peut dire par métaphore que les expressions linguistiques correspondantes désignent -mais au sens faible puisque impropre, figuré, métaphorique- les objets ou les états de choses purement intentionnels concernés. Et lorsqu'il s'agit des énoncés propositionnels, on peut dire qu'ils sont vrais ou faux, selon le cas, derechef au sens faible (impropre, figuré, métaphorique), lorsqu'ils sont en accord ou en désaccord avec les états de choses purement intentionnels correspondants («Pénélope était la femme d'Ulysse» est vrai au sens faible alors que «Antigone était la femme d'Ulysse» est faux toujours au sens faible).

La distinction évoquée à l'instant entre la vérité au sens fort et au sens faible ainsi que la définition de l'une et de l'autre vérité permettent de dire explicitement ce que l'oeuvre d'Aristote et surtout celle de Thomas d'Aquin sous-entendent en fait, à savoir qu'il y a une double évidente analytique, l'évidence *a priori* (c'est celle dont parle R. Carnap par exemple dans *Meaning and necessity* pour ne citer que son travail le plus important en la matière) et l'évidence *a posteriori* (c'est elle que semble avoir en esprit Aristote en évoquant les deux premiers modes de la prédication καὶ αὐτό et c'est assurément celle à laquelle pense Thomas d'Aquin, découvreur du rôle ontique de l'esse et dont toute la philosophie a un caractère existentiel (peut-être faudrait-il dire «existential» en empruntant le terme à Heidegger?...)) comme le prouve le nom d'«ontologie existentielle» qu'on lui donne. Lorsqu'un langage est construit *a priori* ainsi que R. Carnap en donne l'exemple dans *Introduction to semantics* ou dans *Meaning and necessity*, ses règles syntaxiques et sémantiques, à supposer qu'elles soient respectées, obligeront à tenir certains énoncés propositionnels pour analytiques, mais ils ne seront vrais *ex terminis* qu'au sens faible, n'ayant point de référence au réel objectivement existant, ce qu'explique précisément la construction *a priori* de ces règles. Mais lorsqu'un langage est élaboré, de manière inévitablement conventionnelle bien entendu, mais afin qu'on puisse s'en servir pour parler de la réalité objectivement existante avant son

élaboration le langage en question est *a posteriori* et si ses règles syntaxiques et sémantiques rendent quelque énoncé propositionnel analytique, il est vrai *ex terminis* au sens fort, les termes dont il est composé se référant à la réalité objectivement existante. Lorsqu'il est question de l'évidence analytique des premiers principes de la loi naturelle c'est de l'évidence *ex terminis* mais *a posteriori* qu'il s'agit et non de l'analyticité *a priori*. C'est pourquoi l'admission des normes analytiquement évidentes que sont ces principes est conditionnée par la connaissance du réel auquel se réfère les termes dont elles sont composées, à savoir de la nature de l'homme. La connaissance de devoir-être exige au préalable la connaissance de l'être, ce qui faisait dire à Thomas d'Aquin, à la suite d'Aristote, que l'intellect théorique devenait pratique par extension (*intellectus speculativus per extensionem fit practicus*)¹⁴. Ainsi qu'on le voit, l'être communique avec le devoir-être, selon l'expression de J.-L. Gardies. Avant de voir plus en détails comment cela se produit dans le cas des premiers principes de la loi naturelle, arrêtons-nous au rapport entre l'être et le devoir-être en général.

À notre époque, Hans Kelsen, fortement influencé par Kant, a essayé de séparer l'être du devoir-être. Bien avant lui Hume dont le rôle fut à sa façon, déterminant dans l'élaboration par Kant de sa philosophie critique, reprochait aux philosophes d'une certaine lignée le passage illicite de l'être au devoir-être, des énoncés constatatifs aux énoncés normatifs, du langage descriptif au langage prescriptif dirait-on aujourd'hui. Prenant la défense des philosophes attaqués, Thomas Reid répondait que le passage en question aurait été incorrect et criticable s'il se situait au niveau de la connaissance discursive, autrement dit si ces philosophes avaient voulu emprunter la voie de quelque inférence; mais, effectué au niveau de la connaissance intuitive (immédiate) puisque par la voie de l'évidence analytique conditionnée par la connaissance théorique, il était parfaitement licite. Hume voyait juste, mais se trompait d'adversaire. L'impossibilité d'inférer des normes à partir des constatations qu'il relevait fut reprises par d'autres, en particulier par Henri Poincaré qui faisait remarquer avec raison qu'on pouvait tourner et retourner comme on veut un syllogisme n'ayant que des prémisses constatatives, on n'en inférerait jamais une conclusion normative. À la suite de G. H. von Wright, J.-L. Gardies élargit le débat aux énoncés mixtes, constatativo-normatifs et, après avoir donné quelques exemples, conclut que, si parmi les prémisses il y a au moins une prémisses mixte au sens indiqué à l'instant, prémisses assurant la transition entre le théorique et le normatif, on parvient à obtenir une conclusion normative¹⁵.

