LIBER AMICORUM XAVIER DIEUX

Hommage d'exception à un esprit libre

VOLUME 2

Sous la coordination de :
Fabrice Mourlon Beernaert, Gilles Collard, David Szafran
et Didier Willermain (†)

LARCIER

L'apport de Wittgenstein à la philosophie du droit

Philippe Coppens

FNRS et UCLouvain

1. Lorsque nous pensons le droit, nous nous interrogeons sur l'origine des règles, leurs différents usages et le fondement de leur autorité pour guider l'action. L'attention portée aux liens entre les règles, leurs significations et les pratiques sociales qui les font naître et les font vivre est un aspect essentiel de toute théorie du droit ancrée dans l'agir. En ce sens, cet article défend un point de vue pragmatiste qui associe étroitement la connaissance à l'action intersubjective et le savoir au savoir-faire. Comprendre le phénomène juridique requiert de réfléchir aux diverses pratiques par lesquelles les hommes agissent et interagissent collectivement en suivant des normes.

L'étude du droit contribue de manière décisive à la compréhension de l'action en explicitant une de ses dimensions fondamentales, la normativité. Une des thèses défendues dans ce qui suit est que l'origine des règles est liée au besoin humain d'anticiper l'avenir pour conjurer les risques liés aux incertitudes. Ce rapport si étroit entre l'homme et la règle fait de lui un être essentiellement normatif. Certes, on connaît tous la définition d'Aristote selon laquelle l'homme est un animal rationnel. Mais la rationalité est elle-même un concept normatif. Voilà une autre thèse qui sera défendue tout au long de cet article.

Notre approche est bien plus large que la définition traditionnelle qui définit le droit comme l'étude des règles générales et abstraites de comportement édictées et appliquées par un pouvoir ou une autorité. Mais elle est plus appropriée si nous voulons saisir ce que le droit fait, les effets qu'il engendre, les discours qu'il permet.

2. Si une règle pratique veut anticiper l'avenir en guidant l'action, il faut qu'on puisse décider si l'action effectuée est ou n'est pas conforme à la règle, si la règle a été ou est *correctement* appliquée. Mais comment le savoir ? Un des aspects remarquables du droit et, singulièrement, de la vie juridictionnelle est de nous montrer que ce n'est jamais l'auteur de l'acte qui peut décider lui-même s'il s'est conformé à la règle ou s'il l'a transgressée. Cela peut paraître étrange car l'auteur semble, *a priori*, le mieux placé pour savoir ce qu'il a fait et les raisons pour lesquelles il a agi comme il a agi. Or tout le droit combat cette idée d'une conscience repliée sur elle-même qui aurait un accès privilégié à ses propres intentions et à leurs interprétations.

Dans sa très belle thèse, X. Dieux écrit dans le même sens, à propos du contrat :

> « [...] il nous paraît que toute interprétation du contrat par le juge, même dans la mesure où elle se fixe pour but de révéler la commune et réelle intention des parties, comporte nécessairement l'usage de critères extérieurs à celle-ci, objectifs parce que fondés sur la croyance en une rationalité commune aux sujets de droit, permettant d'attribuer à leur extériorisation dans la vie sociale un certain sens » (1).

En réalité, il est même difficile d'imaginer comment un ordre juridique pourrait survivre à la reconnaissance d'un tel privilège « privé » sur l'interprétation de ses propres intentions et de ses comportements. C'est aussi ce que veut dire Wittgenstein dans le passage suivant :

> « C'est donc que "suivre la règle" est une pratique. *Croire* que l'on suit la règle n'est pas la suivre. C'est donc aussi qu'on ne peut pas suivre la règle *privatim* ; sinon croire que l'on suit la règle serait la même chose que la suivre » (2).

Un des grands bénéfices des travaux de Wittgenstein pour les juristes est d'avoir montré que ce sont des pratiques sociales qui déterminent ce que signifie suivre correctement une règle. Et, en conséquence, que le contrôle intersubjectif de l'application correcte de la règle est l'élément premier pour comprendre ce qu'est une règle et le type de normativité qu'elle exprime.

(1) X. Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 130.
(2) L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, trad. F. Dastur *et al.*, coll. Tel Quel, Paris, Gallimard, 2004, § 202.

R. Brandom écrit très justement ceci :

> « *A rule, principle or command has normative significance for performances only in the context of practices determining how it is correctly applied* » (3).

La pratique sociale bien plus que l'interprétation d'*un* juge crée donc le lien entre le mot, le concept, le signifié et sa signification. Mais si la normativité n'a pas d'existence en dehors de son expression dans des pratiques sociales, la distinction traditionnelle entre « justifier une règle » lors de son édiction législative et « appliquer une règle » dans le cadre de la fonction juridictionnelle se brouille constamment. Et il est vrai que les grands concepts juridiques comme l'égalité, la liberté, la propriété, la faute n'ont aucune signification antérieure à leur application dans des contextes particuliers. Mais ils indiquent un sens, une direction, vers où chercher. Lorsque je me plains qu'une personne est entrée par effraction sur ma propriété, je ne m'attends pas à ce qu'un juge interroge comme témoin la pierre ou la porte qu'elle a déplacée.

