

Cas difficiles et défaisabilité des règles

L'affaire est célèbre¹. Le maire de Gotham City a pris une ordonnance qui interdit aux véhicules d'entrer dans les parcs et jardins de la ville. Une ambulance se présente aux portes du parc municipal Ra's al Ghul ; son conducteur souhaite entrer dans le parc car il s'agit d'un raccourci sur le chemin de l'hôpital et le patient est à l'article de la mort. Le gardien du parc est confronté au problème suivant : doit-il faire une exception et laisser entrer l'ambulance ? Le même problème se pose, classiquement, au juge saisi d'un recours contre la décision du gardien du parc.

Le propos du présent article n'est pas de tenter d'apporter une solution à ce problème. Il s'agira davantage de déterminer ce qui, au juste, pose problème dans l'affaire de l'ambulance de Ra's al Ghul. Ce problème constitue-t-il un « cas difficile », au sens où ce terme est entendu par les théoriciens du droit ?

La place des exceptions en droit est dans la littérature contemporaine de philosophie du droit ramenée à la problématique générale de la « défaisabilité ». L'idée d'une règle défaisable permet de capturer le rôle joué par les exceptions – en particulier les exceptions dites « implicites » – dans la manière dont les règles sont suivies ou appliquées. Il convient donc de présenter cette notion et les enjeux qu'elle recouvre, avant de se demander si les cas dans lesquels la règle est susceptible d'être « défaite » sont des cas difficiles.

1. « Défaisabilité des règles »

a. *Defeasibility 101*

La notion de « défaisabilité » a été introduite dans le vocabulaire de la philosophie du droit par HLA Hart dans un article de 1948 intitulé « The Ascription of Responsibility and

¹ Je remercie les organisateurs du colloque d'Aix-en-Provence sur le raisonnement par cas pour leur invitation, ainsi que les participants pour leurs observations et critiques. Mes remerciements vont particulièrement à Jean-Yves Chérot, Pierre Livet et à Stefan Goltzberg. – Certains passages du présent article sont repris (avec des modifications parfois substantielles tant les imperfections de ce travail de jeunesse semblent désormais criantes à son auteur) de ma thèse de doctorat – v. M. Carpentier, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Paris, Varenne/LGDJ, 2014.

Rights »² avant de disparaître mystérieusement dans la suite de ses travaux³, et du champ d'investigation de la philosophie du droit plus généralement. Elle s'est répandue par la suite dans des disciplines souvent assez éloignées du droit, principalement en philosophie morale (de Roderick Chisholm⁴ jusqu'aux particularistes moraux contemporains⁵), en philosophie de la connaissance⁶ (notamment dans le champ de la *formal epistemology*⁷), et surtout en intelligence artificielle « faible »⁸, y compris en *AI&Law*⁹. Ce n'est en fin de compte qu'assez récemment, au milieu des années 1990, que le terme « défaisabilité » a été réintroduit en théorie du droit, passé en partie au filtre des diverses disciplines qui l'ont entretemps mobilisé, et a entraîné une forme de reformulation défaisabiliste des grands débats classiques (Hart/Fuller, Hart/Dworkin, etc.) Pierluigi Chiassoni parle ainsi d'un « tournant défaisabiliste »¹⁰ en théorie du droit, comparable au « tournant interprétativiste » ayant suivi les travaux de Dworkin à la fin des années 1970.

² H.L.A. Hart, « The Ascription of Responsibility and Rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, 1948, pp. 171-194.

³ Hart a répudié « The Ascription... » dans la préface de *Punishment and Responsibility* (H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2e édition avec une introduction de J. Gardner, Oxford, Oxford University Press, p. v), sans qu'il donne les raisons exactes de ce désaveu. Il cite deux critiques, formulées par Peter Geach et George Pitcher dont il assure avoir été convaincu du bien-fondé (P. Geach, « Ascriptivism », *Philosophical Review*, 69, 1960, p. 221-225 ; G. Pitcher, « Hart on Action and Responsibility », *Philosophical Review* 69, 1960, p. 226-235.) Des doutes peuvent être soulevés quant au caractère opérant de ces critiques (v. M. Carpentier, *Norme et exception, op. cit.*, p. 180). Pour une défense vigoureuse de Hart, voir R. Loui, « Hart's Critics on Defeasible Concepts and Ascriptivism » in *Proceedings of the Fifth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York, ACM Press, 1995.

⁴ V. notamment R. Chisholm, « The Ethics of Requirement », *American Philosophical Quarterly*, 1, 1964, pp. 147-153

⁵ Voir surtout M. Lance et M. Little, « Defeasibility and the Normative Grasp of Context », *Erkenntnis*, 61, 2004, pp. 435-455 ; M. Lance et M. Little, « From Particularism to Defeasibility » in M. Lance, M. Potrc et V. Strahovnik (dir.), *Challenging Moral Particularism*, Londres, Routledge, 2008 ; R. Holton, « Principles and Particularism », *Proceedings of the Aristotelian Society. Supplementary Volumes*, 76, pp. 191-209 ; R. Holton, « Modeling Legal Rules » in A. Marmor et S. Soames (dir.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011 ; B. Celano, « True Exceptions » in J. Ferrer et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁶ V. par exemple J. McDowell, « Criteria, Defeasibility and Knowledge » in J. McDowell, *Meaning, Knowledge and Reality*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 1988.

⁷ L'auteur le plus important est John Pollock (par exemple J. Pollock, « Defeasible Reasoning », *Cognitive Science*, 11, 1987, pp. 481-518)

⁸ La défaisabilité a ainsi été principalement approchée au prisme des logiques non monotones. Parmi les travaux fondateurs, on renvoie en particulier R. Reiter, « A logic for default reasoning », *Artificial Intelligence*, 13, 1980, pp. 81-132 ; J. McCarthy, « Circumscription : A Form of Nonmonotonic Reasoning », *Artificial Intelligence*, 13, 1980, pp. 27-39 ; R. Moore, « Semantical Considerations on Nonmonotonic Logic », *Artificial Intelligence*, 25, 1985, pp. 75-94 ; D. Poole, « A Logical Framework for Default Reasoning », *Artificial Intelligence*, 1988, 36, pp. 27-47 ; D. Nute, « Defeasible Logic » in D.M. Gabbay, C.J. Hogger, J.A. Robinson et D. Nute (dir.) *Handbook of Logic in Artificial Intelligence and Logic Programming. Volume 3 : Nonmonotonic Reasoning and Uncertain Reasoning*, Oxford, Clarendon Press 1994.

⁹ On trouvera un premier aperçu des grandes questions chez H. Prakken, *Logical Tools for Modelling Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer, 1997.

¹⁰ P. Chiassoni, « La defettibilità nel diritto », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 38/2, 1008, p. 472.

De fait, « défaisabilité » est aujourd’hui en théorie du droit une étiquette qui sert à recouvrir un certain nombre de questions et de problèmes qui ne sont ni identiques ni même liés¹¹. Du reste, l’épithète « défaisable » y est prédiqué de nombreux sujets différents : on parlera de concepts défaisables, de croyances défaisables, de normes défaisables, de règles défaisables, de raisonnements défaisables, d’arguments défaisables, et ainsi de suite¹². Donc non seulement les théories de la défaisabilité évoquent divers problèmes relatifs à un même objet, mais on n’est pas certain qu’elles évoquent le même objet, i.e. qu’elles parlent bien de la même chose.

On va s’intéresser ici à la notion de défaisabilité des *règles* en général – et des règles juridiques en particulier. On peut, à titre liminaire, en donner une première définition : une règle est défaisable lorsqu’elle est susceptible de recevoir des exceptions. Cela semble un trait relativement anodin : un grand nombre de règles reçoivent des exceptions, en droit comme dans d’autres domaines régis par les règles. Cependant, la susceptibilité des règles aux exceptions, pour ordinaire qu’elle soit, n’en est pas moins intéressante à deux titres.

En premier lieu, comme Hart l’avait noté dès 1948¹³, le fait qu’une règle reçoive des exceptions, ou plutôt, soit susceptible d’en recevoir, entraîne un certain nombre de particularités du raisonnement à partir des règles. Un raisonnement est défaisable s’il permet d’effectuer à partir d’une règle une inférence par défaut, susceptible d’être « bloquée » par la survenance d’une exception. La défaisabilité du raisonnement pose un problème de formalisation logique dès lors que le raisonnement défaisable semble violer certaines lois fondamentales des systèmes logiques monotones (notamment la règle de la contraposée et la règle du renforcement de l’antécédent)¹⁴. La question que ce premier constat soulève est donc de savoir quel est le rôle que les exceptions jouent au sein du raisonnement et comment on peut modéliser un raisonnement défaisable, que ce soit dans la vie de tous les jours ou dans un contexte juridique, dès lors que celui-ci semble violer deux règles fondamentales de tout système logique classique. On a alors cherché à se doter des outils logiques (tirés généralement de systèmes non-monotones) à même de représenter la notion d’inférence par défaut rendue possible par la

¹¹ On trouvera divers essais de catégorisation dans J. C. Bayón, « Why is Legal Reasoning Defeasible ? » in A. Soeteman (dir.), *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer, 2001 ; J. Hage, *Studies in Legal Logic*, Dordrecht, Springer, 2005 ; J.L. Rofriguez et G. Sucar, « Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de analisis de la indeterminacion del derecho » in J. C. Bayon et J. Rodriguez, *Relevancia normativa en la justificacion de las decisiones judiciales*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2003 ; J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti, « Defeasibility and Legality : A Survey » in J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

¹² Voir P. Chiassoni, « La defettibilità nel diritto », art. cit., p. 475.