Arrivé à ce point, notre collègue et ami se demande s'il existe une

¹⁴ Thomas d'Aquin [E], *Summa theologiae*, I-a pars, q. 79, a. 11, sed contra; cf. o.c., q. 57, a. 2.

¹⁵ Gardies [76], pp. 274-280. Cf. Gardies [72] et [74].

transition directe entre le pur énonciatif et le pur normatif. Il répond affirmativement, donnant en exemple des énoncés mixtes aléthico-déontiques comme

(1) *S'il est obligatoire que p, alors il est possible que p.* et (1 bis) *S'il est impossible que p, alors il n'est pas obligatoire que p.*

(pour inférer (1 bis) de (1) on utilise la loi de la transposition et la règle de détachement).

J-L. Gardies voit-il les choses comme elles sont? Les énoncés aléthico-déontiques dont il a redécouvert la logique (créée par Leibniz mais en fait inconnue jusqu'aux années soixante-dix voir plus haut la note 15) relèvent, à mon avis, de la construction intellectuelle, non de la connaissance du réel. Un législateur qui interdirait ou permettrait bilatéralement l'impossible agirait irrationnellement, puisqu'inutilement, tout comme s'il obligeait au nécessaire donnant ainsi raison à cette autre thèse de notre collègue et ami de Nantes:

(2) *S'il est nécessaire que p, alors il est obligatoire que p.*

En revanche, si l'on se maintient précisément sur le terrain de la connaissance du réel, de ce qui s'y passe, tout n'indique-t-il pas que «il est possible que p» (en symboles : « $\Diamond p$ ») est un *présupposé* de «il est obligatoire que p» (en symboles «Op») et non le *conséquent* d'une *implication matérielle* dont «Op» serait l'antécédent? Dans ce cas, selon la notion de présupposition que j'ai essayé d'adapter aux normes¹⁶, un énoncé de type « $\Diamond p$ » serait vrai aussi bien lorsque l'énoncé correspondant de type « $\sim \neg Op$ » serait vrai (le non-cognitviste peut remplacer ici «vrai» par «valide», rien d'essentiel du point de vue qui est en ce moment le mien ne sera changé) que lorsque l'énoncé correspondant de type «Op» serait vrai (et « $\neg Op$ » équivaut à « $Fp \vee Mp$ » où «Fp» s'interprète «il est interdit que p» et «Mp» «il est bilatéralement permis que P»). En définitive, un énoncé de type « $\Diamond p$ » est vrai et lorsque l'énoncé correspondant de type «Op» est vrai et lorsque l'énoncé correspondant de type «Fp» l'est et lorsqu'est vrai l'énoncé correspondant de type «Mp». La relation de présupposition différant à cet égard de la relation d'implication matérielle (tant stricte qu'ordinaire), on ne peut pas dans le cas des énoncés unis par cette relation, pratiquer la transposition. La relation de présupposition existant entre les énoncés respectifs de type «Op» et « $\Diamond p$ », on est empêché de tenir les expressions «si Op, alors : $\Diamond p$ », «si Fp, alors $\Diamond p$ » et «si Mp, alors : $\Diamond p$ » pour implications matérielles (bien qu'elles leur ressemblent par le «si..., alors...» homéo-

¹⁶ Kalinowski [84], pp. 401-404. J'y exprime l'opinion selon laquelle les normes présupposent des énoncés affirmant qu'il est possible que leurs destinataires éprouvent le besoin d'une directive de comportement. Il est clair que si l'action en question n'était pas possible, ils n'éprouveraient pas ce besoin. C'est pourquoi on peut considérer l'énoncé aléthique «il est possible que p» comme présupposé par chaque énoncé normatif (signifiant une norme).

