

DÉCISION, COMPLÉTUDE, CLÔTURE

A propos des lacunes en droit

Amedeo G. CONTE

RÉSUMÉ

Introduction.

1. Qu'est-ce qu'une lacune? *Introduction*. 1.1. *Lacunes déontologiques*. *Introduction*. 1.1.1. *Lacunes idéologiques*. 1.1.2. *Lacunes téléologiques*. 1.2. *Lacunes ontologiques*. *Introduction*. 1.2.1. *Lacunes critiques*. 1.2.2. *Lacunes diacritiques*.

2. Y a-t-il des lacunes? *Introduction*. 2.1. *Y a-t-il des lacunes critiques?* 2.2. *Y a-t-il des lacunes diacritiques?* 2.3. *Quelle est la relation entre lacunes critiques et lacunes diacritiques?* *Introduction*. 2.3.1. L'absence de lacunes critiques est-elle une condition nécessaire de l'absence de lacunes diacritiques? 2.3.2. L'absence de lacunes diacritiques est-elle une condition suffisante de l'absence de lacunes critiques?

INTRODUCTION

Le thème de cet essai est la relation entre *complétude* (*volledigheid*, *completezza*, *Vollständigkeit*, *completeness*) et *clôture* (*geslotenheid*, *chiusura*, *Geschlossenheit*, *closedness*) des ordres normatifs et, en particulier, des ordres juridiques. C'est un aspect de la théorie des lacunes (*leemten*, *lacune*, *Lücken*, *gaps*). ⁽¹⁾

(*) Une première rédaction de cet essai a été présentée au Centre national de recherches de logique, Bruxelles, le 9 novembre 1963, dans une conférence intitulée *Les lacunes en droit : essai d'une définition*.

(1) J'ai aussi consacré à certains aspects de ce sujet un rapport inédit pour le Colloque international de méthodologie des sciences, Varsovie, 1961 : *Zur Begründung sollsatzlogischer Grundsätze*; un *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, G. Giappichelli, 1962, pp. XIV — 234 (Università di Torino. Memorie dell'istituto giuridico. Serie II. Memoria CXI); l'article

La thèse de cet essai est que la complétude n'est pas une condition nécessaire de la clôture, et que la clôture n'est pas une condition suffisante de la complétude.

1. QU'EST-CE QU'UNE LACUNE?

INTRODUCTION

Le terme «lacune d'un ordre normatif» désigne plusieurs concepts. Le concept de *genre* est celui de l'absence d'une norme.

Les concepts d'*espèce*, les espèces et les sous-espèces du genre, se distinguent de la façon suivante. Le concept de «lacune» est un concept de relation : une lacune est une inadéquation, dérivant de l'absence d'une norme, par rapport à quelque chose. Par rapport à quoi? Les choses auxquelles un ordre normatif peut ne pas être adéquat sont de plusieurs sortes. Par conséquent, «lacune» a plusieurs concepts d'*espèce* et sous-*espèce*. Dans le genre «lacunes», je distingue les espèces lacunes *déontologiques* et lacunes *ontologiques*. Les deux espèces se distinguent selon ce par rapport à quoi subsiste une lacune, selon que l'ordre n'est pas adéquat au *devoir être* ou à l'*être*, au *Sollen* ou au *Sein*, à τὸ δεόν ou à τὸ ὄν. Je consacre le paragraphe 1.1. aux lacunes déontologiques, que je subdiviserai en *idéologiques* (1.1.1.) et *téléologiques* (1.1.2.); je consacre le paragraphe 1.2. aux lacunes ontologiques, que je subdiviserai en *critiques* (1.2.1.) et *diacritiques* (1.2.2.).

Incalificación e indiferencia, traduit en espagnol par Alejandro Rossi, «*Diánoia*», 9, 1963, pp. 237-257; quatre articles du *Novissimo digesto italiano*, volume 11, Torino, U.T.E.T., 1965 (*Norma di chiusura*, pp. 327-328; *Norma generale esclusiva*, p. 329; *Norma generale inclusiva*, pp. 329-330; *Norma generale negativa*, p. 330); une étude inédite sur l'*argumentum e contrario*.

Des études postérieures à la rédaction de cet essai je rappelle seulement deux monographies : Claus-Wilhelm CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, Berlin, Duncker und Humblot, 1964, pp. 219 (*Schriften zur Rechtstheorie*, 3), et Kaarle MAKKONEN, *Zur Problematik der juridischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie*. Aus dem Finnischen übersetzt von Bernd ASSMUTH. Turku, Turun Yliopisto, 1965, pp. 235 (Turun Yliopisto julkaisu. Annales Universitatis turkuensis. Sarja-Ser. B. Osa-Tom. 93).

1.1. *Lacunes déontologiques*

Introduction

La lacune déontologique est l'inadéquation de l'ordre normatif au devoir être, au *Sollen*, à ce qui doit être, à τὸ δέον.

Quel devoir être? Quel est le devoir être, quel est le mètre et le critère?

Il y a deux sortes de critères : des critères *transcendants*, extrinsèques à l'ordre normatif, et des critères *immanents*, intrinsèques. J'appelle *idéologiques* les lacunes subsistant par rapport à un critère transcendant; *téléologiques* les lacunes subsistant par rapport à un critère immanent.