Dans ce qui suit, je m'intéresserai d'abord à la normativité juridique. Elle s'exprime généralement de manière *explicite* par l'édiction formelle d'une règle dont le contrôle est ultimement assuré par des institutions publiques, typiquement par les organes juridictionnels. Mais la normativité concerne bien entendu toute une série d'autres normes implicites ou de règles explicites comme les règles syntaxiques ou sémantiques, les règles d'un système musical ou du jeu d'échecs ou les règles mathématiques.

3. Wittgenstein ne s'est jamais vraiment intéressé au droit et, à la différence de B. Russell, il était tout sauf un militant politique. En revanche, il partageait largement les idées de K. Kraus sur la dégénérescence de la culture et de la société dans laquelle il vivait et il pensait que le concept de progrès était l'un des plus vulgaires qui soit. Ses remarques sur l'origine des règles, leurs fonctions et leurs usages ne concernent donc pas directement le droit mais plutôt le fondement des mathématiques (4). Il défendait une thèse radicalement conventionnelle selon laquelle la nécessité mathématique ne nous est nullement imposée par la nature des choses – disons, par le monde empirique – mais résulte d'une pure convention qui crée des objets idéels et des relations entre eux (5). On voit bien l'opposition majeure à la conception du platonisme en mathématique, défendue par exemple par Gödel et selon laquelle les objets mathématiques ont une

(3) R. Brandom, *Making It Explicit*, Harvard, Harvard University Press, 1994, p. 20.
(4) L. Wittgenstein, *Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik*, Frankfurt a.M, Suhrkamp, 1974.
(5) Voy. par exemple, J. Bouveresse, *La Force de la règle*, Paris, Minuit, 1987.

réalité *en dehors de* toute convention. Mais quelle force reconnaître alors à ces mathématiques qui ne reposeraient plus sur une Idée transcendante ?

Cette question est similaire à celle qui s'était posée dans le *Protagoras* de Platon et qui intéresse plus directement les juristes. En effet, que valent encore les règles si le sophiste Protagoras avait raison ? Que l'homme était la mesure de toute chose et que les règles humaines n'avaient plus aucun compte à rendre aux dieux, plus rien à craindre ni à attendre d'eux ? (On aperçoit bien ce déplacement du monde des dieux vers celui des hommes dans l'évolution de la tragédie grecque, entre le théâtre d'Eschyle et celui d'Euripide).

Or, dans cette nouvelle répartition des compétences entre les deux mondes, un des grands mérites de Socrate dans le *Criton* est d'avoir défendu une seconde thèse : même si l'homme est la mesure de toute chose et qu'il peut s'éloigner de la volonté des dieux, il n'en demeure pas moins que les règles humaines conventionnelles gardent une force propre qui s'oppose à leur libre transgression (6).

L'union de ces deux thèses, le caractère humain de la règle *et* la nécessité de son respect, ont formé un moment décisif dans l'histoire de la rationalité.

Cependant, lorsque Protagoras a défendu l'idée d'une loi conventionnelle, l'opposition entre la loi et la nature est née et, dans le même temps, la distinction entre la norme pratique et la loi naturelle et tous les dualismes subséquents entre l'être et le devoir-être, entre les faits objectifs et les valeurs subjectives, entre la causalité et la liberté, entre le corps et l'âme, entre la nature et la culture. Ils traversent encore aujourd'hui notre épistémologie mais aussi nos institutions sociales jusqu'à leur concrétisation dans l'architecture. La manière dont sont répartis les bâtiments dans les campus universitaires en est un bon témoignage. Tous ces dualismes ont été repris et renforcés dans la première moitié du XX^e siècle par le positivisme logique du Cercle de Vienne dont l'influence sur la *Théorie pure du droit* de Kelsen est évidente. Je crois cependant que penser ces différences sous la forme de deux sphères du savoir radicalement *séparées* est une profonde erreur théorique, car savoir quelque chose (ou connaître un concept) consiste à savoir agir conformément à la règle de ce concept. Ce lien entre la connaissance et l'action me semble si irréductible que je dirais volontiers que tout savoir est toujours aussi une forme de savoir-faire.

(6) Sur cela, le beau livre de J. DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, Paris, Les Belles Lettres, 1971.

La seconde thèse est l'argument de Socrate dans le *Criton* : quand bien même les sophistes soutiennent que la loi n'est qu'une convention, elle nous oblige justement *parce qu*'elle est une convention. Toute convention repose sur une promesse et, en conséquence, sur le langage de la promesse mais le langage est lui-même convention. « Le langage est lui-même tout entier une institution fiduciaire », a écrit P. Ricoeur (7). Que la convention *puisse et doive* nous obliger est en définitive l'expression d'une espèce de nécessité : celle d'assurer la subsistance du langage et de la communication, première condition de la poursuite des actions humaines et, à dire vrai, de l'humanité tout court (8). Le langage du droit participe aussi à la répétition de la promesse en explicitant le caractère obligatoire des conventions et les conséquences des promesses déçues pour celui qui les a données.