¹³ H.L.A. Hart « The Ascription of Responsibility and Rights », art. cit., p. 174 sq. Il convient de souligner qu’en 1948, Hart s’intéresse à l’application des *concepts* – et non des règles – juridiques.

¹⁴ Ici encore on se permet de renvoyer à M. Carpentier, *Norme et exception*, op. cit., p. 183 sq.

présence des exceptions. C'est ce qu'on a appelé la problématique de la défaisabilité du *raisonnement à partir de règles*.

En second lieu, la défaisabilité des règles suscite une question différente, hélas parfois confondue avec la précédente. Cette question porte sur les types d'exceptions qu'un système normatif comme le droit admet. Lorsque les logiciens et théoriciens de l'intelligence artificielle tentent de modéliser le raisonnement défaisable en droit, leur point de départ est souvent ce que l'on peut appeler les exceptions « explicites »¹⁵ c'est-à-dire celles qui sont directement fournies par le système de référence (par exemple, en droit pénal, l'exception de légitime défense). Or on peut se poser la question de savoir si une règle défaisable n'est pas susceptible d'admettre des exceptions « implicites ». Autrement dit, il s'agit de savoir si on peut représenter les règles (en particulier les règles juridiques) comme dotées de clauses *ceteris paribus* (ou *rebus sic stantibus*) implicites, et par conséquent de la question de savoir si la règle de droit – ou tout au moins son application – peut être « défaite » par des exceptions ultérieures, dégagées par une balance des raisons que la règle avait pourtant pour ambition, voire pour fonction, de préempter.

C'est à cette deuxième question ou série de questions que l'on va s'intéresser ici, et que l'on appellera problématique de la défaisabilité des *règles* (et non plus uniquement du raisonnement). Elle permet de capturer ce qui est en jeu dans l'affaire du parc Ra's-al-Ghul. La règle qui interdit aux véhicules, et donc aux ambulances, d'entrer dans le parc peut-elle recevoir une exception au cas d'espèce ? Ici la question n'est pas de savoir quel est le rôle que l'exception joue au sein du raisonnement (défaire l'application par défaut de la règle), mais de savoir s'il convient de faire une telle exception, ou si l'acte par lequel le gardien du parc laisse entrer l'ambulance n'est rien d'autre qu'une violation de la règle.

Il importe de remarquer que cette problématique de la défaisabilité des règles se pose de manière quelque peu différente en philosophie morale et en philosophie du droit. En philosophie morale, la question est de savoir si les normes morales sont susceptibles de recevoir des exceptions, et si d'ailleurs nos raisons morales d'agir proviennent véritablement de normes (débat sur le particularisme moral). Au contraire, en philosophie du droit, la question porte sur

¹⁵ De nombreux auteurs affirment qu'il n'y a aucun intérêt à étudier les exceptions explicites : par exemple, L. Boonin, « Concerning the defeasibility of legal rules », *Philosophy and Phenomenological Research*, 26/3 1966, p. 362 ; F. Atria, *On Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 124 ; J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti, ; J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti, « Defeasibility and Legality : A Survey », art. cit. p. 15 ; G.B. Ratti, « Normative Inconsistency and Logical Theories : A First Critique of Defeasibilism » in M. Araszkiwicz and J. Šavelka (dir.), *Coherence : Insights from Philosophy, Jurisprudence and Artificial Intelligence*, Dordrecht, Springer, 2013, p. 130 sq. Pour une critique de ces thèses, et une défense de l'intérêt de l'étude des exceptions explicites, on renvoie notamment à l'ouvrage magistral de L. Duarte d'Almeida, *Allowing for Exceptions*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 24-32.

le statut et l'origine des exceptions : cela tient au fait que les règles juridiques appartiennent à un système reposant sur des sources exclusives d'identification du droit. Les raisons susceptibles d'être mobilisées par le juge et les autres organes d'application sont, du moins *prima facie*, restreintes au seul champ des règles juridiques *valides* au sein de ce système. Au contraire de la morale, le droit est doté de critères de *validité* qui viennent restreindre (du moins est-ce l'hypothèse de départ) les raisons susceptibles d'être mobilisées par le juge. Ainsi, l'existence d'exceptions explicites n'est contestée par personne (c'est ce qu'on a appelé la défaisabilité « faible » des règles), dans la mesure où ces exceptions sont formulées par d'autres normes valides du système juridique. En revanche la question de savoir s'il y a, en droit, des exceptions implicites, c'est-à-dire si les règles juridiques comportent des clauses *ceteris paribus* tacites est plus épineuse (problématique de la défaisabilité forte).

b. Défaisabilité et nature des règles

Envisager les règles comme étant défaisables revient à se poser deux grands types de questions. La première (qui est commune aux interrogations de philosophie morale et de théorie du droit) porte sur la compatibilité d'une telle défaisabilité avec la nature des règles. La deuxième porte sur la compatibilité de la défaisabilité alléguée des règles *juridiques* avec la nature du droit.

Commençons par la première question : est-il compatible avec la nature des règles que celles-ci puissent être sujettes à des exceptions non spécifiables à l'avance ? Autrement dit, une règle qui comporterait (expressément ou tacitement¹⁶) une clause *ceteris paribus*, ou qui se terminerait par « sauf si... » serait-elle encore une règle ? Ce problème a été posé (et résolu de manière étonnamment péremptoire) par Hart¹⁷ au chapitre VII du *Concept de droit* :

Nous promettons à un ami de lui rendre visite le lendemain. Lorsque le jour arrive, il apparaît qu'en tenant la promesse, nous serions amenés à délaissier une personne dangereusement

¹⁶ Il convient de noter ici qu'il importe peu que la clause *ceteris paribus* soit explicite ou tacite. De nombreuses règles juridiques comportent explicitement de telles clauses ; dans certains cas, une règle du système juridique attribue une telle clause à l'ensemble des autres règles du système (par exemple : l'article 62 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités). Il convient de ne pas confondre le caractère explicite ou implicite de la *défaisabilité* (de la susceptibilité de la règle aux exceptions) et le caractère explicite ou implicite des *exceptions*, c'est-à-dire des dispositions normatives qui déterminent les cas dans laquelle la règle est défaite (pour un tableau synthétique, voir M. Carpentier, *Norme et exception, op. cit.*, p. 349). Lorsqu'une règle comporte une clause *ceteris paribus* (« ...sauf dans des circonstances exceptionnelles »), elle est explicitement défaisable, mais les exceptions ne sont pas spécifiées par le système juridique – elles le seront par l'organe d'application.

¹⁷ Il convient de noter que Hart ne rattache pas cette question au concept de « défaisabilité ». Cela tient au fait que, comme on l'a suggéré, ce concept est mobilisé en 1948 pour prendre en charge la problématique de la défaisabilité du raisonnement juridique, à l'appui duquel Hart mobilise en 1948 des exceptions *explicites* du système juridique. En 1961, c'est bien la question des exceptions « implicites » qui se pose.

malade. La fait d'accepter cette circonstance comme une raison valable de ne pas tenir la promesse ne signifie certainement pas qu'il n'existe aucune règle qui exige que l'on tienne ses promesses (...). Du fait que de telles règles comportent des exceptions que l'on ne peut énoncer de manière exhaustive, il ne résulte pas que nous soyons abandonnés dans chaque situation à notre libre appréciation et que nous ne soyons jamais obligés de tenir une promesse. Une règle qui se termine par le terme « sauf si... » est encore une règle¹⁸.

Une règle qui se termine par « sauf si... », c'est-à-dire qui laisse à son destinataire la possibilité d'en écarter l'application dans une série de cas donnés non spécifiés (ni spécifiables) à l'avance, est-elle réellement une règle ? On peut en douter, dans la mesure où la règle a précisément pour fonction de préempter la balance des raisons que l'agent mobilise au cours de sa délibération pratique. Si le destinataire de la règle est (expressément ou tacitement) habilité par cette dernière à mobiliser, contre les raisons qu'il peut avoir de l'appliquer, d'autres raisons susceptibles de justifier qu'on en écarte l'application, alors la règle ne peut plus prétendre jouer au sein de la délibération pratique le rôle qu'elle est censée, *en tant que règle*, avoir. Une règle défaisable semble alors une contradiction *in adjecto*.