1.1.1. *Lacunes idéologiques*

La lacune idéologique est une inadéquation par rapport à une idée, à un idéal, à une idéologie de l'ordre normatif, c'est une inadéquation par rapport à une *Rechtsidee* qui transcende l'ordre même. En quoi consiste cette inadéquation? Peut-être en une quelconque absence de valeur, en une quelconque injustice de l'ordre normatif? Non, car ce n'est pas toute injustice qui détermine une lacune idéologique. Pour qu'il y ait en espèce une lacune idéologique, afin qu'existe la lacune idéologique en tant qu'espèce, il faut qu'il y ait une lacune en général, il faut qu'existe la lacune en tant que genre : en d'autres termes, qu'il n'y ait pas de norme. (Il faut donc exclure, comme impropres, des lacunes idéologiques que je viens de définir, celles qui ne consistent pas en l'absence d'une norme en général, d'une norme quelconque, mais dans l'absence d'une certaine norme d'espèce (la norme juste) et en la présence d'une norme qui diffère de celle que l'on estime juste.)

La lacune idéologique, je le répète, est la lacune entraînant l'inadéquation de l'ordre normatif à une idée, à une *Rechtsidee*, à un principe de justice. Quel principe de justice? À mon avis, il s'agit d'un principe tout à fait formel : la sécurité. Il y a donc deux espèces d'injustice : une injustice *matérielle*, qui consiste en la présence, en la validité d'une certaine norme qui est dépourvue de valeur (par exemple, de la norme opérant une discrimination raciale), et une

injustice *formelle*, qui consiste en l'absence, en l'invalidité de toute norme, en la non-validité de quelque norme que ce soit au sujet d'un comportement qui, au contraire, réclame une norme, exige un statut déontique. Évidemment, ce n'est pas toute hypothèse de non-qualification déontique d'un comportement qui détermine une lacune idéologique : par exemple, il est improbable que l'on voie une lacune idéologique dans la non-qualification déontique de mes promenades après le travail ; il est fort probable, au contraire, que l'on en voit une dans l'absence d'une norme (de quelque norme que ce soit) sur la priorité à un carrefour, ou sur le côté où l'on doit rouler. (De ces deux normes, exprimées par les énoncés «Il faut rouler à droite» et «Il faut rouler à gauche», il est important que l'une ou l'autre soit valide, mais il n'importe pas que l'une plutôt que l'autre soit valide.)

1.1.2. Lacunes téléologiques

La lacune téléologique est l'inadéquation par rapport à un τέλος, à une fin, à un but immanent à l'ordre normatif même. Le critère, d'après lequel on affirme qu'il y a une lacune téléologique, n'est plus une prise de position envers l'ordre normatif, une *Rechts-idee*, mais une prise de conscience, un *Rechtsbegriff* : c'est l'examen de l'ordre normatif même qui montre qu'il devrait y avoir une norme et qu'au contraire il n'y en a pas. Bref : La lacune téléologique est une inadéquation de l'ordre à soi-même. Voici des exemples : dans un ordre prescrivant la fréquentation scolaire jusqu'à quatorze ans, il y a une lacune téléologique s'il n'y a pas de norme qui prescrive la construction d'un nombre d'écoles suffisant ; il y a une lacune téléologique, au moins dans une certaine perspective philosophique, si une norme prescrit quelque chose sans qu'aucune norme ne prévoie une sanction ; dans un ordre normatif prescrivant que le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlent, il y a une lacune téléologique s'il n'y a pas de normes qui règlent ce droit.

Lacunes idéologiques et lacunes téléologiques (les deux sous-espèces des lacunes déontologiques) peuvent se distinguer de la façon suivante : les premières entraînent une absence de *valeur* (l'absence de la valeur qui s'appelle sécurité) ; les secondes, au contraire, entraînent une absence d'*efficacité*, déterminent l'inefficacité

et l'inefficience de l'ordre, car il propose un but sans donner le moyen pour l'atteindre.

1.2. *Lacunes ontologiques*

Introduction

La lacune ontologique est l'inadéquation de l'ordre normatif à l'être, au *Sein*, à ce qui est, à τὸ ὄν, — bref, à cette «infinie diversité des actions humaines» comme dit Montaigne.

C'est un concept bien équivoque. Et pour cause. Dans son unité apparente se confondent en effet deux concepts différents; dans l'espèce «lacunes ontologiques» il faut distinguer deux sous-espèces que je propose d'appeler lacunes *critiques* et lacunes *diacritiques*. C'est dans cette distinction, à laquelle je consacre les paragraphes 1.2.1. et 1.2.2., que se trouve, à mon avis, la clef de voûte de la théorie des lacunes, de la théorie de toutes les lacunes, c'est-à-dire des lacunes ontologiques et des lacunes déontologiques en général, et non seulement des lacunes ontologiques en espèce, car les lacunes déontologiques sont uniquement un cas particulier des lacunes ontologiques. Comme je le démontre au paragraphe 2., il y a des lacunes ontologiques (et, en tout cas, il peut y en avoir) si, par «lacune ontologique», on entend ce que j'appelle lacune *critique*. Mais il n'y en a pas, et il ne peut y en avoir, si, par ce terme, on entend lacune *diacritique*. Bref: j'affirmerai la possibilité des lacunes critiques (la possibilité qu'un ordre normatif ne soit pas complet, qu'il n'y ait pas de *complétude*); je nierai la possibilité des lacunes diacritiques (la possibilité qu'un ordre normatif ne soit pas clos, qu'il n'y ait pas de *clôture*). À mon avis, la clôture subsiste nécessairement même s'il n'y a pas de complétude. Voilà donc pourquoi la distinction que j'ai faite entre lacunes critiques et lacunes diacritiques, entre complétude et clôture, me semble représenter la véritable clef de voûte de la théorie des lacunes.