morphe précisément au foncteur d'implication de cette espèce) et de les transposer, à preuve les conséquences inadmissibles qui en découleraient. Si l'on se croyait autorisé à passer outre la directive dictée par la nature de la présupposition et à faire dériver de «si Op , alors $\Diamond p$ » l'expression de type « $\sim \Diamond p$, alors $\sim Op$ », on reconnaîtrait -vu que « $\sim Op$ » équivaut à « $Fp \vee Mp$ »-- que l'impossible est interdit ou bilatéralement permis, ce qui est inutile et pourtant irrationnel. Par ailleurs, pratiquant la transposition, on obtient, dans le cas des énoncés considérés, et «si $\sim \Diamond p$ alors $\sim Op$ » et «si $\sim \Diamond p$, alors $\sim Fp$ ». Or, puisque « $\sim Op$ » équivaut à « $P \sim p$ » et « $\sim Fp$ » à « Pp » (où « P » symbolise «il est unilatéralement permis que»), il faudrait détacher, au cas où p serait impossible, et « Pp » et « $P \sim p$ », énoncés subcontraires, mais qui ne peuvent pas être simultanément vrais, car si « $\sim \Diamond p$ » est vrai, alors on détache de «si $\sim \Diamond p$, alors $\sim Mp$ » son conséquent équivalant à « $\sim (Pp \& P \sim p)$ », ce dernier équivalant à son tour à « $\sim Pp \vee P \sim p$ ». Ainsi parvenons-nous à affirmer des énoncés contradictoires: « $Pp \& P \sim p$ » et « $\sim (Pp \& P \sim p)$ ».

Cependant, tandis que (2) s'expose uniquement à la contestation sur le terrain de la connaissance du réel, (1 bis), sous cet angle-là tout aussi contestable, fait penser à deux directives parfaitement justifiées s'adressant l'une au législateur, l'autre à son interprète, que celui-ci soit théoricien ou praticien ayant à appliquer la loi. La première peut être formulée

(3) *Le législateur ne doit pas édicter de normes obligeant à faire l'impossible.*

Cette directive est, à mon avis, la conclusion tirée d'une norme plus générale que je considère comme analytiquement évidente *a posteriori*, à savoir

(4) *Le législateur doit légiférer de manière rationnelle.*

Doté de raison de par sa nature, tout homme doit toujours agir selon elle (c'est pour cela qu'elle lui est donnée). C'est l'évidence même. *A fortiori*, lorsqu'il se comporte en législateur, la loi, au sens le plus large du terme, étant, selon l'expression de Thomas d'Aquin, une *ordinatio rationis*. Les termes dont (4) est composé signifient et désignent en fonction de la connaissance de l'homme et de sa nature, d'une part, de la loi, de l'autre, (4) est analytique *a posteriori*.

La seconde directive, celle qui s'adresse à l'interprète du droit, peut être énoncée

(3 bis) *L'interprète du droit doit interpréter la loi de manière à ce que l'impossible ne soit pas jugé obligatoire.*

C'est à (3) et à (3 bis) que correspond l'adage des juristes: «*À l'impossible nul n'est tenu*», règle d'interprétation surtout, non obstant sa forme constatative. De même que (3) est la conclusion de (4), de même (3 bis) est la conclusion de (4 bis) *L'interprète du droit doit interpréter la loi de manière rationnelle.*

Directive tout aussi analytiquement évidente *a posteriori* que (4) et pour la même raison.

Si je ne m'abuse, forte est de s'en tenir à la première conclusion de J.-L. Gardies selon laquelle on peut inférer une norme lorsqu'il y a, d'une manière ou d'une autre, du normatif dans la ou les prémisses, selon qu'il y en a une ou plus d'une, et si par ailleurs les règles logiques d'inférence sont respectées.

Ainsi n'y a-t-il que deux points de communication directe entre l'être et le devoir-être: l'évidence analytique *a posteriori* des normes premières et l'inférence des normes secondes soit lorsqu'il y a au moins une prémisse normative et une prémisse théorique, soit lorsqu'il y a au moins une prémisse mixte constatativo-normative, quelles que soient éventuellement la ou les autres prémisses (les énoncés irréels aléthico-déontiques d'une logique-construction soit dit entre parenthèses, si on les admet, sont, eux aussi, des énoncés constatativo-normatifs et il ne faudrait pas l'oublier).