4. La distinction entre la loi naturelle et la règle pratique, entre les *causes* d'un fait et les *raisons* d'une action, l'analyse des manières par lesquelles les règles nous obligent et comment elles peuvent effectivement guider l'action sont des traits fondamentaux de la philosophie que Wittgenstein développe dans les *Recherches philosophiques*. Et ils permettent de mieux comprendre les questions traditionnelles de la philosophie du droit qui sont celles de la validité des normes et de leur application. La première est pensée comme une théorie des sources du droit, tandis que la seconde est liée au problème de l'interprétation des sources dans le cadre de la fonction de juger. Mais ces deux premières questions ne peuvent, me semble-t-il, être pensées indépendamment d'une troisième : qu'est-ce qu'une société juste ? Car nous souhaitons tous vivre dans une société juste, avec des règles justes et des applications justes des règles. Mais, dans le même temps, nous ne cessons de nous opposer sur la nature et l'étendue des requêtes portées par l'idée de justice. Voilà par exemple comment J. Rawls pose le problème :

> « *How is it possible that there may exist over time a stable and just society of free and equal citizens profoundly divided by reasonable though incompatible religious, philosophical and moral doctrine? Put another way: How is it possible that deeply opposed though reasonable comprehensive doctrines may live together and all affirm the political conception of a constitutional regime?* » (9).

(7) P. RICOEUR, *La critique et la conviction*, Paris, Calmann-Lévy, 1995, p. 181.

(8) C'est un argument similaire que l'on rencontre dans le petit texte de E. KANT, « Sur un prétendu droit de mentir par humanité ? », in *Œuvres philosophiques*, t. III, Pléiade, Paris, Gallimard, 1996, pp. 435-441. Si le mensonge est permis, dit Kant, ne fût-ce qu'une fois et pour un « pieux mensonge », alors le devoir absolu de dire la vérité s'estompera et, *in fine*, plus personne ne croira à la parole d'autrui et aux vertus du langage.

(9) J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. xviii.

Les programmes de J. Habermas, de R. Dworkin ou de Ch. Taylor sont sensiblement les mêmes que celui de Rawls. Ils forment aujourd'hui le problème central de la philosophie politique lorsqu'elle est pensée à partir de l'expérience des démocraties délibératives. Je ne le développerai pas ici car, comme je l'ai indiqué, elle a peu intéressé Wittgenstein, en tout cas dans ses écrits, alors même que la diversité des cultures à Vienne en faisait sans aucun doute l'endroit idéal pour la réfléchir.

La première question de la philosophie du droit s'est donc traduite par une discussion sur la validité des normes. Une règle juridique est réputée exister si elle est valide et la validité est donc le mode d'existence de cet objet idéel qu'est la norme. Il s'agit ici de la question classique des sources formelles du droit qui visent à distinguer les règles juridiques parmi les institutions sociales et, notamment, parmi les règles morales. La seconde question est relative à l'application des normes. Car la norme juridique et, plus largement, la règle d'action, ne peut se comprendre sans la notion d'un agir conforme à la règle, d'une obéissance à la règle et d'une sanction en cas de désobéissance.

On pourrait dire que dans ses *Recherches philosophiques* Wittgenstein a généralisé ces deux questions sous les formes suivantes : Qu'est-ce qu'une règle ? Et qu'appelle-t-on suivre une règle ? La réponse est grosso modo celle-ci : pour saisir la signification d'une règle ou d'un concept, il faut comprendre les différentes occurrences et possibilités de leurs usages dans la variété des actions humaines. Cela suppose de saisir comment ces concepts sont ou ne sont pas *correctement* appliqués.

5. Nous donnons des ordres, nous blâmons, nous punissons parce que nous croyons que l'action est intentionnelle, c'est-à-dire qu'elle ne se réduit pas uniquement à des mouvements des corps causalement déterminés. Pour comprendre ce que signifie « ordonner », il faut nécessairement comprendre les mots « obéir », « transgresser », « punir ». Tous ces termes participent à un même *jeu de langage* : le sens de chacun de ces termes ne peut en effet s'apprendre indépendamment du sens des autres. Je ne peux comprendre l'expression « l'autorité habilitée a édicté la norme x » si je ne saisis pas que je dois suivre x sous peine de blâme ou de sanction ou que je pourrais interroger la légalité ou la légitimité de la norme x et, le cas échéant, user de ma liberté pour la transgresser. Comme l'a souvent souligné Wittgenstein, si je comprends une proposition ou si je crois qu'une proposition est vraie, alors je comprends ou je crois à tout un système de propositions.

Cela n'a l'air de rien mais Kant pensait que le langage du blâme était un révélateur crucial de l'existence de la liberté, un de ses premiers signes même. Dans un monde de phénomènes strictement soumis à la causalité naturelle, le blâme signifiait la possibilité de la vie morale. Car, dit Kant, si nous étions entièrement déterminés, l'homme n'aurait jamais inventé ce type de langage et, avec lui, les concepts de devoir, de faute, de responsabilité, de culpabilité, d'imputation, bref toute une série de concepts fondamentaux de la morale et du droit. La conviction que l'analyse de la pratique du langage révèle quelque chose de fondamental sur la pensée et la nature humaine sera, au XX^e^ siècle, le point de départ de la philosophie analytique (10).

6. Il serait étonnant que notre langage du droit puisse subsister si nous étions un jour tous convaincus que nos actions sont entièrement déterminées par des causes naturelles. Nous serions sans doute alors également persuadés que nos pratiques sociales qui reflètent nos croyances sur la liberté, le volontaire ou l'involontaire, la faute, la responsabilité ou l'intention n'ont aucun fondement solide. Nous perdrions la notion de ce que signifie « suivre une règle ». Car la *grammaire* de l'expression « suivre une règle », c'est-à-dire le système de règles qui encadrent les usages de cette expression, repose sur ces croyances et sur notre capacité à les mettre en œuvre. Or, devant certaines avancées contemporaines de la neurophysiologie, des philosophes commencent à soupçonner nos croyances de n'être finalement que de vastes mirages dont on a réussi à s'accommoder jusqu'ici uniquement parce que les neurosciences cognitives ne sont pas encore assez développées (11).