1.2.1. *Lacunes critiques*

La lacune critique est l'impossibilité d'une κρίσις, d'une *éva-*

luation déontique d'un comportement, d'après des normes, c'est l'impossibilité de dire ce qu'est un comportement en énonçant son statut déontique.

Par rapport à leur origine, les lacunes critiques se divisent en lacunes critiques *a parte obiecti* et lacunes critiques *a parte subiecti*.

Les premières subsistent dans l'hypothèse de la non-qualification déontique de comportements, c'est-à-dire, dans le cas où un comportement n'a pas de statut déontique; en d'autres termes, dans le cas où aucune proposition prescriptive ne qualifie déontiquement son exécution et son omission.

Les secondes se subdivisent en deux groupes, selon que la lacune critique dérive de l'impossibilité de reconnaître si une norme est valide ou de l'impossibilité de la connaître. (L'impossibilité de reconnaître une norme peut dériver de son antinomie avec une autre norme. L'impossibilité de la connaître peut dériver de l'indétermination sémantique de son expression.)

Ces deux groupes de lacunes critiques *a parte subiecti* (lacunes par rapport à la reconnaissance, lacunes par rapport à la connaissance de normes) se subdivisent ultérieurement en *linguistiques* et *métalinguistiques*, selon que leur origine se trouve dans le langage-objet (dans les propositions prescriptives portant sur les comportements) ou dans le métalangage (dans les propositions prescriptives portant sur la reconnaissance et la connaissance de normes). (Un exemple pour les premières: l'antinomie. Un exemple pour les secondes: l'antinomie entre critères pour résoudre une antinomie, comme dans l'hypothèse d'un conflit entre critère hiérarchique, «*Lex superior derogat inferiori*», et critère chronologique, «*Lex posterior derogat priori*».)

1.2.2. Lacunes diacritiques

La lacune diacritique est l'impossibilité d'une *διάκρισις*, d'une *décision*, elle est l'impossibilité de résoudre un cas douteux (et, en particulier, de trancher un différend, de mettre fin à une controverse). Nous verrons au paragraphe 2.2. s'il existe des lacunes diacritiques et si leur existence ou inexistence est liée à celle de lacunes critiques. Je me limiterai à rappeler ici qu'un véritable problème des lacunes diacritiques se pose uniquement dans le cas où il faut juger ⁽²⁾

(2) J'emploie ici les mots «juger» et «jugement» comme des *voces mediae*

d'après des normes données; évidemment, le problème n'existe pas si le jugement est libre, absolu, inconditionné.

2. Y A-T-IL DES LACUNES?

INTRODUCTION

Au paragraphe 1. j'ai répondu à la question : «Qu'est-ce qu'une lacune?» Ici, au paragraphe 2., je vais répondre à la question : «Y a-t-il des lacunes?» Cette question équivaut à «Y a-t-il des lacunes ontologiques?». En effet, les lacunes déontologiques sont comprises dans les lacunes ontologiques, car, les lacunes déontologiques consistent aussi dans l'absence d'une norme (et précisément d'une norme dont la validité est, au contraire, nécessaire afin que l'ordre normatif soit adéquat à une idée qui le transcende (lacunes idéologiques) ou à un but qui lui est immanent (lacunes téléologiques)). La question se pose donc pour les lacunes ontologiques : y a-t-il des lacunes ontologiques? Et, en particulier : y a-t-il des lacunes critiques? Y a-t-il des lacunes diacritiques? Et quel rapport y a-t-il entre lacunes critiques et lacunes diacritiques?

A la première question (Y a-t-il des lacunes critiques?) je répondrai au paragraphe 2.1.; à la deuxième (Y a-t-il des lacunes diacritiques?) je répondrai au paragraphe 2.2.; à la troisième et dernière (Quelle est la relation entre lacunes critiques et lacunes diacritiques?) je répondrai au paragraphe 2.3.

2.1. *Y a-t-il des lacunes critiques?*

Dans cet essai je dois prendre comme point de départ le point d'arrivée de mon livre sur la complétude des ordres juridiques : l'existence de lacunes critiques, ou, du moins, leur possibilité d'existence. En d'autres termes, il est faux que chaque ordre normatif permette d'évaluer déontiquement chaque comportement, désignant indistinctement l'évaluation déontique d'un comportement d'après des normes et la *décision*, d'après ces normes, d'un cas douteux ayant comme objet ce comportement.

d'en indiquer un statut déontique. Les doctrines niant l'existence de lacunes critiques sont valables d'une façon contingente. C'est le cas de la doctrine de la norme générale exclusive, c'est-à-dire de la doctrine qui affirme qu'il y a une norme qualifiant d'indifférent tout ce qui n'est pas obligatoire ou défendu. J'admets, bien sûr, dans l'hypothèse où une telle norme est valide, que l'évaluation déontique de chaque comportement est toujours possible et qu'il y a complétude (c'est-à-dire, qu'il n'y a pas de lacunes critiques); mais il faut aussi admettre qu'un ordre normatif (s'il y en a un) complété par une norme générale exclusive est un cas-limite et que les ordres normatifs présentent généralement des lacunes critiques.