Cependant J. R. Searle s'emploie à démontrer comment faire dériver «doit» de «est». Il le fait sans employer dans son exposé de l'exemple illustrant la manière de procéder à cet effet le terme «inférence»¹⁷. Existerait-il un troisième point de rencontre entre l'être et le devoir-être, point par où l'on passe de celui-là à celui-ci non par voie d'inférence mais par voie de dérivation? Je ne discuterai pas ici la question de savoir si la dérivation opérée par J. R. Searle est ou non une inférence. Pour ma part, telle qu'elle nous est présentée par son auteur, elle en est bel et bien une quoique obéissant à des règles autres que les règles logiques d'inférence, ainsi que le montre J.-L. Gardies¹⁸. Cependant il importe peu d'en débattre parce qu'une question plus fondamentale se pose, la question de savoir si, partant de

(5) *Jones a exprimé ces paroles: «Je vous promets, Smith, de vous payer cinq dollars»*

et voulant arriver à:

(6) *«Jones doit payer cinq dollars à Smith»*

J. R. Searle ne se méprend pas totalement sur la route à emprunter. Il prend la voie de la dérivation exposée dans son article, que celle-ci soit ou non une inférence et, dans l'affirmative, quelle qu'en soit l'espèce. N'aurait-il pas dû s'engager sur un tout autre chemin? Procédant comme il le fait, on peut faire «dériver» de quelques paroles prononcées ou écrites par ceux que la législation en vigueur habilite à édicter des normes juridiques dotées de force obligatoire pour les autres ou pour eux-mêmes, toutes les normes juridiques positives actuellement en vigueur (par souci de simplicité et pour faire bref limitons-nous au droit écrit, laissant de côté le droit coutumier).

Car les normes juridiques dont il est question sont les produits d'actes créateurs de normes, actes qu'il convient de qualifier de législatifs

¹⁷ Searle [64].

¹⁸ Gardies [84].

quoique le terme «acte législatif» possède habituellement un sens beaucoup plus restreint. On les accomplit en énonçant, oralement ou par écrit, des paroles qui peuvent quelque fois être remplacées par des signes conventionnels tels que des gestes ou des attitudes et qu'on interprète de ce fait finalement en paroles. Promettre en est un, tout comme contracter en général (la promesse est un contrat, unilatéral mais contrat et le contrat fait loi entre les contractants¹⁹), édicter une loi, un décret, un arrêté, un règlement etc., prononcer un jugement judiciaire ou prendre une décision administrative (ces deux derniers actes sont habituellement sources de normes individuelles à la différence des actes d'édition d'une loi, d'un décret, etc., créant le plus souvent des normes générales). Par ailleurs, qu'on crée ainsi des normes pour les autres ou pour soi-même ne change rien à l'essentiel.

Cette fois-ci nous sommes en plein performatif. Il est par conséquent surprenant que ce soit justement J. R. Searle qui s'emploie à faire dériver pas à pas des normes à partir des énoncés performatifs. Il n'y a rien à faire dériver, il n'y a qu'à constater. Et l'on constate d'emblée à la fois un acte créateur de norme et la norme créée par lui. Ceci parce que, en raison du caractère performatif des paroles directement ou indirectement prononcées, la constatation d'un acte créateur de norme équivaut à la constatation de la norme qu'il crée, en l'occurrence: «*Jones a exprimé ces paroles: «Je vous promets, Smith, de vous payer cinq dollars» si et seulement si Jones doit payer cinq dollars à Smith (sous-entendu: «à titre de promesse»)*». Il importe de faire remarquer que «*Jones doit payer cinq dollars à Smith*» figurant dans l'équivalence qui vient d'être formulée n'est pas une norme, mais la constatation du fait qu'une norme est en vigueur, constatation qui, en toute rigueur des termes, peut être énoncée comme suit: «*Jones doit payer cinq dollars à Smith*» est en vigueur à titre de promesse». Mais nous donnons souvent -on le sait bien (je pourrais citer une autorité comme G. H. von Wright, mais est-ce nécessaire?)- aux constatations des normes la structure syntaxique de surface propre aux normes mêmes.

Si je ne me trompe, il n'y a dans ce cas aucune communication

¹⁹ Si le *Code civil* ne parle *expressis verbis* (articles 1589 et 1590) que de la promesse de vente, il précise bien ce qu'est le contrat tant unilatéral que synallagmatique. Il le fait surtout dans les articles 1101, 1126 et 1134. L'alinéa premier de ce dernier mérite d'être cité, vu son importance pour notre sujet: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites» (et tout contrat, la promesse y compris, est une convention -voir C.C., art. 1101). Il résulte de ce que la promesse est un contrat que, pour conclure à l'existence d'une norme comme celle donnée en exemple par J. R. Searle, à savoir «Jones doit payer cinq dollars à Smith», il faut constater non seulement que la formule de la promesse a été prononcée, mais encore que celui à qui la promesse a été l'a acceptée. L'acceptation de la promesse est tout à fait essentielle (dans le cas de la vente, c'est elle qui distingue la promesse de vente de l'offre pure et simple appelée «pollicitation», cependant J. R. Searle n'en tient nullement compte.

entre l'être et le devoir-être. En particulier, l'un et l'autre ne communiquent point ici par quelque dérivation ou inférence spécifique.