En réalité, cet argument avait déjà été utilisé par Spinoza contre Descartes. La liberté de la volonté n'est, soutient Spinoza, qu'une illusion puisqu'elle est incompatible avec la causalité naturelle. Car l'homme fait partie de la nature au même titre que toutes les autres créatures. Notre croyance en notre libre-arbitre est donc d'autant plus forte que notre ignorance des causes est importante : « Telle est cette liberté humaine que tous les hommes se vantent d'avoir et qui consiste en cela seul que les

(10) Voy. par ex. M. Dummett, *Origins of Analytical Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

(11) Pour une présentation et une approche critique de ce débat en droit, voy. M. Pardo et D. Patterson, *Minds, Brains and Law*, Oxford, OUP, 2013. En réalité, chaque nouvelle avancée scientifique pose ce type de questions sur nos croyances basées sur nos expériences communes. Le développement considérable de la biologie au XIX^e^ siècle se manifeste clairement dans les travaux de James, Bergson ou Durkheim.

hommes sont conscients de leurs désirs et ignorants des causes qui les déterminent » (12).

La vraie liberté réside chez Spinoza dans la reconnaissance de la nécessité interne de notre nature. Elle n'a donc rien à voir avec l'idée d'un « libre décret », c'est-à-dire d'un libre choix entre diverses possibilités. La liberté, c'est la *nécessité* dans la nature de l'homme, la *libre nécessité*. Mais comme nous croyons tous de façon innée que nous échappons à la stricte détermination de notre nature, la liberté se gagne par un processus de rationalisation qui doit nous faire progressivement découvrir que, contrairement à nos intuitions les plus solides, toutes nos actions sont nécessairement causées.

7. Il y a dans tout ceci quelque chose de proche et de lointain avec le concept kantien de la liberté. Kant pensait que « tous les hommes se conçoivent comme libres dans leur volonté ».

Et il ajoutait : « De là viennent tous les jugements sur les actions telles qu'elles auraient dû être, bien qu'elles n'aient pas été telles » (13). Cependant, il ne voit pas dans cette conception ou cette croyance la *même* illusion que Spinoza. Pour Spinoza, l'illusion venait du fait que les hommes se croyaient libres parce qu'ils ignoraient encore les causes naturelles de leurs actions. Pour Kant, l'illusion vient du fait que l'homme qui se croit libre se pense lui-même « *dans le même sens* ou *juste sous le même rapport* que lorsqu'il se suppose, à l'égard de la même action, soumis à la loi de la nature ». En revanche, si l'action humaine était vue comme il faudrait la voir sous ces deux aspects complémentaires, la contradiction entre la libre volonté et la causalité qui traverse toute action de l'homme en tant qu'il fait nécessairement partie du monde naturel, serait surmontée : « L'usage spéculatif de la raison, *par rapport à la nature*, conduit à l'absolue nécessité de quelque cause suprême du *monde* ; l'usage pratique de la raison, *à l'égard de la liberté*, conduit aussi à une absolue nécessité mais qui est seulement la nécessité des *lois des actions* d'un être raisonnable comme tel » (14).

(12) B. Spinoza, « Correspondance, lettre à Schuller, LVIII », in *Œuvres complètes*, Pléiade, Paris, Gallimard, 1954, 1251. Chez Descartes, l'ignorance engendre un état d'indifférence des choix qui est « le plus bas degré de la liberté ». « Car si je connaissais toujours clairement ce qui est vrai et ce qui est bon, je ne serais jamais en peine de délibérer quel jugement et quel choix je devrais faire ; et ainsi je serais entièrement libre, sans jamais être indifférent », R. Descartes, « Méditations métaphysiques, Quatrième méditation », in *Œuvres et Lettres*, Pléiade, Paris, Gallimard, 1937.

(13) I. Kant, « Fondements de la métaphysique des mœurs », in *Œuvres philosophiques*, t. II, Pléiade, Paris, Gallimard, 1985, p. 326.

(14) *Ibid.*, Remarques finales, p. 337.

Pour sortir du dilemme entre déterminisme et volonté libre et rendre possible la conduite morale, Kant développe le concept d'autonomie de la volonté et il la définit comme une propriété des *personnes* et non des choses naturelles. L'autonomie de la volonté est ce par quoi une personne peut s'obliger soi-même en créant sa propre loi. L'origine de la loi est donc interne à sa propre raison. En revanche, l'autonomie de la volonté ne signifie pas qu'un sujet moral puisse créer ou appliquer n'importe quelle loi selon ses humeurs. La liberté est en effet la possibilité pour la raison de reconnaître la *nécessité* d'agir conformément à l'impératif catégorique. Un homme libre est donc un homme qui accomplit son devoir et « le devoir est la nécessité de l'action par respect pour la loi ». Comme chez Spinoza, Kant crée un lien entre la liberté et la nécessité. Mais tandis que chez Spinoza ce lien vient d'une nécessité naturelle externe au sujet, il est chez Kant le résultat de la combinaison entre le principe de l'autonomie de la volonté et celui de l'inconditionnalité de l'impératif catégorique. La liberté n'est donc jamais l'expression d'une préférence parmi d'autres, d'une simple inclination (une motivation subjective) à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Un problème important que Kant cherchera à résoudre dans sa philosophie pratique est là : comment s'assurer que l'homme fasse son devoir *comme par nécessité naturelle* alors même que la liberté contient nécessairement la possibilité pour le sujet moral de ne pas le faire. L'idée d'inconditionnalité de l'impératif catégorique est la réponse de Kant à l'autonomie de la volonté qu'il venait de découvrir. Elle vise à tuer dans l'œuf les prétentions d'un sujet moral qui penserait pouvoir justifier ses actions en invoquant ses inclinations subjectives. Car ce qui *doit* toujours prévaloir est le strict respect de la loi morale, quelles que soient par ailleurs les conséquences malheureuses de l'action accomplie par devoir. C'est pourquoi Kant a introduit le concept d'impératif catégorique pour renforcer l'obligation rationnelle de suivre la règle. L'impératif catégorique kantien tente donc de conjurer par tous les moyens ce que l'idée même de règle pratique présuppose, à savoir la liberté de ne pas suivre la règle.