L'un des auteurs à avoir soutenu avec le plus de véhémence la thèse de l'indéfaisabilité des règles est Frederick Schauer¹⁹. Ses arguments reposent sur une théorie de la nature des règles trop complexe pour qu'on puisse lui faire justice ici. Précisons simplement que Schauer définit les règles comme des « généralisations enracinées » à partir de cas paradigmatiques²⁰. Supposons que j'entre avec mon chien dans un restaurant et que celui-ci occasionne toutes sortes de troubles de manière à empêcher le bon fonctionnement du service. Le propriétaire du restaurant peut m'ordonner de laisser mon chien à l'extérieur du restaurant, mais il peut également décider de prévenir des troubles similaires. Pour ce faire, il va effectuer une généralisation à partir du cas individuel, qui sera guidée par ce que Schauer appelle une justification qui détermine le but dans lequel on procède à la généralisation elle-même. Ici, la justification est le souci de prévenir les troubles dans le restaurant.

¹⁸ H.L.A. Hart, *Le Concept de droit*, 2^e édition, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Presses Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 158 ; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3^e édition, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 139

¹⁹ Voir surtout F. Schauer, « Exceptions », *Chicago Law Review*, 58, 1991, pp. 871-899 ; F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford, Oxford University Press, 1991 ; F. Schauer, « On the Supposed Defeasibility of Legal Rules », *Current Legal Problems*, 51, 1998, pp. 223-240 et F. Schauer, « Is Defeasibility an Essential Property of Legal Rules ? » in », in J.Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press, 2012. On trouvera diverses critiques des thèses de Schauer dans : C. Finkelstein, « When the Rule Swallows the Exception », in L. Meyer (dir.), *Rules and Reasoning. Essays in Honour of Fred Schauer*, Oxford, Hart Publishing, 1999 ; J. Stein, « The Necessary Language of Exceptions. A Response to Frederick Schauer's "Exceptions" », *NYU Annual Survey of American Law*, 63, 2007, pp. 99-137 ; J.L. Rodriguez, « Against the Defeasibility of Legal Rules », in J.Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press, 2012 ; et surtout L. Duarte d'Almeida, *Allowing for Exceptions*, *op. cit.*, p. 138 sq.

²⁰ F. Schauer, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, p. 25 sq.

Etant donné le caractère probabiliste de la généralisation, la règle ainsi obtenue aura nécessairement à être sur-inclusive (ou sous-inclusive²¹) du point de vue de sa justification d'arrière-plan²². Une règle est sur-inclusive si son champ d'application inclut des cas qui seraient laissés de côté si on appliquait directement la justification. Ainsi la règle sur les chiens est clairement sur-inclusive, dès lors qu'elle prohibe y compris les chiens tranquilles ne provoquant aucun trouble. Lorsque l'on généralise, c'est eu égard à des cas du passé, mais en cherchant à produire des effets dans le futur²³. Enraciner une généralisation consiste à figer l'application de la règle pour tous les cas présentant cette propriété. Par conséquent, lorsque survient un cas où la règle est sur-inclusive, la généralisation contrôle toujours la décision, qui ne peut être prise – si elle souhaite suivre la règle, naturellement – sur le fondement de l'insatisfaction procurée par le cas à l'aune de la justification de la règle. La notion d'enracinement implique donc que la justification de la règle est impropre à être invoquée lors de la résolution de cas particuliers, y compris lorsque l'application de la règle dessert la justification elle-même²⁴.

Dans cette perspective, une règle défaisable²⁵, c'est-à-dire sujette à des exceptions non spécifiables à l'avance²⁶, ressemble bien à une contradiction *in adjecto*. Selon Schauer, l'idée de défaisabilité repose sur la notion de sur-inclusivité. Affirmer qu'une règle est défaisable lorsque son application dépend de la non-occurrence de conditions non spécifiables à l'avance

²¹ On laisse de côté les cas de sous-inclusivité ici. Une règle est sous-inclusive si son scope exclut des cas qui seraient pourtant régularisés si on appliquait directement la justification. Ainsi la règle sur les chiens est clairement sous-inclusive dès lors qu'elle semble exclure du scope de la règle un grand nombre de cas où des troubles sont susceptibles d'être occasionnés – si j'entre dans le restaurant avec mon ours de compagnie, celui-ci ne tombe pourtant pas sous le coup de la règle. La sur-inclusivité et la sous-inclusivité ne sont toutefois pas des défauts symétriques des règles. En effet, je peux pallier la sous-inclusivité en énonçant une autre règle répondant à la même justification d'arrière-plan que la première. En revanche, je ne peux pas résoudre un problème de sur-inclusivité sans modifier la règle elle-même.

²² F. Schauer, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, p. 31.

²³ F. Schauer, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, p. 44. Voir aussi Schauer, et F. Schauer, « On the Supposed Defeasibility of Legal Rules », *art. cit.*, p. 223.

²⁴ F. Schauer, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, p. 49. Il en va ainsi *a fortiori* lorsque l'on souhaite invoquer non pas la justification de la règle, mais des justifications extrinsèques, comme c'est le cas dans l'affaire du parc Ra's Al-Ghul, où la justification d'arrière-plan (prévenir les troubles à la tranquillité publique) est impropre à entraîner la défaite de la règle (puisque une ambulance entrant toutes sirènes hurlantes dans le parc cause manifestement de tels troubles) : la justification pouvant amener à défaire la règle est autre que la justification d'arrière-plan de celle-ci (par exemple : faire face à l'urgence vitale pour le patient).

²⁵ Il est à noter que Schauer n'envisage que les exceptions dites « implicites ». Selon Schauer, (voir notamment F. Schauer, « Exceptions », *art. cit.*, p. 872), les exceptions explicites n'ont pas un grand intérêt dans la mesure où elles ne sont que des qualifications de la règle elle-même due à des contingences purement linguistiques : lorsqu'une règle interdit aux chiens d'entrer dans le restaurant, sauf aux chiens d'aveugle, elle ne fait en réalité que restreindre le scope de la règle aux cas des chiens qui ne sont pas des chiens d'aveugle. S'il existait un terme qui signifie « chien qui n'est pas chien d'aveugle », alors l'exception ne serait pas apparente dans la règle elle-même. Supposons qu'existe un tel terme, par exemple « quien », on aurait alors la règle : « tous les chiens sont interdits dans le restaurant ». La règle, de manière tout à fait triviale, s'appliquerait aux cas auxquels elle s'applique, et ne s'appliquerait pas aux cas où elle ne s'applique pas (i.e. les chiens d'aveugle).

²⁶ F. Schauer, « On the Supposed Defeasibility of Legal Rules », *art. cit.*, p. 231.

revient à affirmer qu'une règle est défaisable lorsque son application est conditionnée à l'occurrence de cas appartenant non seulement au champ d'application de la règle, mais répondant également à sa justification d'arrière-plan – voire à une autre justification quelle qu'elle soit.

Affirmer que les règles juridiques sont nécessairement défaisables revient à affirmer que les règles juridiques sont des *rules of thumb*, des règles indicatives sans valence normative : une règle susceptible d'échec interne, i.e. une règle défaisable, n'est tout simplement pas une règle : « Si le conflit entre la règle et sa justification est suffisante pour favoriser la justification sur la règle, alors tout le travail normatif est effectué par la justification, et aucunement par la règle²⁷. » Il en résulte que la défaisabilité n'est pas une propriété des règles. Une règle qui effectue son « travail normatif » n'est pas défaisable. Elle devient défaisable si elle est traitée comme telle, c'est-à-dire comme une *rule of thumb* de la part du juge ou, plus généralement, de celui qui doit prendre une décision sur le fondement exclusif de règles.

Cependant, Schauer maintient que la force normative des règles est présomptive²⁸. Par conséquent, lorsque surviennent des conditions particulièrement difficiles, il peut être consistant avec la règle que cette dernière soit défaisable, mais cela suppose « un standard élevé de défaite »²⁹. Quand est-ce que ce standard est présent ? Quand est-il compatible avec la fonction normative de la règle d'être défaisable ? Selon Schauer, une telle règle est défaisable lorsqu'il existe des raisons de ne pas appliquer la règle dont la force est plus grande que celle qui aurait été suffisante pour qu'elles soient applicables si la règle n'avait pas existé³⁰. Si la règle rend obligatoire de ϕ et si j'ai une raison R de non- ϕ , alors il faut que R soit beaucoup plus forte que n'importe quelle raison me déterminant à non- ϕ en l'absence de toute règle relativement à ϕ .

Ici Schauer n'entend pas démontrer que le droit ne comprend aucunement d'exceptions implicites, mais uniquement que si (et seulement si) le droit est tenu pour un ensemble de règles, alors ces règles doivent être tenues pour indéfaisables, sauf circonstances en tout point

²⁷ F. Schauer, « On the Supposed Defeasibility of Legal Rules », art. cit., p. 233. Voir aussi, F. Schauer, « Exceptions », art. cit., p. 894.