En conclusion, l'être et le devoir-être communiquent bel et bien, n'en déplaise à ceux qui s'efforcent de les séparer au lieu de les distinguer seulement comme il convient. Mais ils ne communiquent que dans la mesure où la connaissance théorique conditionne la saisie intellectuelle de l'évidence analytique *a posteriori* des normes premières et dans la mesure où, dans une inférence, le constatatif et le normatif peuvent se conjuguer, d'une manière ou d'une autre, pour donner en conclusion une norme.

Ceci dit, revenons enfin à notre problème de la justification rationnelle des normes juridiques et au rôle qu'y joue l'évidence analytique *a posteriori*. La constatation de l'accomplissement d'un acte créateur de norme ne constitue pas par elle-même la justification rationnelle de la norme créée par l'acte constaté. Il faut vérifier en outre si l'acte en question a été accompli de manière formellement correcte, c'est-à-dire conformément à la procédure législative -au sens le plus large s'étendant aux règles déterminant comment on fait des promesses, comment on contracte, comment on prononce un jugement judiciaire et comment on prend une décision administrative --en vigueur, d'un côté, et, de l'autre, matériellement adéquate (je veux dire par là qu'il importe de s'assurer que le contenu de la norme à justifier rationnellement est de nature à pouvoir être investie de la force obligatoire. Or cela dépend de l'accord (accord dont la constatation exige des inférences que, pour faire bref, je n'examinerai pas ici) entre le contenu des normes juridiques positives et le contenu des normes juridiques naturelles parmi lesquelles, il y a, ainsi que je l'ai déjà dit, des normes inférées (principes seconds de la loi naturelle) à partir des normes premières (premiers principes de la loi naturelle) qui, elles, sont analytiquement évidentes *a posteriori*. Si l'on veut justifier rationnellement une norme juridique donnée dans notre expérience, il faut remonter jusque-là.

En guise de conclusion

J'aurais pu étudier les lettres classiques et non le droit. Je pense pourtant que j'aurais de toute façon rencontré la philosophie --et la logique. Certes, je ne les aurais pas rencontrées à travers la philosophie du droit, mais directement dans les écrits de Platon, d'Aristote, des Stoïciens et d'autres philosophes grecs. Car si je n'étais visiblement pas fait pour être juriste, comme je l'ai dit en commençant, mes dispositions et mes goûts m'orientent vers la philosophie et la logique. Néanmoins le fait est là que, à la suite du cours imprimé à ma vie plus par les circonstances que par moi-même, j'ai trouvé sur mon chemin -précisément pendant mes études juridiques- la philosophie du droit à laquelle j'ai consacré au total beaucoup de temps et de nombreux travaux, quoique- mon cours polycopié de 1947/48 qui traîne encore

même au-delà des frontières polonaises (un collègue yougoslave, T. Podgorac, m'informe dans une lettre récente qu'il le possède et peut le mettre à ma disposition si je le désire) mis à part -je n'aie jamais écrit d'exposé de l'ensemble de la philosophie du droit.

Je viens de présenter des réflexions inspirées par l'un des principaux -pour ne pas dire le plus essentiel- des problèmes de la philosophie du droit, en tout cas celui qui a retenu les plus mon attention, à savoir le problème de la justification rationnelle des premiers principes de la loi naturelle, principes constituant les normes juridiques premières. Sa solution demandait à être complétée par l'étude de la justification rationnelle des normes juridiques secondes. Il en existe deux groupes: les unes sont inférées déductivement à partir des normes juridiques premières, les autres leur sont ajoutées par le législateur humain qui les crée²⁰ (mais il ne le fait pas sans effectuer d'inférences lesquelles sont -tout comme les inférences où l'on infère les normes secondes du premier groupe- des inférences déductives normatives, c'est-à-dire des inférences déductives dont la conclusion est une norme et qui contiennent de ce fait du normatif, sous une forme ou sous une autre, au niveau de la ou des prémisses). Cela m'a conduit à la logique et amené en particulier à élaborer, à la fin des années quarante et au début des années cinquante, mes deux systèmes K_1 et K_2 de la logique des normes, comme je l'ai évoqué en 1982 dans ma communication au colloque de Palme de Majorque²¹. Mais ceci est une autre histoire. Et je n'y reviendrai pas.