Que la liberté porte en elle les grands ressorts de la tragédie est une constante de la littérature. Mais nulle part sans doute, cette tension n'a été mieux décrite que dans *Les Frères Karamazov*. Dans un fameux passage, le cardinal Grand Inquisiteur reproche violemment au Christ de s'être complètement fourvoyé sur la nature humaine en donnant aux hommes un

libre-arbitre, en leur permettant de choisir entre le bien et le mal tout en leur imposant d'assumer les conséquences de leurs actions :

> « As-tu donc oublié que l'homme préfère la paix et même la mort à la liberté de discerner le bien et le mal ? [...] Tu as accru la liberté humaine au lieu de la confisquer et tu as ainsi imposé pour toujours à l'être moral les affres de cette liberté » (15).

En revanche, poursuit-il, si on se débarrassait de Toi, on pourrait éliminer la liberté pour rendre enfin tous les hommes heureux. Ils n'auront plus à choisir et plus rien à assumer, il leur suffira juste de s'incliner devant l'autorité.

Le conflit entre déterminisme et liberté est toujours important en droit puisque ses concepts les plus fondamentaux révèlent la croyance très largement partagée par les sujets de droit en l'existence du libre-arbitre des êtres humains. Comme Spinoza, plusieurs neuroscientifiques et philosophes contemporains doutent cependant du bien-fondé de cette croyance et n'y voient qu'une illusion entretenue par notre ignorance sur l'étendue des causes des actions. À dire vrai, la philosophie ne serait que « le résidu des questions non résolues par la science », comme écrit l'un des fondateurs du pragmatisme, W. James (16).

8. Mais a-t-on des raisons de *douter* de *toutes* nos croyances ? Quelle est la valeur du sens commun ? Et serait-il possible que notre langage nous trompe depuis ses origines ? Que nous nous soyons fourvoyés depuis des millénaires en inventant les mots du droit comme nous nous étions trompés en créant un langage et des interprétations théologiques conformes au géocentrisme ? Contrairement à Descartes, Wittgenstein et les pragmatistes en général considèrent que pour douter utilement, il faut d'abord avoir de bonnes raisons (17). Et ce qui est requis ici, me semble-t-il, est une habileté pratique (un savoir-faire), qui nous permette de discerner les cas dans lesquels il existe de bonnes raisons de douter. On dira par exemple d'une personne atteinte de certains troubles obsessionnels compulsifs qu'elle agit de manière irrationnelle car son trouble psychique l'empêche de développer ce savoir-faire : elle continue de douter *malgré tout* (que ses mains sont propres, que sa porte est bien fermée, qu'il n'y a pas d'araignée dans la baignoire, etc.).

Comme on sait, le *Discours de la Méthode* établit une procédure de doute méthodique au terme de laquelle une raison désincarnée devrait permettre d'énoncer une connaissance vraie. Mais le doute n'assure en définitive chez Descartes que l'Être du sujet pensant (*cogito ergo sum*) et non l'existence d'autres sujets pensants qui reconnaîtraient ma propre existence ni celle du monde objectif.

Rien n'est plus étrange pour Wittgenstein que le doute cartésien mené de manière introspective et qui aboutirait à la connaissance que je suis un sujet pensant indépendamment des autres. Notre langage ne peut se comprendre que dans des comportements extra-linguistiques inhérents à la communication. Wittgenstein considérait que le langage faisait partie de nos *formes de vie*, c'est-à-dire d'un enchevêtrement de comportements, de cultures, d'interactions, de règles et d'institutions. C'est-à-dire, typiquement, dans la vie du droit.

Wittgenstein a développé dans les deux dernières années de sa vie une distinction importante entre « savoir quelque chose » et « avoir la certitude de quelque chose » (18). Cette distinction rejoint plusieurs éléments que nous avons développés plus haut. Puis-je douter que je suis libre ? Et, si oui, *comment* puis-je en douter ? Et s'il m'était possible de *connaître* que je suis parfaitement déterminé, pourrais-je encore croire que je suis libre *et* agir librement ? Puis-je agir *comme si* j'étais libre tout en me pensant déterminé ? Comment s'opère ce lien entre connaissance et volonté et entre volonté et action ? Il semble que Socrate ait considéré qu'on ne pouvait faire le mal si on connaissait le bien. En conséquence, le mal moral résultait d'un défaut de connaissance (ou d'une ignorance des causes). Mais même si je connaissais le bien, comment cette connaissance pourrait-elle lier ma volonté ? Dans l'*Épître aux Romains* (7.19), St Paul écrit : « Car je ne fais pas le bien que je veux et je fais le mal que je ne veux pas ». Est-ce pure faiblesse de la volonté ?