2.2. *Y a-t-il des lacunes diacritiques?*

Qu'il y ait des lacunes critiques et que leur absence (c'est-à-dire la complétude) soit une chose tout à fait fortuite et contingente est l'hypothèse (justifiée dans mon livre sur la complétude) par laquelle j'ai commencé et fini le paragraphe précédent. Mais y a-t-il des lacunes diacritiques? Une lacune critique entraîne-t-elle une lacune diacritique? Est-ce que chaque décision, chaque *διάκρισις*, présuppose la possibilité d'une évaluation, d'une *κρίσις*? L'absence de lacunes critiques, ou complétude, est-elle une condition nécessaire de l'absence de lacunes diacritiques, ou clôture?

Ma réponse à cette question est négative. La clôture ne présuppose pas la complétude; l'absence de lacunes critiques n'est pas une condition nécessaire de l'absence de lacunes diacritiques; la décision ne présuppose pas la possibilité d'une évaluation. Et cela non pour des raisons accidentelles et contingentes (par exemple, parce qu'une norme défend le déni de justice). Au contraire, la clôture des ordres normatifs découle de leur essence même. La clôture, en d'autres termes, ne peut être expliquée que dans une nouvelle perspective, en opérant une conversion du «*Quid iuris?*» (par exemple, de la question «Le déni de justice est-il défendu?») au «*Quid ius?*».

Quid ius? Qu'est-ce qu'un ordre juridique? Et plus généralement : Qu'est-ce qu'un ordre normatif? Voilà la question cruciale à laquelle on devra répondre pour comprendre pourquoi il n'y a de lacunes diacritiques dans aucun ordre.

Peut-être puis-je répondre de la façon suivante. Le rapport entre les propositions prescriptives d'un ordre normatif (c'est-à-dire, les propositions qui sont valides si sont valides les normes y correspondant) et les normes elles-mêmes est un rapport plutôt complexe, aussi obscur que ses termes. Pour les propositions descriptives il en est autrement : une proposition descriptive est vraie si le fait correspondant existe. Au moins en principe, donc, le rapport entre proposition descriptive et fait n'est pas équivoque. Mais qu'en est-il du rapport entre leurs contreparties, c'est-à-dire du rapport entre proposition prescriptive et norme ? En effet, propositions prescriptives et propositions descriptives sont fondamentalement hétérogènes. Les premières, contrairement aux secondes, ne sont pas conditionnées par l'expérience ; au contraire, ce sont elles qui conditionnent l'expérience. C'est pour elles, c'est par elles qu'il y a des normes, c'est pour et par elles qu'il subsiste des obligations, des défenses, des indifférences, ... Phanérogames et cryptogames sont telles en soi, et non parce que le langage descriptif de la botanique les qualifie ainsi. Mais la défense du meurtre n'est pas telle en soi et pour soi ; le meurtre est défendu pour et par un langage prescriptif. Bref : la proposition descriptive exprimée par l'énoncé «La neige est blanche» est vraie si et parce qu'il est vrai que la neige est blanche ; que le meurtre soit défendu est valide si et parce qu'est valide la proposition prescriptive exprimée par l'énoncé «Le meurtre est défendu,» ou «Tu ne tueras point».

Langages descriptifs et langages prescriptifs sont ce qu'ils sont, et pas autre chose. Il n'y a pas de raison que, pour les uns ou pour les autres, ne vaille pas ce qu'écrivit Joseph Butler : «*Everything is what it is, and not another thing*». Les uns et les autres qualifient ce qu'ils qualifient ; ce qu'ils ne qualifient pas est non-qualifié. Les uns et les autres, par conséquent, peuvent présenter des lacunes critiques ; il est possible qu'ils ne fournissent aucun critère pour qualifier quelque chose d'après leurs prédicats respectifs. Mais il y a une différence décisive. De l'ensemble des propositions d'un langage descriptif on ne peut pas argumenter, *e contrario*, qu'un certain prédicat de ce langage (par exemple, «phanérogame») ne convient pas à ce langage, ne qualifie pas. Tout langage descriptif, en effet, est conditionné par l'expérience. Par conséquent, il est possible, en principe, qu'à une chose non-qualifiée par un certain langage (dans

notre cas, à une certaine plante) puisse ensuite convenir un prédicat de ce langage (dans notre exemple, «phanérogame»). Il en est autrement pour les langages prescriptifs : un langage prescriptif n'est pas conditionné par l'expérience; au contraire, il la conditionne, il en est la condition transcendente.