²⁸²⁸ Schauer, *Playing by the Rules*, op. cit., p. 196 sq. ; Schauer, « On the Supposed Defeasibility of Legal Rules », art. cit., pp. 238-239. Schauer a reformulé cette idée en termes de raisons pour l'action. Lorsque je donne la raison de l'action que je vais ou que je viens d'effectuer, je m'engage (j'effectue un *commitment*) à faire de cette raison une raison valable pour cette délibération future, puisque le fait même que cette raison soit une raison valable suppose qu'elle soit généralisable. De ce fait, la raison en tant que telle est indéfaisable (voir F. Schauer, « Giving Reasons », *Stanford Law Review*, 47, 1995, p. 647 sq.), mais l'engagement lui-même ne peut valoir que *prima facie*.

²⁹ Schauer, « On the Supposed Defeasibility of Legal Rules », art. cit., p. 239

³⁰ Schauer, « On the Supposed Defeasibility of Legal Rules », art. cit., p. 238.

exceptionnelles, ce qui exclut que la généralisation enracinée soit prise en défaut dans les cas ordinaires d'application de la règle. Rien ne s'oppose à ce qu'un système juridique habilite les juges à réviser les règles sur le fondement de leur justification d'arrière-plan ou d'autres justifications ; mais on ne saurait alors affirmer qu'ils agissent en fonction de règles.

c. Défausabilité et nature du droit

A supposer même que la question de la compatibilité de la défausabilité avec la nature des règles soit résolue par l'affirmative, se poserait la question de savoir si les règles *juridiques* peuvent être dites défausables. Toute la question est alors de savoir si la défausabilité des règles est compatible avec une conception positiviste de la nature du droit. Une théorie peut être qualifiée de positiviste (à titre liminaire) lorsqu'elle prend pour postulat (ou entend démontrer) l'idée selon laquelle la validité des règles juridiques dépend de faits sociaux (leur rattachement à des sources sociales) et non à leur mérite, en particulier leur mérite moral³¹. L'une des conséquences possibles (mais on le verra, non nécessaire) du positivisme est l'affirmation selon laquelle il y a une distinction entre la création et l'application du droit : si le juge peut être amené, dans des cas difficiles (voir *infra*), à préciser le contenu de la règle de droit, il ne peut pas écarter l'application d'une règle clairement applicable en prenant pour fondement de sa décision des considérations extra-juridiques. Si les exceptions sont clairement fournies par le système juridique, c'est-à-dire sont rattachables à l'une des sources sélectionnées par la règle de reconnaissance du système, alors le problème ne se pose pas. En revanche si elles ne sont pas fournies par ce système, cela veut dire qu'elles sont rattachables à des raisons extra-juridiques. La question de savoir quel est le rôle des raisons extra-juridiques – extra-juridiques au sens d'une théorie positiviste : non-rattachable à une source – dans le processus d'application de la règle de droit revient à se poser la question des limites d'une théorie positiviste du droit.

Cette question n'est pas celle de la défausabilité *morale* des règles de droit. A part un positiviste idéologique³² radical, personne ne niera qu'un juge ait l'obligation morale de « défaire » une règle, c'est-à-dire de ne pas l'appliquer, lorsque pour une raison ou une autre

³¹ Voir là-dessus notamment J. Gardner, « Legal Positivism: 5 1/2 Myths », *American Journal of Jurisprudence*, 46, 2001, pp. 199-227 ; M. Cottreau, *La séparation entre droit et morale. Analyse d'une thèse constitutive du positivisme juridique*, thèse dactyl., Université Toulouse 1 Capitole, 2018, not. p. 29 sq. et 71 sq.

³² Sur ce point voir C. Redondo, « "Reglas genuinas" y positivismo jurídico », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto 1998*, Turin, Giappichelli, 1999, p. 253. Sur le positivisme idéologique, les références classiques sont N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Paris-Bruxelles, LGDJ- Bruylant, 1998, p. 27-28 ; A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris-Bruxelles, LGDJ- Bruylant, 2004, p. 157-160.

cette application entre en conflit avec une norme morale de telle manière qu'aucune autre raison morale ne peut justifier de l'appliquer malgré tout. Comme l'écrit Juan Carlos Bayón : « Il peut certainement y avoir des raisons morales très puissantes de ne pas tenir compte d'une norme en de certaines occasions, et il est même concevable qu'un système juridique concède aux juges le pouvoir de changer le droit lorsqu'il pense que c'est le cas. Mais affirmer que les normes juridiques sont défaisables ne revient pas à cela³³. » Il convient donc de distinguer la défaisabilité morale des règles juridiques, qui est incontestable, et la défaisabilité juridique de ces dernières.

La résolution la plus simple de ce problème consiste à nier que les raisons mobilisées à l'appui de la reconnaissance d'une exception implicite soient des raisons extra-juridiques, bien qu'elles ne soient formulées dans aucune norme susceptible d'être rattachées à une source. Autrement dit, il est possible de faire de la défaisabilité des règles juridiques le point central d'une théorie antipositiviste. En réalité, comme on tentera de le montrer à la fin de cet article, la défaisabilité des règles juridiques est pleinement compatible avec une théorie positiviste³⁴ de la nature du droit, dès lors que celle-ci se présente comme une théorie de la validité des normes juridiques, et non pas comme une théorie de la décision juridictionnelle, ni même du processus d'application des règles. Une théorie positiviste (y compris appartenant au positivisme dit exclusif³⁵) admettra tout à fait qu'un système juridique puisse habiliter les organes d'application du droit à modifier les règles lorsque des circonstances exceptionnelles l'exigent.

2. « Cas difficiles »

Le cas susceptible d'entraîner la « défaite » de la règle constitue-t-il un cas difficile ? Le gardien du parc Ra's-al-Ghul, chargé d'appliquer la règle qui lui interdit de laisser entrer les véhicules dans le parc mais désireux de laisser entrer l'ambulance, est-il confronté à un cas difficile ? Ou bien se contente-t-il de statuer *contra legem* ? Ou bien encore modifie-t-il la règle au même titre que son créateur ? La réponse à cette question dépendra largement de la réponse

³³ J.C. Bayón, « Why is Legal Reasoning Defeasible ? », art. cit., p. 339. Voir également J.L. Rodriguez et G. Sucar, « Las trampas de la derrotabilidad », art. cit., p. 144 ; E. Bulygin, : « Review of Jaap Hage's Law and Defeasibility », *Artificial Intelligence and Law*, 11, 2003, p. 247 ; J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti, « Defeasibility and Legality : A Survey », art. cit., p. 23 ; W. Waluchow, « Defeasibility and Legal Positivism » in J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press 2012, p. 257 sq. ; L. Duarte d'Almeida, *Allowing for exceptions*, op. cit., p. 146.

³⁴ Voir pour une démonstration en ce sens W. Waluchow, « Defeasibility and Legal Positivism », art. cit. Pour un argument en sens inverse, v. A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 104 sq.

³⁵ Voir par exemple la théorie des « pouvoirs dirigés » de J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 230 sq.

aux deux questions (relatives à la nature des règles et à la nature du droit) examinées précédemment, et ce ne sont pas ces aspects qui vont nous retenir ici. Le problème conceptuel qu'on va envisager est, dans une certaine mesure, indépendant des choix théoriques effectués. L'existence de cas difficiles, dans lesquels l'applicabilité de la règle est douteuse, n'est contestée par personne ; se pose la question de savoir si les cas où la règle est susceptible d'être défaite en fait partie. *Prima facie* la réponse semble négative. Le propre d'un cas difficile est, on le verra, d'intervenir lorsque l'on ne sait pas si la règle est applicable, ou doit être appliquée, au cas d'espèce. La défaisabilité semble au contraire recouvrir une hypothèse différente, où la règle est clairement applicable (l'ambulance est clairement un véhicule) mais où une raison supplémentaire vient justifier qu'on en écarte l'application. Cependant on peut constater une certaine porosité entre les cas de défaisabilité et les cas difficiles ce qui pose un clair problème de délimitation conceptuelle.

a. Qu'est-ce qu'un cas difficile ?