(15) F. Dostoievski, *Les Frères Karamazov*, trad. H. Mongault, Pléiade, Paris, Gallimard, 1952, p. 276. Une question discutée par St Augustin est de savoir si Dieu n'est pas responsable du mal causé par les hommes dès lors qu'Il les a rendu libres. Voy. St Augustin, « Le Libre-Arbitre », livre III, 46, in *Œuvres I*, Paris, Gallimard, Pléiade, 1998, p. 527.

(16) W. James, *Introduction à la philosophie*, Les Empêcheurs de tourner en rond, Paris, Le Seuil, 2006, p. 30.

(17) Comme nous venons de discuter la question de la liberté et du déterminisme, il faut souligner que Descartes, au contraire de Spinoza, *ne* doutait *pas* de l'existence du libre-arbitre : « Au reste il est si évident que nous avons une volonté libre, qui peut donner son consentement ou ne le pas donner quand bon lui semble, que cela peut être compté comme une de nos plus communes notions » (« Les Principes de philosophie », in *Œuvres et Lettres*, Pléiade, Paris, Gallimard, 1re partie, 39, p. 588).

(18) L. Wittgenstein, *Über Gewißheit*, Frankfurt a. M, Suhrkamp, 1984 ; *id.*, *De la Certitude*, trad. fr. J. Fauve, Idées, Paris, Gallimard, 1976.

9. Ces problèmes ont attiré son attention dans les deux dernières années de sa vie. Les sept dernières entrées de son carnet, qui constituera l'ouvrage posthume *De la Certitude*, datent de l'avant-veille de sa mort survenue le 29 avril 1951. Un de ses collègues les plus proches à Cambridge, G.E. Moore, avait tenté, dans deux articles fameux (19), de réfuter le scepticisme en énonçant certains truismes du type « Je sais que j'ai là une main » ; et, ensuite, « Je sais que j'ai là une autre main » en les levant l'une après l'autre devant les auditeurs de la salle où il prononçait sa conférence. On pourrait dire de même « Je sais que la Terre existait déjà avant ma naissance » ou « Je sais que le Soleil n'explosera pas cette nuit », etc. Et Moore énonçait à propos de ces truismes la proposition suivante : « Je sais (*I know*), avec certitude que ces propositions sont vraies ». Il était persuadé qu'il avait apporté par-là la preuve qu'il pouvait *connaître* des objets du monde extérieur, objets qui existaient indépendamment de notre esprit, ce que nient les sceptiques.

Wittgenstein pensait que Moore avait mis le doigt sur un type d'expression important, mais il soutenait que Moore ne pouvait prétendre *connaître* ces propositions qu'il tenait pour certaines. Car les propositions du monde empirique ne forment une connaissance que s'il y a un sens à poser des questions du genre : comment le sais-tu ? Ne te trompes-tu pas ? Quels types de protocoles as-tu mis en œuvre pour pouvoir prouver que ta proposition est vraie ? Ou encore, dans une formulation poppérienne : ces truismes sont-ils réfutables ?

Pour Wittgenstein, les truismes de Moore constituent en réalité notre image du monde, l'arrière-plan de toute connaissance possible et à l'égard duquel le doute et l'erreur ne sont pas même concevables. Toute théorie de la connaissance repose sur cet arrière-plan, sur ces propositions-pivots qui ne sont pas de l'ordre de la connaissance mais qui rendent cependant toute connaissance rationnelle possible. Car, cette proposition-pivot, « [...] je ne peux pas la mettre en doute sans renoncer à tout jugement » (20).

Il y a donc des choses qui sont si ancrées en l'homme qu'elles se manifestent dans notre vie quotidienne, dans nos actions et nos interactions et cela n'aurait aucun sens de vouloir prouver par des raisons que je les

(19) G. E. Moore, « A Defence of Common Sense et A Proof of The External World », in *Selected Writings*, Londres, Routledge, 1993, pp. 106-133 et pp. 147-170.

(20) L. Wittgenstein, *De la Certitude*, Idées, Paris, Gallimard, 1976, § 494.

comprends. Comme l'a écrit le philosophe anglais P.F. Strawson, dans un style très wittgensteinien :

> « *I should like to say: there are things I know too well to have current reasons for believing them, too well to believe them for reasons* » (21).

Il y a donc beaucoup de cas dans lesquels ce serait une erreur de vouloir assurer par des preuves rationnelles que je crois quelque chose, par exemple que je sais que je suis un être humain et que l'homme à qui je suis en train de parler l'est également. C'est ce que dit Wittgenstein dans les remarques suivantes :

> « "Je sais que je suis un être humain". Pour voir combien peu clair est le sens de cette proposition considère sa négation. Au mieux on pourrait le prendre ainsi : "Je sais que j'ai les organes d'un être humain" (par ex. un cerveau que personne n'a encore vu). Mais qu'en est-il d'une proposition telle que "Je sais que j'ai un cerveau" ? Puis-je la mettre en doute ? Pour douter, ce qui me manque ce sont les raisons !
>
> Tout va en ce sens, rien contre. Et cependant rien n'interdit de se représenter qu'à l'occasion d'une opération, mon crâne se révèle être vide » (22).
>
> « C'est un coup du sort étrange : tous les hommes dont on a ouvert le crâne avaient un cerveau ! » (23).
>
> « Si le vrai est ce qui est fondé, alors le fondement n'est pas vrai, ni faux non plus » (24).