C'est à la lumière des considérations qui précèdent que je puis finalement montrer pourquoi tout ordre normatif (qu'il soit ou non complet, c'est-à-dire, qu'il soit ou non dépourvu de lacunes critiques) est, en principe, clos, dépourvu de lacunes diacritiques; en d'autres termes, pourquoi une décision, une *διάκρισις*, est toujours possible même si une évaluation, une *κρίσις*, n'est pas possible; pourquoi des lacunes diacritiques n'existent pas même dans l'hypothèse où existent des lacunes critiques. La clôture de chaque ordre normatif subsiste nécessairement parce qu'en cas d'incomplétude, de lacune critique, il est toujours possible d'employer l'*argumentum e contrario*; et la possibilité d'employer l'*argumentum e contrario* est liée au fait que les propositions d'un ordre normatif forment un langage prescriptif.

Un ordre normatif (ou mieux : l'ensemble de ses propositions prescriptives) peut-être considéré sous trois aspects.

1) Sous le premier aspect, l'ensemble des propositions prescriptives est une évaluation, une *κρίσις*, de certains comportements, est un ensemble de *κρίσεις*, d'évaluations (qualifications) déontiques stériles, inertes, isolées, non susceptibles de germination, un *ἔργον* fixe et fermé.

2) Sous le deuxième aspect, l'ensemble des propositions prescriptives est un critère d'évaluation déontique, un critère de *κρίσις*. Ses évaluations déontiques ne sont plus fixes et inertes, mais elles sont susceptibles de développement d'après des règles de transformation logique. (Ces règles sont, ou *génériques*, — valables en général pour chaque ensemble de propositions : par exemple, la règle de séparation, — ou *spécifiques*, — valables en espèce uniquement pour les ensembles de propositions prescriptives : par exemple, la règle prescrivant l'*argumentum a simili*. —). Sous ce deuxième point de vue, les propositions prescriptives ne sont plus un *ἔργον* achevé et fermé, mais une *ἐνέργεια*, qui est encore féconde.

3) Sous le troisième et dernier aspect, l'ensemble des propositions prescriptives est un critère de décision, un critère de *διάκρισις*.

Sous les deux premiers aspects (c'est-à-dire, comme évaluation de comportements et comme critère d'évaluation de comportements) un ensemble de propositions prescriptives peut être insuffisant (j'utilise ici «insuffisant» comme *vox media* pour signifier indistinctement ce qui est signifié par «non complet» et «non clos»). Mais il ne peut pas être insuffisant sous le troisième aspect (c'est-à-dire, comme critère de décision). Bref : un ordre peut ne pas être complet, mais il ne peut pas ne pas être clos. En d'autres termes, il peut présenter des lacunes critiques (et précisément, dans les deux hypothèses suivantes : 1) premièrement, s'il est considéré sous le premier aspect et s'il ne qualifie pas déontiquement au moins un comportement; 2) deuxièmement, s'il est considéré sous le deuxième aspect et si aucune règle de transformation logique ne permet de qualifier déontiquement au moins un comportement qui n'a été qualifié par aucune des propositions prescriptives originaires données); mais il ne peut, toutefois, présenter de lacunes diacritiques. Complétude et clôture, en effet, ont des conditions de possibilité différentes : la complétude subsiste si, pour chaque comportement, on peut dire ce qu'il *est*, qu'est-ce qu'il *est*; la clôture, au contraire, subsiste si, pour chaque comportement, on peut dire ce qu'il *n'est pas*, qu'est-ce qu'il *n'est pas*. En d'autres termes, afin qu'il n'y ait pas de lacunes critiques, on doit pouvoir répondre, pour chaque comportement, à la question «Qu'est-il?», «Quel statut déontique a-t-il?», «Est-il obligatoire? Ou défendu? Ou indifférent?». Afin qu'il n'y ait pas de lacunes diacritiques, on doit pouvoir répondre, pour chaque comportement, à une question négative : «Que n'est-il pas?», «N'a-t-il pas de statut déontique?», «N'est-il ni obligatoire, ni défendu, ni indifférent?».

(L'application la plus frappante de ces considérations est celle que l'on peut faire aux ordres normatifs juridiques. Afin qu'il n'y ait pas de lacunes diacritiques dans un ordre juridique (c'est-à-dire : afin qu'un ordre juridique soit clos), il suffit que le juge puisse, en cas de lacune critique, argumenter *e contrario* en niant par là la validité de la norme sur laquelle le demandeur fonde sa demande.)

L'*argumentum e contrario* est-il toujours possible en cas de lacune critique? Oui. Sa possibilité dérive du fait que les propositions prescriptives d'un ordre normatif forment un langage prescriptif.

On cherchera peut-être ailleurs le titre de validité de l'*argumentum e contrario* : dans sa *causa formalis* (dans sa forme logique, dans sa

rigueur formelle); dans une *causa efficiens* (par exemple, dans la défense du déni de justice); dans une *causa finalis* (par exemple, dans l'exigence de décider chaque cas douteux, de ne rien laisser sans solution, de ne prononcer aucune fin de non-recevoir, exigence opérant particulièrement dans le cas des ordres normatifs juridiques).