Il convient tout d'abord d'apporter quelques précisions sur la notion de cas difficile que l'on va envisager ici. Selon Ronald Dworkin, un cas difficile apparaît lorsque « un litige donné ne peut être résolu par l'application (*brought under*) d'une règle de droit claire, édictée à l'avance par une institution »³⁶. De la même manière, Joseph Raz distingue entre les disputes réglées et non réglées : « Une dispute est réglée si les questions revêtant la forme suivante : “dans ce cas, la cour devrait-elle décider que p ?” reçoivent une réponse juridique correcte. Elle est non-réglée si certaines de ces questions ne reçoivent pas une réponse juridique correcte »³⁷. Un cas difficile (ou une dispute non-réglée) intervient lorsque le droit ne fournit pas – ou, chez Dworkin, ne semble pas fournir – une réponse claire et correcte (d'un point de vue juridique) au litige que l'organe d'application du droit doit résoudre. Il y a une double dimension aux cas pratiques, une dimension épistémique et une dimension systémique. Une dimension épistémique tout d'abord : dans un cas difficile, le juge ne *sait* pas s'il doit appliquer la règle au cas, et, dans certains cas, il ne sait pas quelle règle appliquer : il y a là une limite aux capacités épistémiques du juge – de tout juge en réalité. Une dimension systémique ensuite : dans un cas difficile, le droit ne donne aucune bonne réponse au litige, car la norme qui permet de le

³⁶ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1978, p. 81. Il ne s'agit pas ici de se pencher sur la *théorie* dworkinienne des cas difficiles : pour une discussion récente en français, voir J.-Y. Chérot, « Le droit comme intégrité chez Dworkin. Une contribution à l'épistémologie d'une argumentation controversée », *Revue de la Recherche Juridique/Cahiers de Méthodologie Juridique*, 29, 2016, pp.1973-199

³⁷ J. Raz, *The Authority of Law*, 2^e édition, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 181.

résoudre de manière univoque fait défaut³⁸ : ainsi dans les cas de texture ouverte (v. *infra*), la règle qui permet de régler le cas fait défaut, car la règle existante ne spécifie pas si les propriétés du cas sont pertinentes ou non. Ainsi si un enfant apporte sa voiture télécommandée au parc Ra's-Al-Ghul, le juge ne saura pas si l'ordonnance du maire de Gotham City est applicable à ce cas, en partie parce que le système juridique ne contiendra pas de norme spécifique relative au cas des voitures télécommandées (voire de cette voiture télécommandée-ci).

Il est bien sûr possible de nier la dimension systémique des cas difficiles pour ne retenir que la dimension épistémique. Selon cette conception, les cas difficiles ne proviennent pas de ce que le système juridique échoue à fournir une seule bonne réponse au litige que le juge a à résoudre, mais uniquement des limites qui affectent les capacités épistémiques de tout juge humain. Une telle conception est typiquement celle de Dworkin qui utilise la figure d'un juge aux capacités épistémiques surhumaines (le célèbre Hercule) pour mettre en évidence l'existence d'une unique bonne réponse dans les cas difficiles³⁹. On demeurera ici agnostique sur la valeur heuristique d'une telle expérience de pensée et sur la validité des conclusions que Dworkin entend en tirer.

A partir de la définition donnée ci-dessus, on peut établir une typologie sommaire des cas difficiles⁴⁰. Il y a quatre types de cas difficiles :

i. Il y a tout d'abord ce qu'on peut appeler les *cas difficiles factuels* : ce sont les cas qui correspondent le moins à la définition donnée ci-dessus, dès lors que la difficulté ne provient pas d'une déficience du droit (ou de la connaissance du droit), mais d'une déficience de la connaissance des faits. De tels cas sont ceux où les faits sont difficiles à établir, faisant naître des doutes sur l'applicabilité de la règle au cas d'espèce.

ii. Il y a ensuite ce qu'on peut appeler les *cas difficiles interprétatifs* : ils naissent de difficultés dans l'interprétation de l'énoncé normatif, dans la mesure où la signification de l'énoncé normatif est instable. Cette difficulté empêche d'identifier le « contenu » de la règle,

³⁸ C'est ce constat qui amène Raz à identifier l'ensemble disputes non régulées (texture ouverte, conflit de normes, etc.) sous le nom de « lacunes » (*gaps*), même s'il est évident que par là il n'entend pas des lacunes *stricto sensu* (l'absence de toute règle juridique susceptible de réguler le cas), dont il nie l'existence (voir J. Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 75 sq.).

³⁹ R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 1986, p. 239 sq.

⁴⁰ Diverses typologies existent. Voir R. Guastini, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Droit & Société*, 2, 1986, p. 16 ; A.C. Hutchinson and J.N. Wakefield, « A Hard Look at Hard Cases », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 1982, pp. 93-94 ; C. Alchourrón et E. Bulygin, *Normative Systems*, Vienne-New York, Springer Verlag, 1971, p. 31 ; C. Redondo, « Teorías del derecho y indeterminación normativas », *Doxa*, 20, 1997, p. 186 ; J.J. Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht, Kluwer, 1998, p. 56-90 ; J. Coleman et B. Leiter, « Determinacy, Objectivity and Authority » in A. Marmor (dir.), *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 212-228 ; M. Iglesias Vila, *Facing Judicial Discretion*, Dordrecht, Kluwer, 2001, p. 14 sq. ; S. Soames, *Philosophical Essays. Volume 1*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 403.

et par conséquent son applicabilité au cas d'espèce. Les cas d'ambiguïté de tous ordre (lexicale, syntaxique, etc.) en sont l'exemple le plus courant.

iii. Le troisième type de cas difficile peut être identifié sous le nom de *cas difficiles subsomptifs*⁴¹ : dans ce genre de cas, la signification de l'énoncé normatif n'est pas douteuses, mais c'est sa référence qui est problématique, dans la mesure où l'on ne sait pas si le cas instancie les propriétés pertinentes pour l'application de la règle. Les cas les plus fréquents sont les cas de *vague* : par exemple une règle d'urbanisme applicable aux immeubles de grande taille sera confrontée à de nombreux cas difficiles dans la mesure où si l'extension et l'anti-extension du concept « grand » sont aisément identifiables, il existera de nombreux cas-limites dans lesquels il sera impossible d'affirmer qu'un immeuble est grand ou non.

iv. Enfin, le quatrième type de cas difficile est constitué par les situations de *conflits de normes*.

Il convient de noter que certains cas difficiles peuvent se présenter comme une hybridation de certaines des catégories ci-dessus. Les cas de texture ouverte⁴² sont typiquement un mixte de cas difficile interprétatif et subsomptif, dans la mesure où, comme dans le vague, un concept doté de texture ouverte s'organise autour d'une triade extension/anti-extension/cas-borderline⁴³, mais où, comme l'ambiguïté, ce phénomène tient non pas à l'existence d'un paradoxe sorite (comme pour le vague) mais dans une instabilité de la signification de l'énoncé. Les concepts dotés de texture ouverte se comportent comme des concepts vagues⁴⁴, mais la difficulté à cerner leur extension provient d'une instabilité de leur intension : il est impossible de déterminer de manière exhaustive les propriétés qui constituent cette intension. Il en résulte une forme de quasi-ambiguïté lexicale, dans la mesure où les propriétés de l'intension du concept – et partant la signification de l'énoncé – sont amenées à varier selon le contexte d'énonciation. Par exemple, une voiture télécommandée présente un certain nombre des propriétés du concept véhicule, mais la question de savoir si ces propriétés sont suffisantes pour que le concept (et donc l'énoncé normatif qui le mobilise) lui soit applicable est indécidable

⁴¹ Riccardo Guastini a insisté sur la distinction des cas difficiles interprétatifs et subsomptifs, voir R. Guastini, « Rule-Scepticism Restated » in L. Green et B. Leiter, *Oxford Studies in Philosophy of Law: Volume 1*, Oxford, Oxford University Press, 2001. On tentera cependant de démontrer que les cas pénombraux dus à la texture ouverte des énoncés normatifs empruntent à la fois aux cas difficiles interprétatifs et subsomptifs.

⁴² Sur la texture ouverte des énoncés juridiques, on se contentera de renvoyer à l'analyse fondatrice de H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 124 sq.

⁴³ Dans mes précédents travaux j'ai critiqué l'idée selon laquelle les concepts dotés de texture ouverte auraient une anti-extension (M. Carpentier, *Norme et exception*, *op. cit.* p. 522). Je ne reviens pas sur ce point qui est secondaire ici.

⁴⁴ C'est pourquoi Kit Fine définit la texture ouverte comme une forme de vague intensionnel, par contraste avec les formes classiques, extensionnelles, de vague (« tas », « grand », « chauve », etc.). V. K. Fine, « Vagueness, Truth and Logic », *Synthese*, 30, 2005, p. 266..

dans la mesure où il est douteux si certaines propriétés (la taille, le caractère de jouet, etc.) sont pertinentes ou pas pour caractériser un véhicule. Cela tient au fait que « véhicule » est un *cluster concept*, c'est-à-dire un concept défini par plusieurs ensembles de propriétés qui se recoupent partiellement : usuellement, on suppose qu'un véhicule doit avoir des roues ; mais il serait intuitivement possible d'appeler véhicule une automobile dépourvue de roues se déplaçant sur un coussin d'air à 5 cm du sol. Dans ces conditions la question de savoir si tel ensemble de propriétés ou tel autre doit être retenu dépend essentiellement du contexte et il est des cas, nombreux, dans lesquels ce contexte rend la réponse à cette question indécidable.