10. Dans des travaux plus anciens, j'avais souligné que notre croyance dans un monde extérieur supposait la reconnaissance d'autrui (25). Il est celui par qui se constitue ma subjectivité et avec qui je peux construire un monde objectif. Il m'a toujours semblé que Kant avait perçu dès la *Critique de la Raison pure* que la constitution de la connaissance reposait sur une action discursive (26).

L'idée d'action discursive a progressivement acquis chez Wittgenstein une priorité considérable. Car, en définitive, si les propositions-pivots ne sont pas des connaissances mais des certitudes qui fondent nos jeux de langage, elles se manifestent d'abord dans l'action. C'est, en d'autres termes, en agissant et en interagissant avec autrui que je les comprends et qu'autrui comprend que je les comprends. Et c'est par l'ancrage de

(21) P. F. Strawson, *Analysis and Metaphysics*, Oxford, OUP, 1992, p. 94.

(22) L. Wittgenstein, *De la Certitude*, *op. cit.*, § 4.

(23) *Ibid.*, § 207.

(24) *Ibid.*, § 205.

(25) Ph. Coppens, *Normes et fonction de juger*, Paris, LGDJ, 1998.

(26) Cette idée est aussi un axe central des travaux de J. Habermas.

mon corps dans cet arrière-plan – une sorte d'animalité partagée – que je peux constituer le monde objectif dans un langage. On est très loin de Descartes. Mais c'est ce sens que Wittgenstein donne à la fameuse phrase du *Faust* de Goethe qui répond au *Prologue* de St Jean : « L'esprit m'éclaire enfin ! L'inspiration descend sur moi et j'écris consolé : Au commencement était l'action »(27). L'arrière-plan ne se justifie pas par des propositions ni ne se déduit d'un axiome :

> « Je veux dire : ce n'est pas que l'homme, sur certains points, sache la vérité avec une certitude complète. Non, la certitude complète est seulement affaire d'attitude »(28).

Et aux premiers commencements, l'attitude de l'homme, c'est l'action.

11. Un excellent exemple de ce type de certitude « agissante » est, me semble-t-il, la confiance. Celle qui existe entre des personnes étrangères l'une à l'autre, qui ne font pas partie du même groupe social et qui n'ont *a priori* aucune indication sur le type de personnalité de celles avec qui elles coopèrent, échangent et divisent le travail(29). Au commencement du droit et de l'économie, il y a de la confiance réciproque. Certes, cette confiance réciproque n'est pas un instinct primaire comme boire, se nourrir, se reproduire. Mais elle est une construction sociale qui fait partie de notre arrière-plan sur la base duquel on peut agir et penser.

Comme on l'a écrit déjà, le langage est un système de règles qui repose sur un premier geste fiduciaire. Et tous les théoriciens du droit connaissent son importance qui est, en définitive, le socle sur lequel repose tout système juridique. Bien sûr, on a imaginé des fondations grandioses et des mythes salvateurs. Mais, à l'épreuve des révolutions, la validité des normes d'un ordre juridique ne peut survivre que si les destinataires des normes ont une confiance partagée en lui(30). Sans confiance, l'hypothèse même

(27) W. Goethe, *Faust*, trad. G. de Nerval, Paris, Garnier, 1956, p. 60 cité par L. Wittgenstein, *De la Certitude*, *op. cit.*, § 402. Le prologue de Jean débute par : « Au commencement était le Verbe » (ou la Parole). « Verbe » ou « Parole » traduisent le terme « *Logos* » qui est celui du texte original écrit en grec par Saint Paul : Ἐν ἀρχῇ ἦν ὁ λόγος.

(28) L. Wittgenstein, *De la Certitude*, *op. cit.*, § 404.

(29) P. Seabright suggère que des concepts comme confiance, réciprocité, coopération ou division du travail trouvent leur origine dans ce qu'on appelle la révolution néolithique : cette période de sédentarisation des petits groupes sociaux entre 10 000 et 6 000 ans selon les régions. L'agriculture et l'élevage remplacent alors *progressivement* la chasse et la cueillette. Voy. P. Seabright, *The Company of Strangers, A natural History of Economic Life*, revised edition, Princeton, Princeton University Press, 2010.

(30) H. Kelsen, *Die reine Rechtslehre*, *op. cit.*, p. 219 : « *Eine Rechtsordnung wird als gültig angesehen, wenn ihre Normen im großen und ganzen wirksam sind, das heißt tatsächlich befolgt und angewendet werden* » (un ordre juridique est considéré comme valide si ses normes sont en gros et de manière générale efficaces, c'est-à-dire effectivement suivies et appliquées, ma traduction).

de la *norme fondamentale* kelsenienne (*Grundnorm*) ou de la *norme de reconnaissance* de Hart ne pourraient exercer sa fonction première qui est d'assurer le passage d'un *fait* social (la confiance partagée) à du *droit* valide. Il existe donc un lien premier entre la confiance et la possibilité même d'un ordre juridique. En outre, la règle juridique valide, en tant qu'elle permet aux sujets de droit de conjurer certains risques liés aux incertitudes, contribue à entretenir cette confiance(31). Enfin, la convention, singulièrement dans le cas des contrats à long terme, renouvelle la confiance entre les co-contractants et suscite de nouvelles attentes.