Je ne retiens comme plausible aucun de ces titres de validité de l'*argumentum e contrario* : ni le premier (en soi, l'*argumentum e contrario* est illogique : de la défense du vol il ne découle pas que le meurtre, étant différent du vol, ne soit pas aussi défendu)⁽³⁾; ni le deuxième (1. il n'y a aucune relation nécessaire entre cause (*in hypothesi*, la défense du déni de justice), et effet (l'emploi de cet *argumentum*); 2. aucune norme, aucune défense du déni de justice ne peut confirmer un *argumentum* qui soit intrinsèquement illogique); ni le troisième (1. il n'y a aucune relation nécessaire entre fin (décider et trancher chaque controverse) et moyen (l'emploi de l'*argumentum e contrario*); 2. la fin ne justifie pas les moyens). Pour moi, le titre de validité de l'*argumentum e contrario* n'est ni dans sa *causa formalis*, ni dans une *causa efficiens*, ni dans une *causa finalis*, mais dans sa *causa materialis*. En d'autres termes, sa validité lui est conférée par sa matière, par ce sur quoi il opère : un langage prescriptif. C'est ce que je vais démontrer.

L'*argumentum e contrario* est possible uniquement à partir d'une totalité de propositions. (Comme je l'ai dit, de la seule proposition «Le vol est défendu» ne découle pas que le meurtre, étant différent du vol, ne soit pas défendu.) L'*argumentum e contrario* est possible uniquement si l'on part de la totalité des propositions employant un certain prédicat et du fait qu'elle en est la totalité. Dans notre exemple, donc, il ne suffit pas de *connaître* la totalité des propositions employant le prédicat «défendu» (en d'autre termes, de connaître la totalité des défenses, la totalité des comportements défendus) pour pouvoir conclure, *e contrario*, qu'un comportement, qui n'est qualifié comme défendu par aucune de ces propositions, n'est pas défendu. De plus, il faut *reconnaître* comme telle la totalité de ces propositions. (J'ai pris mon exemple dans les pro-

(3) Cf. le sophisme appelé οὐτως décrit par Carl PRANTL, *Geschichte der Logik im Abendlande*, 2. Auflage, Leipzig, Gustav Fock, 1927, volume 1, p. 492 : «Was ich bin, bist du nicht. Ich bin ein Mensch. Du bist kein Mensch.»

positions prescriptives, et précisément dans les propositions prescriptives employant le prédicat «défendu»; mais ce que je viens de dire sur les deux conditions de possibilité de l'*argumentum e contrario* vaut pour toutes les propositions en général, qu'elles soient prescriptives, en termes de *Sollen*, ou descriptives, en termes de *Sein*.) Or, est-il possible (possible en principe) de reconnaître comme telle la totalité des propositions prescriptives employant un certain prédicat? Oui, c'est possible. Et la raison est dans leur prescriptivité. C'est une possibilité de principe qui ne subsiste pas pour les ensembles de propositions descriptives: chaque langage descriptif, en effet, est conditionné par l'expérience, vers laquelle il éclate et à laquelle il s'ouvre constamment. (Aux propositions descriptives d'après les prédicats «phanérogame» et «cryptogame» sur les plantes du Piémont, l'expérience peut en principe ajouter une nouvelle proposition en révélant une phanérogame jusqu'à présent inconnue.) Il n'en est pas ainsi, cela va sans dire, pour les ensembles de propositions prescriptives, pour les langages prescriptifs. Un langage prescriptif est un ordonnement transcendantal de l'expérience, c'est un langage qui conditionne et ordonne transcendentale l'expérience normative. C'est seulement pour lui et par lui qu'il y a des obligations, des défenses, des indifférences, ... L'expérience ne peut ni confirmer, ni infirmer ses propositions. Ses propositions forment un ensemble qui est indépendant de l'expérience; ses vérités lui sont immanentes. Il est donc possible, il est possible en principe de reconnaître comme telle la totalité des propositions d'un langage prescriptif et d'en argumenter *e contrario* que les prédicats de ces propositions ne conviennent pas à d'autres sujets, à d'autres comportements (*).

En résumé: l'inexistence d'une lacune diacritique dans le cas de lacune critique dérive de la possibilité d'employer l'*argumentum e contrario*; la possibilité de l'*argumentum e contrario* dérive de la prescriptivité des propositions prescriptives. Voilà mes thèses sur la clôture des ordres normatifs.

(*) La clôture subsiste donc pour tous les ordres normatifs en général. Chaque ordre normatif est dépourvu de lacunes diacritiques, et non uniquement les ordres juridiques, contrairement à la thèse de mon *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, op. cit., pp. 151-175.

Une objection à ce que je viens de dire sur la structure et les conditions de l'*argumentum e contrario* peut être la suivante : dans quelques ordres normatifs, la décision en cas de lacune critique s'opère en argumentant *e contrario* non à partir de toutes les propositions prescriptives prises comme critère de jugement (d'évaluation ou de décision), mais à partir d'une seule d'entre elles. Il s'agit de l'*argumentum e contrario* par lequel, dans certains ordres normatifs (et précisément, dans certains ordres juridiques) un certain auteur de jugements (le juge) décide dans l'hypothèse de lacune critique. (Comme je l'ai déjà dit, j'utilise ici le mot «jugement» d'une façon tout à fait abstraite et indéterminée, comme *vox media* désignant indistinctement l'évaluation déontique d'un comportement d'après des normes prises comme critère et la décision d'un cas douteux d'après ces normes.) Ici, l'*argumentum e contrario* ne procède plus de la totalité des propositions prescriptives, mais d'une seule d'entre elles : voire de celle, sur laquelle le demandeur a fondé sa demande.