Dans la suite de cet article on va retenir avant tout *les cas difficiles subsomptifs* et *les cas difficiles à l'intersection entre le subsomptif et l'interprétatif* – à savoir principalement les cas de texture ouverte. Comme Hart l'avait vu, ce qui rend ces cas difficiles peut être saisi par la métaphore du noyau et de la pénombre⁴⁵ : pour chacune des règles concernées, il y a des cas clairs, où la règle s'applique aisément, voire mécaniquement – c'est le noyau ; et puis il y a des cas pour lesquels il est douteux de savoir si le ou les concepts mobilisés par l'énoncé normatif s'appliquent ou non, soit en raison du vague, soit en raison de la texture ouverte. L'ensemble de ces cas difficiles dans l'application de la *règle* repose donc sur des *cas pénombraux* d'application du *concept* (ou plutôt du terme conceptuel) mobilisé dans l'énoncé de la règle.

b. Cas pénombraux et défaisabilité

En principe, la défaisabilité des règles juridiques ne correspond pas à un cas difficile causé par un cas pénombrial. L'existence d'un cas pénombrial entraîne en effet une incertitude sur la question de savoir si le cas est bien régulé par la règle. Lorsqu'on s'interroge sur la défaisabilité de la règle, cela implique que le cas soit bien régulé par la règle ; la question se pose de savoir si, au regard des circonstances, il convient d'écarter l'application d'une règle au cas. Ainsi, contrairement à la voiture télécommandée, l'ambulance est bien un cas clair de « véhicule » ; au regard de l'ordonnance du maire de Gotham City, le dilemme dans lequel est plongé le gardien du parc Ra's-al-Ghul est un cas clair d'application de la règle⁴⁶.

⁴⁵ H.L.A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 71, 1958, p. 607 ; H.L.A. Hart, *Le Concept de droit*, op. cit., p. 142. Il emprunte cette métaphore à Bertrand Russell (B. Russell, *Vagueness* », *Australasian Journal of Philosophy and Psychology*, 1, 1923, p. 88.)

⁴⁶ On trouvera ainsi une réfutation du caractère pénombrial des cas de défaite de la règle dans divers écrits, qui distinguent notamment défaisabilité et texture ouverte : P. Helm, « Defeasibility and Open Texture », *Analysis*, 28, 1968, p. 173-174 ; J.C. Bayón, J.C. Bayón, « Why is Legal Reasoning Defeasible ? », art. cit., p. 339 ; J.L. Rodriguez et G. Sucar, « Las trampas de la derrotabilidad », art. cit 2001, p. 129 ; J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti, « Validity and Defeasibility in the Legal Domain », *Law and Philosophy*, 29, 2010, p. 615 (qui, curieusement, attribuent la confusion à Hart lui-même, et soulignent la nécessité de distinguer les deux questions) ; R. Holton,

Peut-être cependant une telle affirmation va-t-elle un peu vite en besogne. Il est possible en effet de critiquer l'approche trop littéraliste de l'interprétation et de l'application des concepts juridiques qui sous-tend cette position. C'est l'une des critiques célèbres adressées par Lon Fuller à Hart⁴⁷. Selon Fuller, la signification des énoncés normatifs n'est pas fixée par le sens ordinaire (ou littéral) de chacun de ses termes atomiques ; elle est au contraire conférée par le but qui est assigné à la règle par son auteur. Ce n'est donc pas la signification du mot « véhicule » qui explique que l'on puisse parler de cas clair lorsqu'un Hummer se présente aux portes du parc ; c'est au contraire le but sous-jacent qui est conféré à la règle, et qui est tellement évident qu'on l'applique sans y penser. Fuller entend alors réfuter ce qu'il appelle une « *pointer theory of meaning* » qui fait reposer la signification sur l'énoncé et non sur ses termes atomiques, et sur le but assigné à l'énoncé plutôt qu'à son sens littéral et ordinaire. Ce que Hart appelle cas difficiles n'est selon Fuller pas lié à la présence de cas pénombraux, mais à la nécessité plus immédiatement présente à la conscience du juge de devoir rechercher le but de la règle qu'il a à appliquer. L'intégration du but de la règle comme composante de la signification de l'énoncé de la règle entraîne chez Fuller la réfutation de la distinction entre le noyau et la pénombre : pour tous les cas (quels qu'ils soient) l'application de la règle dépend de l'identification du contenu téléologique de son énoncé, et cette identification peut être plus ou moins difficile selon les cas. En ce sens comme l'écrit Frederick Schauer : « [selon Fuller] il n'est jamais possible de déterminer si une règle s'applique sans comprendre le but que cette règle est supposée servir »⁴⁸.

Fuller a sans doute tort lorsqu'il fait de Hart le tenant d'une théorie à la fois littérale et atomiste de la signification⁴⁹. Hart lui-même, dans sa conférence inaugurale de 1953, pourtant citée par Fuller, affirme souscrire au postulat benthamien selon lequel l'élucidation du sens des concepts dépend de l'élucidation du sens des énoncés⁵⁰ ; par ailleurs Hart est pleinement conscient du rôle joué par le contexte, et plus largement, par des éléments pragmatiques dans l'élucidation du sens des énoncés⁵¹. Cependant Hart s'est toujours refusé à accorder à Fuller

« The Exception Proves the Rule », *The Journal of Political Philosophy*, 18, 2010, p. 373 ; R. Holton, « Modeling Legal Rules », art. cit., p. 166-167 ; D. Duarte, Linguistic objectivity in norm sentences », *Ratio Juris*, 24, 2011, p. 135 sq. ; B. Bix, « Defeasibility and Open Texture » in J. Ferrer Beltran et G.B. Ratti (dir.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 200.

⁴⁷ L. Fuller, « Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart », *Harvard Law Review*, 71, 1958, p. 662 sq.

⁴⁸ F. Schauer, « A Critical Guide to Vehicles in the Park », *New York University Law Review*, 83, 2008, p. 1111.

⁴⁹ F. Schauer, « A Critical Guide to Vehicles in the Park », art. cit., p. 1119.

⁵⁰ H.L.A.Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 26

⁵¹ Cela ressort en particulier de l'examen de sa théorie des énoncés internes. Voir notamment G. Baker, « Defeasibility and Meaning » in J. Raz et P. M.S. Hacker (dir.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 41-42.

que la détermination du but ou de la finalité de la règle soit nécessaire pour identifier la signification de l'énoncé qui l'exprime. C'est pourquoi Hart reconnaît que dans les cas pénombraux, la référence au but de la règle est une stratégie susceptible d'être utilisée par l'organe d'application du droit. Cependant Hart affirme que l'indétermination des fins (et d'ailleurs le conflit entre les finalités en jeu) rend souvent impossible de dégager une seule bonne réponse⁵² dans les cas difficiles, et il faut peser soigneusement les finalités et les intérêts qui sont susceptibles d'être affectés par l'application ou l'inapplication de la règle.

Cependant la controverse Hart-Fuller permet de pointer une certaine porosité entre sens ordinaire de l'énoncé normatif et les finalités suivies par le système juridique, que la théorie de Hart ne permet pas tout à fait de prendre en compte. Comme on va le voir, cette porosité entraîne un brouillage de la distinction, intuitivement claire, entre cas difficiles et défaisabilité. Reprenons, pour le comprendre, l'un des contre-exemples que Fuller oppose à la théorie hartienne du noyau et de la pénombre. Un règlement fait interdiction de dormir dans les gares sous peine d'amende. En raison du retard important de son train, un voyageur s'assoupit pendant 5 minutes en position assise. Peut-on dire que la loi s'applique au cas d'espèce ou bien s'agit-il d'un cas pénombrial, étant donné que le but de son adoption est vraisemblablement d'empêcher que les clochards viennent se servir de la gare comme refuge pendant la nuit ? Ici, le théoricien est confronté à un dilemme : d'un côté il semble bien que le cas soit un cas clair de « dormir » et que ce qui est en jeu pour le juge est de savoir s'il doit reconnaître une exception implicite ; d'un autre côté, il semble aisé d'affirmer qu'au regard du but poursuivi par l'auteur de la règle, il est difficile d'affirmer que l'action du voyageur consiste bien à « dormir au sens de la loi » : c'est pourquoi on peut tout à fait affirmer que le cas du voyageur est bien un cas pénombrial. Autrement dit, même si l'on reconnaît, comme le fait Hart, contrairement à Fuller, que la détermination du but de la règle n'entre pas, si ce n'est dans des cas très spécifiques (notamment des cas d'ambiguïté), dans l'identification de la signification de l'énoncé normatif, la considération de ce but peut permettre de transformer un cas clair en un cas pénombrial⁵³. Le

⁵² H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., 128-129 : « cette incapacité d'anticiper s'accompagne d'une certaine indétermination au niveau des fins (...) [dans le cas d'une voiture téléguidée] nous n'avons pas résolu, parce que nous ne l'avons pas prévu, la question que soulèvera le cas imprévu lorsqu'il surviendra : doit-on sacrifier jusqu'à un certain point la paix dans le parc au plaisir ou à l'intérêt qu'éprouvent les enfants à utiliser ces objets ? (...) lorsque le cas imprévu survient, nous confrontons les finalités en jeu ». Certains auteurs ont soutenu que c'est l'indétermination des fins qui rendait les cas pénombraux et qu'à contrario Hart devait concéder que la détermination des fins entre en ligne de compte dans l'identification des cas clairs. Selon Wil Waluchow, c'est une telle concession qui a été faite par Hart dans ses écrits postérieurs au *Concept de droit* (voir Waluchow, Hart, « Legal Rules and Palm Tree Justice », *Law and Philosophy*, 4, 1985, p. 68 sq.) J'ai tenté de réfuter une telle affirmation dans M. Carpentier, *Norme et exception*, op. cit. p. 534 sq.