Ouvrages cités

- ARISTOTE [60]: Aristotelis *Opera omnia* ex recensione Immanuelis Bekkeri edidit Regia Academia Borussica, Berolini, apud W. de Gruyter, 1960, vol. 1. *Aristoteles graecae*.
- GARDIES [72]: Jean-Louis Gardies, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, Paris, LGDJ, 1972.
- GARDIES [74]: id., «Leibniz et l'articulation des prédicats déontiques sur les prédicats modaux» (G. KALINOWSKI & J.-L. GARDIES, «Un logicien déontique avant la lettre: Gotfried Wilhelm Leibniz», pp. 98-111, dans *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 60 (1974), pp. 79-111).
- GARDIES [76]: id., «De quelques voies de communication entre l'«être» et le «devoir-être» » (*Revue philosophique de la France et de l'Étranger*, 1976, n.° 3, pp. 273-292).
- GARDIES [82]: id., «Le problème logique et le problème philosophique du passage de l'être au devoir-être» (*Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 68 (1982), pp. 281-298).
- GARDIES [84]: id., «Norme et nature» (WEINBERGER [84], pp. 105-117).

²⁰Thomas d'Aquin [EI], *Summa theologiae*, I-a II-ae, q. 95, a. 2, resp.

²¹ Voir Kalinowski [53] et [83].

- HÖFFE [82]: Otfried Höffe, «Droit naturel (droit rationnel) sans paralogisme naturaliste: un programme juridico-philosophique» (*Archives de Philosophie du Droit* 27 (1982), pp. 373-393).
- KALINOWSKI [49]: Jerzy (Georges) Kalinowski, *Teoria reguły społecznej i regułyprawnej Leona Duguit*, Lublin, TNKUL, 1949.
- KALINOWSKI [53]: id., «Théorie des propositions normatives» (*Studia logica* 1 (1953), pp. 147-182); réimprimé dans id., *Études de logique déontique* I (1953-1969), Paris, LGDJ, 1972, pp.
- KALINOWSKI [58]: id., «Théorie aristotélicienne des habitus intellectuels» (*Revue des sciences philosophiques et théologiques* (1958) pp.
- KALINOWSKI [67]: id., *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Lyon, E. Vitte, 1967; traduction castillane, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979.
- KALINOWSKI [69]: id., «*Querelle de la science normative*», Paris, LGDJ, 1969; traduction italienne *Disputa sulla scienza normativa*, Padova, CEDAM, 1983.
- KALINOWSKI [83]: id., «La genèse d'un système de logique des normes» (*Informatica e diritto*, (1983), pp. 251-267).
- KALINOWSKI [84]: id., «Présupposition, vérité et normes» (WEINBERGER [84], pp. 393-406).
- MARTYNIAK [31]: **Czesław** Martyniak, *Le fondement objectif du droit d'après saint Thomas d'Aquin*, Paris, Éditions et Publications Contemporaines, 1931.
- SEARLE [64]: John R. Searle, «How to derive «ought» from «is» (Philosophical review 73 (1964), pp. 43-58; nouvelle rédaction intitulée «Deriving «ought» from «is» » (id., *Speech acts*, Cambridge University Press, 1969).
- THOMAS D'AQUIN [EL]: Sancti Thomae de Aquino *Opera omnia* iussu Leonis XIII P. M. edita, Roma, Editori di San Tommaso, 1982-1906, tt. IV-XI.
- VON WRIGHT [57]: Georg Henrik von Wright, *Logical studies*, London, Routledge and Kegan Paul, 1957.
- VON WRIGHT [65]: «The foundation of norms and normative statements» (K. AJDUKIEWIEWICZ (ed.), *The foundations of statements and decisions*, Warszawa, Polish Scientific Publishers, 1965, pp. 351-367); réimprimé dans id., *Practical reason*, Philosophical papers, volume I, Oxford, Basil Blackwell, c.r. 1983, pp. 67-82.
- WEINBERGER [84]: *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger*. Herausgegeben von W. KRAWIETZ, H. SCHELSKY, G. WINKLER, A. SCHRAMM, Berlin, Duncker & Humblot, 1984.