Cette objection à ma théorie de l'*argumentum e contrario* n'est pas justifiée, à mon avis. Cet *argumentum e contrario* procédant d'une seule proposition prescriptive n'est qu'un cas particulier de celui qui procède de la totalité de telles propositions. La proposition prescriptive, à partir de laquelle le juge argumente *e contrario* et décide en cas de lacune critique, est bien une seule proposition, mais cette seule proposition est la totalité des propositions prescriptives d'après lesquelles il juge. (C'est un ensemble monadique, avec un seul élément.) Cet *argumentum e contrario* ne procède pas d'une d'entre les propositions prescriptives, mais d'une totalité (d'une totalité monadique) de propositions prescriptives ; par conséquent, il est un cas particulier de celui que je viens de fonder critiquement.

2.3. *Quelle est la relation entre lacunes critiques et lacunes diacritiques?*

La question du rapport entre lacunes critiques et lacunes diacritiques se scinde en deux questions ultérieures : l'absence de lacunes critiques est-elle une condition nécessaire de l'absence de lacunes diacritiques (2.3.1.)? L'absence de lacunes diacritiques est-elle une condition suffisante de l'absence de lacunes critiques (2.3.2.)?

2.3.1. L'absence de lacunes critiques est-elle une condition nécessaire de l'absence de lacunes diacritiques?

A cette question j'ai déjà donné une réponse (et en réalité une réponse négative) au paragraphe 2.2. : la complétude n'est pas une condition nécessaire de la clôture; la décision ne présuppose pas la possibilité d'une évaluation déontique.

2.3.2. L'absence de lacunes diacritiques est-elle une condition suffisante de l'absence de lacunes critiques?

Au paragraphe 2.2. j'ai affirmé qu'il n'y a pas (et qu'il ne peut y avoir) de lacunes diacritiques : chaque ordre normatif (qu'il soit complet ou non, qu'il soit ou non dépourvu de lacunes critiques) est clos.

Cette clôture nécessaire entraîne-t-elle la complétude de tout ordre normatif? Cette absence de lacunes diacritiques est-elle une condition suffisante de l'absence de lacunes critiques?

L'hypothèse n'est peut être pas justifiable pour les ordres différents des ordres juridiques, mais peut paraître fort justifiée par rapport aux ordres juridiques. En effet, l'absence de lacunes diacritiques (la clôture) dans tout ordre normatif en général entraîne, en espèce, la clôture dans les ordres juridiques, et la clôture des ordres juridiques entraîne, en particulier, qu'une décision est toujours possible de la part du juge. Mais, s'il y a une décision, il y a une norme (et précisément une norme juridictionnelle); par conséquent, chaque ordre juridique, étant clos, est complet. Là où il n'y a pas de normes législatives, il y a quand même une norme juridictionnelle obtenue par le juge en argumentant *e contrario* à partir de la totalité des normes législatives. Donc, il y a toujours une norme, législative ou juridictionnelle; au moins en puissance, sinon en acte (il faut préciser «en puissance», car les normes juridictionnelles n'existent pas actuellement, en acte; elles doivent être actualisées par une décision du juge).

Voilà une hypothèse tout à fait suggestive. Mais je ne crois pas que l'absence de lacunes diacritiques soit une condition suffisante

de l'absence (potentielle) des lacunes critiques, que la clôture soit une condition suffisante de la complétude (potentielle) des ordres juridiques. Afin que cette hypothèse soit valable, deux conditions nécessaires doivent être satisfaites; au contraire, une seule d'entre elles, la première, est satisfaite. Ces conditions sont : 1. premièrement, que les décisions juridictionnelles obtenues par le juge en argumentant *a contrario* en cas de lacune critique aient *existence* de normes (doivent être *valides*); 2. deuxièmement, que ces décisions juridictionnelles aient *essence* de normes (doivent être des *normes*). Pour nier que la clôture entraîne la complétude, il suffira de réfuter l'une ou l'autre des conditions. Je réfuterai la dernière.

1) La *première* condition est satisfaite. L'ordre juridique, en effet, ne consiste pas seulement en les normes d'après lesquelles le juge prononce les jugements, mais aussi en ses jugements. Les jugements juridictionnels eux-mêmes sont valides, existent dans l'ordre juridique. Mais ont-ils toujours essence de norme? Sont-ils des normes quand ils sont obtenus par le juge en argumentant *e contrario* en cas de lacune critique? Je les nie en tant que normes, je nie que ce soit des normes, quand ils sont obtenus *e contrario*.