⁵³ Il convient de souligner que ce n'est pas ce qu'affirme Fuller, qui remet en question la distinction noyau/pénombre en tant que telle.

but de la manœuvre est clair : alors qu'il semble difficile de demander à un juge, contraint d'appliquer une règle claire, de reconnaître une exception implicite, il est possible, en soutenant qu'au regard du but poursuivi, il y a un doute sur l'applicabilité de la règle au cas, de lui demander d'exercer la marge de pouvoir discrétionnaire inévitable qu'il est amené – et de trancher en faveur de celui qui soulève l'argument.

Certes, il serait abusif de prêter à Hart la thèse selon laquelle la détermination des cas clairs et des cas-limites est automatique ou univoque. Il se peut que, dans certains contextes, une voiture téléguidée compte comme un cas clair de « véhicule » : supposons que ma fille reçoive comme cadeau un jouet assez volumineux, une maquette de ville comportant un parc ; si, en sa qualité de maire autoproclamée de la ville, elle interdit aux véhicules de pénétrer dans le parc, elle interdira vraisemblablement de faire entrer la voiture téléguidée dans le parc en application de la règle. Cependant, non seulement la question de savoir si un cas est clair ou limite dépend du contexte, mais elle est compliquée par un certain nombre d'aspects rhétoriques de l'argumentation juridique que Hart n'a pas pris en compte et où il demeure une part inéliminable de mauvaise foi acceptable – part qui est beaucoup plus grande que dans des contextes d'énonciation plus ordinaires. Dans certains cas, il sera possible de transformer un cas clair en un cas difficile et vice-versa : l'existence d'un cas clair dépend d'un certain accord, ou d'une certaine convergence de vues au sein d'un groupe considéré⁵⁴. C'est ce trait qui permet de transformer le cas où une règle clairement applicable semble devoir être défaite (par l'application d'une exception implicite) en un cas difficile d'application de la règle, où le juge pourra prendre appui sur le caractère pénombrial du cas pour écarter une règle qui, comme dans tout cas difficile, semble échouer à réguler le cas d'espèce.

c. Un cas difficile « évaluatif » ?

Une autre stratégie, pour rendre compte de ce brouillage entre défaisabilité et cas difficiles, revient à nier que les cas de défaite de la règle soient des cas clairs d'application de la règle – application qui serait écartée pour des raisons ultérieures venant, dans les circonstances de l'espèce, justifier une exception implicite. Il est possible d'affirmer que ces cas de défaite de la règle (e.g. l'ambulance qui entre dans le parc) sont *dès le départ* des cas difficiles, mais en un sens différent de celui qu'on a envisagé jusqu'à maintenant (principalement un cas difficile causé par la présence d'un cas pénombrial).

⁵⁴ Voir là-dessus B. Bix, *Law, Language and Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 64.

Telle est la stratégie adoptée, en un sens assez anti-positiviste, par Fernando Atria. Pour Atria il convient d'effectuer une distinction nécessaire entre deux types de cas difficiles : des cas difficiles en un sens régulateur et des cas difficiles en un sens évaluatif⁵⁵. La première acception recouvre une interprétation de la distinction entre cas faciles et cas difficiles en termes de cas régulés et non régulés, telle qu'on la trouve chez Joseph Raz. Lorsque le cas est régulé par la règle, il est facile, « et l'organe de décision doit appliquer la solution fournie par le droit » ; lorsque le cas n'est pas régulé (par exemple en raison de l'indétermination sémantique des termes de la formulation de la règle, par exemple en raison de la présence d'un cas pénombrial), le juge a discrétion pour le résoudre. Selon la seconde acception en revanche, un cas est difficile lorsque la règle est applicable, mais « pour quelque raison évaluative (...), l'application de la règle au cas peut être disputée »⁵⁶. Autrement dit, un cas difficile évaluatif intervient lorsque la règle pourrait être appliquée mais qu'il y a une bonne raison de ne pas l'appliquer. Le positivisme suppose que les cas difficiles évaluatifs ne sont pas de véritables cas difficiles, car le reconnaître reviendrait à brouiller la différence cardinale – selon Atria – qu'effectue le positivisme entre le droit tel qu'il est (et que le juge a à charge d'appliquer) et le droit tel qu'il devrait être, entre le champ de la *lex lata* et celui de la *lex ferenda*.

Or selon Atria, les cas difficiles évaluatifs sont réductibles à des cas difficiles régulatifs⁵⁷ : autrement dit, lorsque survient un cas pour lequel l'application de la règle serait absurde ou injuste, on a affaire à un cas juridiquement, et non seulement moralement, difficile. Autrement dit, ce n'est pas parce que, sur la base de considérations sémantiques, le cas paraît simple que le cas est simple ; un cas simple régulativement doit également être un cas simple axiologiquement. Cela veut dire que la détermination des cas auxquels la règle s'applique n'implique pas seulement des considérations sémantiques visant à comprendre ou à interpréter le sens de l'énoncé normatif, mais implique également des considérations évaluatives.

Ce faisant Atria ne prétend pas faire, comme Fuller de ces considérations évaluatives une partie de la signification de l'énoncé de la règle⁵⁸ ; selon Atria, la thèse que Fuller aurait dû soutenir n'est pas que les considérations évaluatives font partie de la signification de l'énoncé de la règle, mais qu'il n'est pas possible d'appliquer une règle sans déterminer son but, i.e. sans recourir à des considérations évaluatives⁵⁹. En effet, il convient de distinguer la signification de

⁵⁵ F. Atria, *On Law and Legal Reasoning*, op. cit., p. 75

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *On Law and Legal Reasoning*, op. cit., p. 76

⁵⁸ Atria parle souvent de la « signification de la règle » (*meaning of the rule*), et il s'explique de ce raccourci dans Atria, *On Law and Legal Reasoning*, op. cit., p. 109. La règle n'a naturellement aucune signification, seul l'énoncé qui la formule en a une – qui est la règle elle-même

⁵⁹ F. Atria, *On Law and Legal Reasoning*, op. cit. p. 113

la règle, dont le caractère indéterminé contribue sans doute à l'occurrence de cas difficiles, et son application ; lors de l'application, un cas qui semble résolu sur le fondement de l'identification de la règle (au moyen de la signification de sa formulation) devient un cas difficile non pas moralement, mais en droit. C'est, ce que, selon Atria, le positivisme ne peut pas prendre en considération dès lors qu'il suppose que la signification de l'énoncé de la règle détermine son application⁶⁰. Or la « connaissance des normes d'un système juridique particulier n'est pas suffisant pour savoir ce qui est de droit (*what the law is*) dans des cas réels »⁶¹. Il résulte de la théorie d'Atria que le dilemme du gardien du parc Ra's-al-Ghul correspond bien à un cas *juridiquement* difficile – et que bien que l'ambulance tombe bien sous la signification du mot « véhicule » dans le contexte de l'énoncé normatif applicable, il n'en demeure pas moins, en raison de facteurs axiologiques, un doute sur l'applicabilité réelle de la règle au cas.

Un positiviste pourra cependant répondre à Atria que la reconnaissance de tels cas difficiles évaluatifs ne peut utilement servir d'arme contre une théorie positiviste. Tout d'abord, il semble qu'Atria entretienne une confusion sur la notion d'applicabilité qu'il mobilise. La notion d'applicabilité peut s'entendre en un sens conceptuel ou en un sens normatif⁶² : on dira qu'une règle est conceptuellement applicable lorsqu'il est possible de subsumer le cas sous la règle en raison de la signification de l'énoncé normatif – ainsi la question de savoir si la règle qui prohibe le meurtre m'est conceptuellement applicable est avant tout une question de savoir si mon cas présente les propriétés pertinentes sélectionnées par la règle régissant le meurtre (par exemple, le fait que j'ai a/ donné la mort b/ volontairement c/ à autrui). On dira qu'une règle est normativement applicable lorsque l'organe d'application est habilité à (voire dans certains cas obligé) de l'appliquer. Ainsi quand bien même la règle saoudienne sur le meurtre me serait conceptuellement applicable, elle ne m'est pas normativement applicable dans la mesure où le juge français n'est pas habilité à me l'appliquer. Le fait que la norme ici appartienne à un système juridique étranger n'est pas pertinent, dans la mesure où 1/ il est des domaines dans lesquels les règles de conflits de lois peuvent rendre normativement applicables des règles étrangères et où 2/ une règle française peut également ne pas m'être normativement applicable bien qu'elle le soit conceptuellement (dans le cas où l'entrée en vigueur de la règle est repoussée par exemple).

⁶⁰ F. Atria, *On Law and Legal Reasoning*, *op. cit.* p. 120

⁶¹ F. Atria, *On Law and Legal Reasoning*, *op. cit.* p. 195.