À l'aube du droit, la règle de la promesse n'aurait pas pesé grand-chose sans cet arrière-fond de confiance réciproque qui permet de créer des attentes de comportement. Car, en promettant, je ne me limite pas seulement à exprimer mon intention d'accomplir l'acte promis. Je souhaite qu'autrui m'accorde foi avant tout commencement de réalisation de la promesse. Je veux d'abord qu'il me reconnaisse la capacité de m'engager par le langage et je veux aussi lui faire comprendre que mon langage est un *engagement*, c'est-à-dire un langage qui, je sais, crée des attentes de comportement. Ce mécanisme général de la promesse et de la création d'attentes de comportement reçoit des expressions particulières dans une multitude d'institutions du droit comme le droit des contrats, de la responsabilité. Mais il reste la question difficile de définir quelles sont les attentes de comportement protégées par le droit. Car si on décidait que toutes les attentes, quelles qu'elles soient, étaient protégées, on serait de nouveau devant l'impossibilité d'un contrôle intersubjectif de l'application correcte de la règle.

12. Dans sa thèse, Xavier Dieux soutient 1) que seules les attentes *légitimes* sont protégées ; 2) qu'elles sont légitimes si elles sont *raisonnables ;* et 3) qu'elles sont raisonnables si elles correspondent *au sens commun*.

Sa thèse principale selon laquelle le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui est un principe général de droit m'a toujours semblé correcte. Cette thèse devrait même être plus étendue. Nous pensons en effet que la finalité de *toute* règle pratique, qu'elle soit morale ou juridique, est d'anticiper des comportements pour conjurer les incertitudes et, en conséquence, susciter des attentes de comportement(32). Plus généralement

(31) La théorie économique des contrats incomplets montre que toutes les incertitudes ne peuvent être surmontées *ex ante*. Ce que sait le droit par expérience. Une des réponses juridiques au problème est la théorie de l'imprévision.

(32) Je pense même, mais n'ai pas le temps de le développer ici, que c'est également la fonction de toute règle théorique lorsqu'on accepte de relier la connaissance à l'action et le savoir à un savoir-faire.

encore, les actions et les interactions humaines ne peuvent se comprendre qu'aux travers de la normativité, c'est-à-dire au travers de règles qui obligent en engendrant des attentes de comportement.

Dans un passage déjà cité au début de cet article, X. Dieux soutient aussi que le juge, lorsqu'il interprète un contrat, doit se fonder « sur la croyance en une rationalité commune aux sujets de droit, permettant d'attribuer à leur extériorisation dans la vie sociale un certain sens ».

Cela correspond assez bien à ce que les philosophes américains Quine et Davidson ont appelé le *principe de charité* interprétative. Ils entendent par-là qu'il faut reconnaître un minimum de rationalité à autrui pour qu'une règle puisse engendrer des attentes de comportement. On doit par exemple supposer qu'autrui est capable de comprendre et d'appliquer le principe logique de non-contradiction ou qu'il sait que la normativité crée une forme de contrainte. Une conception similaire a également été soutenue par R. Dworkin dans *Law's Empire* à propos des *désaccords* sur les interprétations (33). Aucun désaccord ne serait en effet possible si les sujets de droit ne croyaient pas d'abord qu'ils partagent grosso modo un même monde. Par exemple, un monde dans lequel chacun sait par exemple que « suivre une règle » ne signifie pas « agir arbitrairement ».

Enfin, le dédicataire de ces quelques pages ajoute : « [...] chacun en somme étant en droit de s'attendre à ce que les autres se comportent vis-à-vis de lui comme les autres s'attendraient à ce qu'il se comporte envers eux dans tel contexte déterminé » (34).

On comprend alors que les attentes de comportement sont légitimes si elles sont raisonnables, qu'elles sont raisonnables si elles correspondent au sens commun et que le sens commun correspond à la règle d'or, règle morale qui a été exprimée notamment dans la Torah, les Entretiens de Confucius, le Mahabharata et le Nouveau Testament. Les formulations les plus connues en Occident sont les suivantes : « Tu aimeras ton prochain comme toi-même » (Lévitique 19,18 repris dans l'Évangile de Luc 22,30) ; ou « Ainsi, tout ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites-le vous-mêmes pour eux : c'est la Loi et les Prophètes » (Matthieu 7,12, et Luc 6,31). La règle est formulée comme une obligation positive de faire mais elle peut aussi être exprimée sous la forme d'une abstention d'agir :

(33) R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Belknapp Press/Harvard University Press, 1986, spéc. pp. 42-46.
(34) X. Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, *op. cit.*, p. 174.

« Ceci est la somme du devoir : ne fais pas aux autres ce que tu ne veux qu'ils te fassent » (Mahabharata 5,15 ; 17).

La règle d'or est un principe d'altruisme réciproque qui répond à la question : quel comportement suis-je en droit d'attendre des autres dès lors que j'agis ou m'abstiens d'agir en me mettant à la place d'autrui ?

Cela requiert un minimum d'empathie qui est une marque rassurante de notre animalité.