2) La *seconde* condition nécessaire pour que la clôture entraîne la complétude n'est pas satisfaite. Autrement dit : la décision juridictionnelle obtenue *e contrario* par le juge en cas de lacune critique n'a pas essence de norme, n'est pas une proposition prescriptive, une qualification déontique du comportement sur lequel on juge. La conclusion de l'*argumentum e contrario* est une proposition purement négative, c'est une négation *faible* (non forte); en d'autres termes, c'est une négation de propositions prescriptives qui n'en reproduit pas d'ultérieures. (Cette distinction entre négation faible et négation forte, reconnue désormais par la logique déontique, est plutôt évidente. Par exemple : pour le théiste, la proposition négative «Dieu n'est pas fini» est une négation forte qui, comme telle, reproduit une proposition affirmative, «Dieu est infini»; pour l'athée ou pour l'agnostique, cela va sans dire, c'est une négation purement faible, qui ne reproduit aucune proposition sur l'infinité de Dieu.)

Il y a deux raisons de nier que la proposition négative, qui est la conclusion de l'*argumentum e contrario*, soit une négation forte reproduisant, comme telle, une proposition prescriptive affirmative. L'une est *pragmatique*, et subsiste pour les deux espèces d'*argu-*

mentum e contrario (pour l'*argumentum e contrario* procédant de la totalité des propositions prescriptives, et pour l'*argumentum e contrario* procédant d'une seule proposition prescriptive). L'autre est *théorique*, et subsiste uniquement pour l'*argumentum e contrario* procédant de la totalité des propositions prescriptives).

Raison *pragmatique*. Il est inutile d'interpréter la conclusion de l'*argumentum e contrario* comme une négation forte. En d'autres termes, il n'y a aucune raison de supposer que les comportements inqualifiés sont facultatifs parce que non-obligatoires; permis parce que non-défendus; ... C'est une hypothèse sans utilité pratique, inutile pour expliquer la clôture des ordres normatifs et le mécanisme de la décision en cas de lacune critique. Le fait que chaque comportement ait un statut déontique n'est ni la cause, ni l'effet de la clôture.

Raison *théorique*. Il est contradictoire d'interpréter la conclusion de l'*argumentum e contrario* comme une négation forte. En d'autres termes, si l'*argumentum e contrario* procède de la totalité des propositions prescriptives, cette hypothèse comporte une contradiction, entraîne une antinomie, amène à l'absurde. Il faut distinguer soigneusement. Si l'on argumente *e contrario* à partir d'une seule proposition prescriptive (en particulier, à partir de celle sur laquelle le demandeur a fondé sa demande), — voilà le premier cas, — il n'y a aucune contradiction à interpréter la conclusion comme négation forte : par l'*argumentum e contrario*, le comportement non-qualifié assumera la qualification déontique opposée à celle du comportement qualifié par la proposition prescriptive à partir de laquelle on a argumenté *e contrario*. (Par exemple, de la proposition prescriptive «Le comportement *C'* est défendu» découlera, *e contrario*, que le comportement non-qualifié *C''* n'est pas défendu et donc qu'il est permis, conclusion qui évidemment n'est pas contradictoire. Mais il y a contradiction si, — voilà le second cas, — ce qu'on interprète comme une négation forte est la conclusion d'un *argumentum e contrario* procédant non plus d'une seule mais de la totalité des propositions prescriptives. En fait, ces propositions qualifient en général selon tous les prédicats déontiques⁽⁵⁾. Par conséquent, si l'on procède

(5) En d'autres termes : des comportements sont défendus; d'autres sont obligatoires; d'autres sont permis, ... L'hypothèse d'un ordre normatif qualifiant

e contrario de la totalité de ces propositions, à chaque comportement non-qualifié conviennent les négations de tous les prédicats déontiques (il n'est ni défendu, ni obligatoire, ni indifférent, ni permis, ni facultatif, ...), toutes les négations de prédicats déontiques. Toutes les négations : mais *quelles* négations? Les négations fortes ou les négations faibles? Les négations faibles, et non les fortes, car, si elles étaient fortes (et, comme telles, reproduisaient des propositions prescriptives affirmatives ultérieures) chaque comportement non-qualifié serait permis parce que non-défendu, défendu parce que non-permis; facultatif parce que non-obligatoire, obligatoire parce que non-facultatif; ... Bref : tout comportement non-qualifié serait alors permis, facultatif, défendu, obligatoire, ..., parce que non-défendu, non-obligatoire, non-permis, non-facultatif, ..., ce qui est contradictoire. Supposer que la conclusion de l'*argumentum e contrario* à partir de la totalité des propositions prescriptives est une négation forte amène à une contradiction, à une antinomie, antinomie et contradiction que l'on ne peut éviter qu'en supposant qu'une telle négation est faible. Mais, si elle est faible, elle ne reproduit pas de propositions prescriptives affirmatives. Par conséquent, les décisions juridictionnelles obtenues en argumentant *e contrario* à partir de la totalité des propositions prescriptives ne sont pas des normes, n'ont pas l'essence de normes. Les comportements non-qualifiés, sur lesquels le juge a décidé en argumentant *e contrario*, restent dépourvus de statut déontique; autrement dit, les lacunes critiques persistent. Comme je voulais le démontrer, l'absence de lacunes diacritiques, la clôture, n'est pas une condition suffisante de la complétude, de l'absence de lacunes critiques.

Universités de Pavie et de Turin

Amedeo G. CONTE

tous les comportements d'après un seul prédicat déontique est fictive et imaginaire, au moins en ce qui concerne les ordres juridiques. (Il en est autrement pour les ordres éthiques : par exemple, pour l'éthique laxiste, tout est permis.)