⁶² V. M. Carpentier, « Validity versus Applicability: a (Small) Dose of Scepticism », *Diritto & Questioni Pubbliche*, 18, 2018, p. 108-109. Voir pour une distinction proche, mais non identique, J.J. Moreso et P. Navarro, « Applicability and Effectiveness of Legal Norms » *Law and Philosophy*, 16, 1997, pp. 201-209 ; P. Navarro, C. Orunesu, J.L. Rodriguez et G. Sucar, « Applicability of Legal Norms, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 17, 2004, 337-359.

Or ce que Atria appelle l'aspect régulateur des cas dépend exclusivement de l'applicabilité *conceptuelle* de la règle : le fait que le cas soit susceptible d'être subsumé sous la règle ne nous dit en réalité rien du pouvoir ou de l'obligation que le juge peut avoir de l'appliquer : ce n'est pas parce que le cas tombe sous la règle que la règle est *normativement* applicable. Encore faut-il que des normes du système juridique (que l'on peut, avec Eugenio Bulygin, appeler normes d'applicabilité⁶³) habilent, ou obligent, le juge à l'appliquer. Ainsi il y a de multiples situations dans lesquels les normes d'applicabilité du système juridique habilent, voir obligent, le juge à ne pas appliquer une norme qui serait potentiellement applicable au cas en question – tels sont les cas de rétroactivité *in mitius*, par exemple.

Il en résulte que lorsque ce qu'Atria appelle un cas difficile évaluatif intervient, il est faux que le droit échoue à réguler le cas d'espèce, et par conséquent il est inexact que s'y manifeste le brouillage du droit tel qu'il est et du droit tel qu'il devrait être. Du point de vue de l'applicabilité conceptuelle, le cas auquel est confronté le gardien du parc Ra's-al-Ghul est un cas clair d'applicabilité de la règle. Mais bien que la règle formulée par l'ordonnance du maire de Gotham City soit clairement *conceptuellement* applicable, on peut se poser la question de savoir si elle est normativement applicable, ou si le gardien (ou le juge) est habilité par le système juridique à en écarter l'application. Or il est tout à fait compatible avec le positivisme de reconnaître que les systèmes juridiques contiennent souvent (mais pas forcément toujours) une norme qui habilite les juges et les autres organes d'application du droit à écarter la règle dans des circonstances exceptionnelles⁶⁴.

Dans cette hypothèse, la difficulté du cas rencontré par le gardien du parc ne provient pas de ce qu'en raison de considérations évaluatives (« il faut préserver la vie du patient ») le droit échoue à réguler le cas ; elle provient de l'existence d'un conflit, révélé au cas d'espèce, entre d'un côté la norme d'applicabilité générale *prima facie* qui habilite (et souvent oblige) les juges à appliquer les normes valides du système juridique et la norme d'applicabilité qui les autorise (ou les oblige) à écarter cette application dans certaines circonstances. La difficulté du cas naît donc d'un conflit de normes (soit le quatrième cas de conflit envisagé) : ce conflit n'intervient pas entre la norme qui prohibe l'entrée des véhicules dans le parc et la norme (que

⁶³ E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 170-175 et pp. 318-320.

⁶⁴ On laisse de côté la question de savoir à quelle source on peut rattacher une telle norme d'(in)applicabilité, qui semble, à bien des égards, implicite, voir tacite. Cette question n'est pas aussi dirimante qu'il ne le semble au premier abord : si l'on part du postulat (que l'on ne disputera pas ici) selon lequel les sources du droit sont sélectionnées par la règle de reconnaissance, et que cette règle peut être établie par l'observation des attitudes normatives des juges à partir de certaines règles plutôt que d'autres, alors il est tout à fait possible de déduire de ce que les juges – et les autres organes d'application du droit – défont les règles dans certaines circonstances qu'existe une règle coutumière, reconnue comme telle, les y habilite. Tel était (et demeure largement) le statut de la clause *rebus sic stantibus* avant sa codification à l'article 62 de la Convention de Vienne de 1969.

l'on suppose ne pas être une norme explicite du système juridique⁶⁵) qui oblige à respecter le droit à la vie du patient, mais il intervient entre deux normes d'applicabilité, toutes deux également « positives » au regard des sources du système juridique. Il n'y a là rien d'inexplicable pour un positiviste juridique : tout dépend de l'étendue de l'habilitation que le système confère à ses organes d'application.

En guise de conclusion

Bien que formulées au moyen d'un vocabulaire nouveau (défaisabilité, texture ouverte, cas difficiles), toutes ces questions ne sont pas nouvelles ; elles sont en réalité aussi anciennes que la philosophie du droit elle-même. Au douzième chapitre du livre V du *Droit de la nature et des gens*, Pufendorf rapporte ainsi qu'« à Bologne il était défendu autrefois, sous de très rigoureuses peines, de tirer du sang de qui que ce fût dans la rue. Il arriva qu'un pauvre barbier⁶⁶ saigna un jour quelqu'un dans les rues. Sur quoi, étant accusé, [le barbier] courut grand risque d'être puni, parce que la loi portait que ces défenses devaient s'entendre dans toute leur étendue et selon la signification propre et littérale des termes, sans explication ni exception quelconque »⁶⁷. Le débat Hart-Fuller n'est est tout proche, et il n'y a pas si loin du malheureux barbier au voyageur assoupi...

La défaisabilité des règles juridiques entraîne-t-elle des cas difficiles ? La réponse à cette question dépend largement de définitions stipulatives, notamment en ce qui concerne l'évasive notion de « cas difficile ». A supposer que les règles juridiques soient défaisables, ce qui, comme on l'a vu dans la première partie, semble déjà contestable, les cas où la défaite de la règle est invoquée devant le juge n'apparaissent pas de prime abord comme des cas *juridiquement* difficiles, puisque pour que la reconnaissance d'une exception soit

⁶⁵ Il est possible d'objecter – à raison – que la norme qui protège le droit à la vie est une norme de droit positif (e.g. l'article 2 de la Convention EDH) et que loin de reconnaître une exception implicite, le gardien du parc Ra's-al-Ghul effectue en réalité un contrôle de conformité (e.g. de conventionnalité) concret : l'ordonnance du maire de Gotham City n'est pas en général contraire à l'article 2 de la CEDH, mais dans au cas d'espèce ce dernier fait obstacle à l'application de cette ordonnance. V. dans la jurisprudence française le désormais célèbre arrêt *Gonzalez Gomez* (CE Ass., 31 mai 2016, n° 396848), ainsi que les contributions sur ce sujet au présent volume.

⁶⁶ Cette anecdote a été reprise par Blackstone, dans l'introduction des *Commentaries*, avec une modification intéressante, le barbier étant remplacé par un chirurgien qui pratique une opération d'urgence dans la rue ce qui renforce le pathétique de la situation (v. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Portland [Maine], Thomas B. Wait and Co, 1807, pp. 59-60). C'est d'ailleurs la version blackstonienne qui a assuré à cette anecdote une impressionnante renommée, puisqu'elle est citée par certains arrêts de la Cour suprême américaine, notamment dans *United States v. Kirby*, 74 U.S. 482, 486 (1868). Voir aussi *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457, 461 (1892) ; *Baender v. Barnett*, 255 U.S. 224, 226 (1921).

⁶⁷ S. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, vol. 2, trad. J. Barbeyrac, Caen, Université de Caen, 1987, p. 122. Cette anecdote est reprise dans S. Pufendorf, *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, trad. J. Barbeyrac, Amsterdam, De Coup et Kuyper, 1735, p. 245.

conceptuellement possible – et, tout simplement, fasse sens – il est nécessaire que la règle soit applicable au cas. On a ainsi vu que le brouillage de la distinction entre cas difficiles et défaisabilité pouvait être dû à deux facteurs (d’ailleurs non mutuellement exclusifs) : le premier de ces facteurs est la part de malléabilité (voire de mauvaise foi) que les conventions linguistiques propres à la communauté juridique laissent à ceux qui sont chargés d’interpréter et d’appliquer les énoncés normatifs ; ensuite, le second facteur peut être tiré de l’existence de normes d’habilitation spécifiques qui autorisent (et parfois obligent) l’organe d’application à écarter la règle dans des circonstances exceptionnelles. Ces deux facteurs sont marqués au sceau de la contingence et il serait illusoire de prétendre en tirer des conclusions robustes sur la nature du droit et sur les choix théoriques qui président à son élucidation.

Mathieu Carpentier est professeur de droit public à l’Université Toulouse 1 Capitole. Il est membre de l’Institut Maurice Hauriou, membre associé de l’Institut Michel Villey et secrétaire général de la Société française pour la philosophie et la théorie juridiques et politiques (SFPJ). Il est l’auteur d’un ouvrage issu de sa thèse, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit* (Paris, Varenne/LGDJ, 2014). Il a également dirigé plusieurs numéros de revue et il est l’auteur de plusieurs articles de philosophie du droit et de droit constitutionnel.